LUIS MIGUEL BRAMONT-ARIAS TORRES

Manual de Derecho Penal

Parte General

Incluye "Principios Reguladores del Código Penal"
Autor: Dr. Luis Bramont Arias

Segunda Edición
2002

A Mónica, mi esposa y mejor amiga, por su invalorable apoyo y amor.

PROLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

Me cabe el altísimo honor de prologar el "Manual de Derecho Penal – Parte General" de mi hijo, el Profesor Luis Miguel Bramont-Arias Torres, uno de los jóvenes penalistas peruanos.

Luis Miguel hizo sus estudios en abogacía en la Pontificia Universidad Católica del Perú, de Maestría en Ciencias Penales en la Universidad San Martín de Porres y de Doctorado en Ciencias Penales en la Universidad Central de Barcelona, bajo la tutoría del sabio maestro español Don Santiago Mir Puig.

El autor publicó en 1997 su primer libro titulado "Lecciones de la Parte General y el Código Penal", cuya edición se agotó en poco tiempo. El segundo libro, el actual, lleva por título ***"Manual de Derecho Penal – Parte General"****, cuya sistemática es la siguiente: en primer lugar se ocupa de lo que podríamos llamar el Derecho penal y su filosofía, que comprende los aspectos objetivo, subjetivo y científico del Derecho penal; se pasa revista a la historia general del Derecho penal y en particular del Perú; se ocupa de la norma jurídico-penal; de los principios limitadores del poder punitivo estatal, de conformidad a un Estado social y democrático, que proclama la Constitucion; y de las teorías de la pena. En segundo lugar, trata de la Ley penal y sus limitaciones con referencia al espacio, al tiempo y a las personas. En tercer lugar, se ocupa de el delito y el sujeto responsable: concepto dogmático y su evolución (causalismo, finalismo, elementos negativos del tipo y funcionalismo moderado y*

rebelde, sostenidos por Claus Roxin y Günther Jakobs, respectivamente); las categorías del delito, de acuerdo al finalismo: comportamiento humano, como actividad conscientemente dirigida a su fin (acción), como abstención de actividad que el agente podría o debía realizar (omisión); tipicidad, correspondiente a un tipo de delito, o sea, a un modelo legal de hecho punible; antijuricidad, contraria al Derecho por no existir permiso para la conducta; y culpabilidad, juicio de reprobación que recae sobre la conducta ilícita del imputable que tiene o puede tener consciencia de la ilicitud, siéndole exigible un comportamiento conforme al Derecho. Desarrolla también las formas especiales de aparición del hecho punible: la tentativa, como manifestación de la resolución de cometer un delito por acciones que representan un principio de ejecución; y la autoría y participación, considerando como autor, no a quien causa el resultado típico, sino al que realiza la acción típica dominada por el dominio final del acto. En cuarto lugar, analiza las penas y medidas de seguridad, características y sistemas de sanciones. El autor considera que de acuerdo a la Constitución y a las leyes vigentes, la pena es un medio de reeducación y reinserción social, sin olvidar su naturaleza culpabilista y retributiva. Por eso, expresa que la pena se fundamenta en la culpabilidad, pero mira con escepticismo la eficacia de la pena privativa de libertad por su larga duración (2 días a 35 años) y por la infrecuente aplicación de los llamados sustitutivos penales o sistemas de tratamiento en régimen de libertad, previstas en el Código Penal, como son la suspensión de la ejecución de la pena, la reserva del fallo condenatorio, los trabajos de utilidad social, los arrestos de fin de semana y la multa. No olvida el autor que la pena es la ultima ratio, el último medio para la defensa de la sociedad y la readaptación del agente.

Por todo ello, dogmáticamente el Autor expresa que el Código Penal vigente representa un replanteamiento científico del Derecho

penal peruano, con orientación político-criminal humanitario y resocializador, que prescinde un tanto de la tradicional misión retributiva, que encuentra su confirmación, clasificación y modernización en el Código Penal de 1991, por lo que podemos afirmar que la obra que prologamos constituye una exposición sistemática de la Parte General del Derecho Penal peruano, que procura conciliar la práctica con la teoría, esto es, los intereses de la práctica en el rigor científico de la doctrina. La bibliografía es actual y se tiene en cuenta las obras más importantes publicadas sobre la materia, entre las que señalamos las de Hans Welzel, de Johannes Wessels, de Reinhart Maurach, de Claus Roxin, de Günther Jakobs, de Santiago Mir Puig, de Francisco Muñoz Conde, de Jesús María Silva Sánchez, de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, de Juan Bustos Ramírez, de Enrique Cury Urzúa, Enrique Bacigalupo, Juan Fernández Carrasquilla, Raúl Eugenio Zaffaroni, Raúl Peña Cabrera, de Luis Alberto Bramont-Arias Torres, de Víctor Prado Saldarriaga, de César San Martín Castro, de Felipe Villavicencio Terreros, de Luis E. Roy Freyre. Es decir, procura ofrecer un panorama expresivo de lo que actualmente es el Derecho Penal científico.

Finalmente, me es muy grato renovar lo que antes exprese, que mi hijo y colega Luis Miguel, me formule la invitación de prologar su Manual de Derecho Penal, que aquí se presenta.

Lima, 09 de marzo del 2000.

Luis Alberto Bramont Arias

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

En los dos años transcurridos desde la primera edición de esta obra por el profesor Luis Miguel Bramont-Arias Torres, se han producido numerosas reformas en relación a los tipos delictivos de la Parte Especial y Parte General del Código Penal de 1991.

Es verdad que con esas reformas, el Código Penal ha perdido su coherencia y sencillez, pero en buena hora si ello se ha producido en vista a la realidad social actual que interesa proteger, si se quiere una sociedad democrática: lo que significa el Estado de Derecho, el reconocimiento de la dignidad de la persona humana.

La presente edición acentúa el conocimiento de los fenómenos del Derecho Penal, la tentativa, el concurso de delitos, el sentido de las reglas generales del hecho punible y la finalidad de la pena y la reparación civil, en su entendimiento causal, para que la ley vigente pueda ser criticada, completada o sustituida científicamente. Es la tradición iniciada en América Latina por el sabio Maestro español Don Luis Jiménez de Asúa en su monumental Tratado de Derecho Penal y proseguidas por el maestro Hans Welzel y sus eximios discípulos Claus Roxin y Günther Jakobs.

Gran satisfacción del autor al comprobar que el cometido de su obra se está cumpliendo. El autor se siente obligado a seguir en esta tarea docente: actividad económica poco rentable, pero si muy gratificante cuando se observa, luego de la jornada, el aprendizaje de un alumno.

Finalmente, renuevo mi agradecimiento a la invitación de prologar su Manual de Derecho Penal, que aquí se presenta.

Lima, abril del 2002

Luis Alberto Bramont Arias

BREVE EXPLICACIÓN

El avance de la ciencia penal tiene que ir acorde con el desarrollo de nuestra sociedad, es en este sentido que se ha enfocado el planteamiento de la presente obra.

El presente trabajo ha sido preparado con el exclusivo objeto, por un lado de servir a los alumnos, que se inician en el estudio de la Dogmática Penal, de tener un esquema que les muestre en forma ordenada y sistemática las principales imágenes de sus estudios e investigaciones; y por otro lado, ofrecer a los profesores un cuadro adecuado y completo de materias que les faciliten el dictado de sus clases, y les evite el esfuerzo pedagógico que importa sistematizar y explicar al mismo tiempo. En su desarrollo se ha consultado diversas obras, tanto nacionales como extranjeras.

Agradezco en forma especial la atención del maestro Dr. Luis Alberto Bramont Arias al permitirme incluir en esta edición su artículo sobre los "Principios Reguladores del Código Penal", pues con su presencia enaltece la presente edición.

Un agradecimiento especial a quienes me han apoyado y colaborado en la realización de la presente obra, mis padres: Luis Alberto Bramont Arias y Mery Judith Torres Dall´Orto y; a mi gran amiga y compañera Mónica Chereque Rivera, quien con su esfuerzo, dedicación y conocimientos de Derecho ha sido una ayuda invalorable para la culminación de mi trabajo.

Esperando que esta obra cumpla su cometido enviamos a la prensa esta obra.

El Autor.

ÍNDICE GENERAL

Dedicatoria. 5
Prólogo a la primera edición. 7
Prólogo a la segunda edición. 11
Breve explicación 13
Comentarios a los Principios reguladores del Código Penal. 23

DERECHO PENAL – PARTE GENERAL

Capítulo I: Introducción.
1. El Derecho Penal como medio de Control Social. 41
2. Concepto de Derecho Penal. Criminología, Política Criminal y Dogmática Penal. 46
3. Justificación del Derecho Penal. 55
4. La propuesta del garantismo penal. 60
5. Evolución del Derecho Penal. Escuelas Penales. 63
6. Desarrollo del Derecho Penal en el Perú. 66

Capítulo II: La Norma Jurídico-Penal.
1. La Norma Penal. Contenido y funciones. 68
2. Leyes penales Incompletas, en Blanco y Tipos Abiertos 72
3. Desvalor de Acción y Desvalor de Resultado. 77

Capítulo III: Principios Limitadores del Poder Punitivo Estatal.
1. Principio de Legalidad y sus consecuencias. 81
2. Principio de Intervención Mínima. 88

3. Principio de Protección de Bienes Jurídicos. 91
4. Principios Limitadores en el Código Penal de 1991. 93

Capítulo IV: Teorías de la Pena.
1. Teorías Absolutas o Restributivas. 96
2. Teorías Relativas o Preventivas. 98
3. Teorías de la Unión. 102
4. El Código Penal de 1991 y las Teorías de la Pena. 107
5. Medidas de Seguridad. 107

Capítulo V: Aplicación de la Ley Penal.
1. Aplicación Espacial. 109
2. Aplicación Temporal. 117
3. Aplicación Personal. 125

Capítulo VI: Teoría del Delito.
1. Significación de la Teoría del Delito. 129
2. Concepto y Estructura del Delito. 131
3. Teorías del Delito: Causalismo, Finalismo y Elementos Negativos del Tipo y Funcionalismo. 134
   3.1 Causalismo. 134
   3.2 Finalismo. 135
   3.3 Elementos Negativos del Tipo. 137
   3.4 Funcionalismo. 140
4. Clasificación de los Hechos Punibles. 146
   4.1. Clasificación de los hechos punibles en el Código Penal. 146

Capítulo VII: El Comportamiento Humano.
1. El comportamiento humano como base de la reacción Penal. 151
2. Formas del Comportamiento Humano. 152
3. Concepto Penal de la Acción. 154

4. Ausencia de Acción. 159
5. Capacidad de Actuar y actuación de las Personas Jurídicas. 161

Capítulo VIII: Tipicidad.
1. Tipo y Tipicidad. 166
2. Funciones del Tipo penal. 169
3. Estructura de la Tipicidad. 172
4. Estructura del tipo Penal. Tipo Objetivo: 173
   a) Bien Jurídico. 173
   b) Acción típica. 176
   c) Sujetos. 178
   d) Relación de Causalidad. 181
      d.1 Teoría de la Equivalencia de Condiciones. 181
      d.2 Teoría de la Causalidad Adecuada. 184
   e) Imputación Objetiva. 186
   f) Objeto material. 191
   g) Elementos descriptivos y normativos. 192
5. Tipo y Antijuricidad. 193
6. Tipo y Adecuación Social. 194
7. Causas de Atipicidad. 195

Capítulo IX: Delitos Dolosos de Comisión.
1. Tipo Objetivo y Tipo Subjetivo. 204
2. Tipicidad subjetiva: Dolo y clases. 204
3. Ausencia de dolo: Error de tipo. 209
4. Casos especiales de error. 214
5. Elementos Subjetivos del Tipo. 220

Capítulo X: Delitos Culposos de Comisión.
1. Naturaleza de la Culpa. 225
2. Fundamento y casos de incriminación de comportamiento culposo. 226

3. Tipo Objetivo: la Acción típica, el Deber Objetivo de Cuidado y el Resultado. 231
4. Tipo Subjetivo: Posibilidad de Conocer el Peligro que la conducta ocasiona para los bienes jurídicos, previsibilidad y deber de evitar el resultado dañoso. 238
5. Delitos Preterintencionales. 239

Capítulo XI: Delitos de Omisión.

1. Concepto y clases. 243
1.1.- Delitos de Omisión Pura o Propia. 246
1.1.1.- Tipo Objetivo. 247
a. Acción esperada. 247
b. Capacidad de actuación. 248
c. Ausencia de realizar el comportamiento ordenado. 249
d. Relación de causalidad. 249
1.1.2.- Tipo Subjetivo. 249
a. Dolo: Conocimiento de la obligación de actuar 249
b. Culpa: Incumplimiento del deber objetivo de cuidado. 250
1.2.- Delitos de Omisión Impropia o Comisión por Omisión. 251
1.2.1.- Tipo Objetivo 255
A. Situación generadora del deber. 256
B. No realización de la acción objeto del deber. ... 257
C. Capacidad de poder realizar la acción. 258
D. Relación de Causalidad. 258
1.2.2.- Tipo Subjetivo: Dolo y Culpa. 260

Capítulo XII: Antijuricidad.

1. Concepto. Antijuricidad formal y Antijuricidad material. 263
2. Lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos. 268
3. Lo objetivo y subjetivo de la Antijuricidad. 269

4. Causas de Justificación. Principios Justificantes. 271
5. Causas de Justificación en Particular: Legítima Defensa, Estado de necesidad justificante, obrar en el ejercicio legítimo de un oficio o cargo y obediencia jerárquica 274
6. Error en las Causas de Justificación. 294

Capítulo XIII: Responsabilidad o Culpabilidad.

1. Concepto y Función. 297
2. Culpabilidad y Prevención General. 306
3. Elementos de la culpabilidad. 307
   3.1. Imputabilidad. 307
      3.1.1. Causas de inimputabilidad. 309
      3.1.2. Causas que atenúan la imputabilidad. 314
      3.1.3. El Actio Liberae in Causa. 318
   3.2. Conocimiento o conciencia de la antijuricidad. 320
      3.2.1. Error de prohibición. 321
      3.2.2. Error de Prohibición Culturalmente condicionado. 325
   3.3. Exigibilidad de otra conducta. 326
4. Causas exculpantes. 328
   4.1. Estado de Necesidad Exculpante. 328
   4.2. Miedo Insuperable. 332
5. La Punibilidad. 335
   5.1. Excusas Absolutorias. 336
   5.2. Condiciones Objetivas de Punibilidad. 337

Capítulo XIV: Grados de desarrollo del Delito.

1. Fases del Desarrollo del Delito. 340
2. Actos Preparatorios y Actos Ejecutivos. 342
3. La Tentativa. Requisitos. 345
4. Clases de Tentativa. Tentativa Inacabada, Tentativa Acabada y Tentativa Imposible. 354

4.1. El Delito Frustrado. 355
4.2. Desistimiento. Participación de varias personas. 356
4.3. El Delito Imposible y la Tentativa inidónea. 360
5. Consumación y Agotamiento. 363
6. Delito Putativo. 365

Capítulo XV: Pluralidad de Delitos.
1. Unidad de acción y Pluralidad de Acciones. 369
2. Hecho Jurídico. 371
3. Principios para la determinación de la Pena: 372
3.1. Absorción. 372
3.2. Acumulación Material o Matemática. 373
3.3. Asperación o Acumulación jurídica. 374
4. Concurso de Delitos: 374
4.1. Concurso Ideal. 375
4.2. Concurso Real. 377
4.3. Concurso Real Retrospectivo. 380
4.4. Delito Continuado y Delito Masa. 384
4.5. Concurso Aparente de leyes. 391
4.6. Concurso Medial. 393

Capítulo XVI: Autoría y Participación.
1. Autores. Teorías sobre autoría. Clases de Autores. 395
2. Partícipes. Instigadores y Cómplices. 410
3. Circunstancias Incomunicables. 417
4. Actuar en nombre de otro. 422

Capítulo XVII: Reacción Penal.
1. Penas. 425
2. Características de la Pena: Principios. 430
3. Clasificación de las Penas. 434
4. La Pena de Muerte. 438

5. Pena Privativa de la Libertad. 444
6. Penas alternativas a las penas privativas de libertad de corta duración: Suspensión de la Ejecución de la Pena, Reserva del Fallo Condenatorio, Exención de la pena. 447
7. Penas Restrictivas de Libertad: expulsión y expatriación. 454
8. Penas Limitativas de derechos: Prestación de Servicios a la Comunidad, Limitación de Días Libres, Inhabilitación. 456
9. Pena de Multa. 460
10. Determinación de la Pena. 462
11. Medidas de Seguridad. Fundamento y límites. 466

Capítulo XVIII: Extinción de la Responsabilidad Penal.

1. Concepto. 471
2. Causas de extinción: muerte, prescripción, amnistía, indulto, derecho de gracia, cosa juzgada, cumplimiento de la pena, exención. 473
3. Causas de extinción en los delitos de acción privada: desistimiento, transacción, perdón del ofendido. 491

Capítulo XIX: Responsabilidad Civil Derivada del Delito.

1. Concepto y fundamento. 497
2. Sujetos obligados a la reparación. 500
3. Consecuencias Accesorias. 504

PRINCIPIO REGULADORES DEL CONTROL PENAL

Autor: Dr. Luis Alberto Bramont Arias

I. INTRODUCCIÓN

Todo documento legislativo persigue un mínimo de coherencia y rigor conceptual. El Derecho penal peruano presenta un conjunto de postulados fundamentales que hacen posible su interpretación, sistematización y críticas. Esos postulados no han surgido de la noche a la mañana; son el fruto de un largo proceso de gestación que han procurado consolidar el respeto a la dignidad de la persona en sociedad abierta, pluralista y democrática, la ley penal peruana, siguiendo lo señalada por el art. 43° de la Constitución del Estado: como Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que da lugar a los límites derivados del principio de legalidad; como Estado Social sirve para legitimar la función de prevención en la medida que sea necesaria para proteger la sociedad, lo que da lugar a los límites derivados de los principios de utilidad de la intervención penal, de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal, y de protección de bienes jurídicos; y como Estado Democrático, está al servicio efectivo de todos los ciudadanos, bajo la luz de los principios de humanidad, de culpabilidad, de proporcionalidad y de resocialización.

Entre ellos figura el catálogo de directrices introducidas por el Código Penal de 1991, en su Título Preliminar con el nombre de "Principios Generales", que también ha podido denominarse con mayor propiedad, con el nombre de "Principios reguladores del Control Penal", como lo propicia Víctor Prado Saldarriaga[1].

---

[1] Prado Saldarriaga, Víctor.- "Comentarios al Código Penal de 1991", Editorial Alternativas, Lima, 1993, p. 19 y ss.

II. ORIGEN DEL TÍTULO PRELIMINAR

Tiene dos tipos de antecedentes: remoto o general y próximo o particular. Dentro del primero se ubica: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789); la Declaración de los Derechos del Hombre de la Organización Naciones Unidas (ONU, 1948) y la Convención Americana de Derechos Humanitarios (1969), que consagran los principios de legalidad y humanidad como fuentes y directrices del Sistema punitivo. Dentro del segundo, tenemos la Declaración de Principios del Código Penal Tipo Latinoamericano de 1963, el colombiano de 1980 y los Proyectos españoles de 1982 y 1983.

III. DIVERSOS PRINCIPIOS

Los principios que rigen la ley penal peruana, no sólo el derecho penal fundamental y el complementario, sino también la ley personal y la de ejecución penal, y también las materias penales contenidos en otras leyes o regulaciones (art. X del Título Preliminar), son los siguientes:

1. La función preventiva de la sanción penal (arts. I y IX).
2. El principio de legalidad (arts. II, III y VI),
3. El principio de lesividad (art. IV).
4. El principio de jurisdiccionalidad (art. V).
5. El principio de culpabilidad (art. VII y VIII)
6. El principio de extensión (art. X)

1.- LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA SANCIÓN PENAL (ARTS I Y IX)

Art. I: Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad.

El Derecho penal de un Estado social se justifica como sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia merecen la protección del derecho se denominan "bienes jurídicos"; y como el Derecho democrático se apoya en el consenso de sus ciudadanos, la prevención general ha de prevenirse no sólo con el miedo al castigo, sino poniendo la pena al servicio del sentimiento jurídico del pueblo. Dos son, pues los aspectos que debe adoptar la prevención general en el Derecho penal de un Estado social y democrático: junto al aspecto de prevención intimidatorio (también llamada prevención general negativa), debe concurrir el aspecto de una prevención general estabilizadora o integradora (también llamada prevención general positiva). La pena, en este sentido, no debe ser usada arbitrariamente por el Estado como un medio perturbador de la seguridad ciudadana, ni como instrumento de políticas autoritarias o totalitarias que desconozcan la dignidad humana y el derecho de las personas de la pluralidad.

Art. IX: La pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

Función Preventiva de las sanciones penales (art. IX).

Gran importancia teórica y práctica ha de reconocerse al art. IX, que asigna las funciones que deben cumplir penas y medidas de seguridad. Propiamente no se trata de una declaración de principios, sino de una norma rectora destinada a poner de manifiesto el sentido de la Teoría del delito y a transformar las instituciones de ejecución penal.

De las Teorías sobre la legitimidad de la pena (retributiva, de prevención general por vía de intimidación negativa, esto es, inhibidora de la tendencia a delinquir; por vía de afirmación positiva del Derecho penal; estabilizadora o integradora, como afirmación de las emociones jurídicas fundamentales, y de prevención especial, el Código ha adoptado, para las penas, una concepción mixta o de la unión, que no es una simple yuxtaposición de fines. Si el art. IX se aprecia en sus relaciones con los arts. 45° y 46° (criterios para la aplicación de la pena) y si tiene en mente la Parte Especial de conminar las penas dentro de los límites mínimos y máximos, con variaciones cualitativas y cuantitativas en atención a la importancia del bien jurídico lesionado, la forma del ataque y la magnitud del daño o del peligro, se aceptaría que el Código concibe la pena fundada en la retribución (la pena es legítima porque es la retribución de una lesión cometida culpablemente).

Se concibe la pena fundada en la retribución seguida de las funciones preventivas (de la comisión de otros delitos, protectora de la sociedad de la capacidad delictiva del culpable, a la víctima del redoblamiento del ataque y al propio delincuente de la venganza pública y privada), y resocializadora del penado por medio de la ejecución humanitaria de la pena, sin violentar su autonomía moral ni su dignidad y proporcionándole, en cambio, la oportunidad de participar voluntariamente en estudios y trabajos readaptadotes remunerados.

Ahora bien, expresa Fernández Carrasquilla[2], "la pena no está supeditada, para su finalización, al cumplimiento de todas esas funciones. Sólo la retribución es ineluctable porque la pena misma en ejecución, cualquiera que sea el grado de humanitarismo de que ésta se halle impugnada"

---

[2] Fernández Carrasquilla, Juan.- "Derecho penal fundamental", Temis, Bogotá, 1989, pp. 375-376.

En cuanto a las medidas de seguridad poco se discute el carácter de prevención especial como función. Desde su ideación por Stoos en el siglo XIX, tales medidas, están relacionadas con el control de la peligrosidad del sujeto y sólo por esto se explican como medios de exclusiva prevención, no de represión de la delincuencia. No obstante, afirma Velásquez Velásquez[3], "en los últimos años se viene afirmando que ellos cumplen dos tipos de función; una de carácter primaria, cual es la prevención especial; y otra secundaria, traducido en la prevención general. Incluso comienza a abrirse paso el planteamiento según el cual también una función genérica: la prevención especial, y unas funciones específicas determinables según la clase de medidas: la inocuización y la resocialización, si se trata de internamiento en caso de custodia; la reeducación mediante la reclusión en establecimiento educativo; y la internación en el internamiento psiquiátrico".

Las medidas de seguridad están regidas prioritariamente por criterios utilitarios de "curación, tutela y rehabilitación". Curación si se trata de un enfermo y es ella posible en sentido médico-psiquiátrico, pero en todo caso tratamientos correctivos de la peligrosidad delictual. Tutela, esto es protección del propio inimputable y de la colectividad, la que se hace necesaria porque representa un peligro para sí y para otros. Rehabilitación, capacitación para la vida social productiva, adaptabilidad a las reglas ordinarias del juego social en el medio, en que se desenvuelve la vida del sujeto.

---

[3] Velásquez Velásquez, Fernando.- "Derecho Penal – Parte General", 2° edición, Editorial Temis, Bogotá, p. 105-106.

2.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD (ART. II, III, VI)

Art. II: 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.

Principio de legalidad (art. II).

El principio de legalidad de los delitos y de las penas es el supremo postulado político-criminal del Derecho penal moderno. Formalmente sostiene que sólo la ley puede señalar qué conductas son delictivas y cuáles son las penas que se pueden imponer a tales delitos; y asimismo que sólo puede sancionarse como autor del delito, a quien realizó un acto que previamente la ley, de modo inequívoco, había calificado como delito. En su sentido material, el principio de legalidad es una garantía de libertad personal y política de los ciudadanos; se constituye en un límite jurídico importante para todo acto de poder Estatal, como expresa Prado Saldarriaga[4].

La formulación actual del Principio de Legalidad se concibe atendiendo:

a) Las garantías sustantivas.
b) Las garantías procesales.
c) Las garantías de ejecución penal[5].

a) Garantías Sustantivas.- Como garantía sustantiva el principio de legalidad se correspondía: "No hay tipo legal, pena, medida de seguridad, sin ley escrita, estricta y previa".

La ley tiene que ser **escrita** (lege scripta), esto es, la costumbre queda excluida, como posible fuente del delito y penas o medidas de

---

4 Prado Saldarriaga, Víctor.- op. cit., p. 28.

5 Velásquez Velásquez, Fernando.- op. cit., pp. 233-234.

seguridad. Pero tampoco basta cualquier norma escrita, debe tener el rango de ley emanado del Poder Legislativo, como representante del pueblo. En consecuencia, no constituyen fuentes del Derecho penal, las normas reglamentarias del Poder Ejecutivo como Decretos, Resoluciones Ministeriales, etc.

La ley tiene que ser **estricta**, es decir está dotada de un cierto grado de precisión; la analogía está proscrita en la ley penal, no se puede crear figuras penales por analogía, así sea para agravar, atenuar o imponer las que ya ha contemplado la ley. Este principio da lugar al llamado "mandato de determinación", que exige que la ley determine en forma diferenciada las distintas conductas punibles y las distintas penas, por lo que es condenable que las leyes utilicen cláusulas generales indeterminadas. El mandato de determinación afirma el profesor Mir Puig[6] se concreta en la Teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho, y en la Teoría de la determinación de la pena obliga a un cierto legalismo que limite al por otra parte necesario arbitrio judicial.

El "mandato de determinación", expresa Mir Puig[7], plantea especiales problemas en relación a las medidas de seguridad, pues es difícil delimitar con una precisión suficiente el presupuesto de la peligrosidad del sujeto y la duración y las características concretas de las propias medidas. De ahí que convenga, por una parte exigir la comisión de un delito previo que demuestra la peligrosidad (exclusión de las medidas predelictuales) y, por otra parte, señalar límites máximos a la duración de las medidas, de otro modo se hacen intolerables en un Estado de Derecho".

---

6 Mir Puig, Santiago.- "Derecho Penal – Parte General", 5° edición, Tecfoto, Barcelona, 1998, pp. 85-86.

7 Ibid. p. 86.

Con la exigencia de una **ley previa** se expresa la consagración del principio de irretroactividad de la ley penal. Si para que un hecho pueda ser castigado, la conducta y la pena deben estar declaradas por una ley anterior a su comisión, es claro que la ley dictada expost facto no puede tener aplicación retroactiva. El contenido de la ley previa debe ser una regla general, en el sentido de que está destinada a regir todos los casos que ocurran desde su entrada en vigencia hasta su derogación: la sanción del hecho debe ser anterior al momento de su derogación. En esta forma no se concibe cómo una disposición penal puede ser dictada por vía individual, es decir, establecida en atención al caso ocurrido; y por otro lado, tal forma legislativa contraviene la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, que prohíbe se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otro en iguales circunstancias: en iguales circunstancias no se negaría a un individuo el derecho de libertad concedido a los demás. Sin embargo, por excepción, impera la aplicación retroactiva cuando la ley posterior es más favorable, por suprimir algún delito o atenuar la pena. El principio se vincula a la aplicación de la ley penal en relación al tiempo y allí nos ocuparemos de su alcance.

b) Garantías Procesales.- Las garantías procesales significan que nadie puede ser castigado sino en virtud de un proceso legal, y que la ley penal sólo puede ser aplicada por los jueces instituidos por la ley para esa función.

Las garantías procesales reconocen dos principios: el debido proceso legal o legalidad del proceso, y el juez natural o juez legal.

c) Garantía de Ejecución Penal.- Esta garantía afirma: no hay pena ni medida de seguridad sin adecuado tratamiento penitenciario y asistencia, sin tratamiento humanitario y sin resocialización.

Tratamiento penitenciario y asistencial.- significa que la ejecución

debe rodearse de máximas garantías, con miras a que el reo esté protegido por el Estado, el cual no puede dejarlo librado a su suerte propiciando su degradación y pérdida de identidad como persona humana.

Tratamiento humanitario quiere decir que la ejecución de la pena y medida de seguridad debe atender a la calidad de ser humano del reo, quien, dentro de las limitaciones de sus bienes jurídicos, debe ser tratado acorde a su dignidad de persona, sin que al Estado le este permitido cosificar al individuo para sus fines.

Resocialización quiere decir rehabilitación del reo, curarlo cuando padezca de anomalías físicas y mentales, reincorporarlo a la sociedad en condiciones aptas para la convivencia social.

Finalmente destacamos que el principio de legalidad es, a la vez, la base del principio de culpabilidad, pues si no hay delito definido o una pena claramente amenazada no habría cómo ni de qué ser culpable jurídicamente.

Art. III: No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde.

Prohibición de la Analogía (art. III).

Un aspecto particular del principio de legalidad que merece tención especial, es la prohibición de la analogía, o sea, como dice el art. 139° núm. 9 de la Constitución: "la inaplicabilidad de la analogía de la ley penal".

Se distingue la analogía de la interpretación extensiva y de la analógica. Se opone al principio político liberal del nullum crimen nullum poena sine lege. Además, la analogía no es propiamente forma

de interpretación legal, sino de aplicación. Con la analogía se procura aplicar un precepto a un caso que la ley no ha previsto. La interpretación se dirige a buscar la voluntad de la ley, la analogía prescinde de la voluntad, o mejor dicho, esa voluntad no existe. La analogía tiene, por lo tanto función integrante de la norma jurídica y no interpretativa.

Se distingue la analogía de la interpretación extensiva porque cuando ella ocurre, el caso que se examina no está regulado ni implícitamente, lo que no ocurre en la interpretación extensiva, el intérprete se torna señor de la voluntad de la ley, la conoce, dando un alcance más amplio a los vocablos empleados por el legislador, para que corresponda a esa voluntad; en la analogía lo que se extiende y amplia es la propia voluntad de la ley, con el fin de que se aplique a un caso concreto una norma que se ocupa de un caso semejante. Puede resumirse la distinción, diciendo que en una falta la expresión lexicológica adecuada en cuanto existe la voluntad legal; en la otra, falta también la voluntad.

Con la interpretación analógica o intra legem es más fácil la distinción, puesto que ésta se hace en virtud de la ley, que determine se aplique analógicamente el precepto; o sea, está permitida cuando a la fórmula casuística le sigue una genérica, debiéndose admitir que ésta comprende casos semejantes o análogos a los mencionados por aquellos, tal como ocurre en el art. 108° del Código Penal.

Art. VI: No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente.

Principio de la teleología de las puniciones penales (art. VI).

El principio de legalidad preside todas las fases de la pena, amenaza, aplicación y ejecución. Las penas impuestas por los jueces, no pueden ser llevadas a cabo en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos. El art. 234° de la Constitución establece: "Nadie puede

ser sometido a torturas o tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede solicitar al juez que ordene de inmediato el examen médico de la persona privada de la libertad, si cree que ésta es víctima de maltratos". En otros términos, la ejecución de una pena debe ejecutarse si media un adecuado tratamiento asistencial para el reo, por parte de personal idóneo y mediante políticas penitenciarias orientadas a la readaptación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, como proclama el art. 139° núm. 22 de la Constitución, debe observarse, de la misma manera el principio de humanidad prescrito en el recordado art. 234° de la Constitución, para el cual la dignidad del individuo es un límite que se debe respetar por parte del Estado y que controla el Poder Judicial.

Lo anterior explica, por qué el art. VI del Título Preliminar del Código Penal diseña una teleológica de la sanción penal en armonía con la filosofía impuesta por un Estado social y democrático de Derecho.

3.- PRINCIPIO DE LESIVIDAD (ART. IV)

Art. IV: La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.

Principio de lesividad (art. IV).

Debe separarse el postulado de lesividad a que se refiere el art. IV del Título Preliminar de la categoría dogmática emanada de él o antijuricidad, de la cual se ocupa la teoría del hecho punible. En este lugar se hace referencia al principio de lesividad y no a la categoría dogmática de la antijuricidad.

El axioma se deriva del art. IV del Título Preliminar del Código Penal que establece que para que una conducta sea punible se requiere que "lesione o ponga en peligro los bienes jurídicos tutelados por la ley".

El principio de lesividad del bien jurídico o de la objetividad jurídica del delito, se sintetiza en el tradicional aforismo liberal "no hay delito sin daño", que traducido al lenguaje actual, según Velásquez Velásquez[8], "equivale a la no existencia de hecho punible sin amenaza real o potencial para el bien jurídico tutelado". O sea que el referido art. IV no sólo no declara punible la conducta que, con justa causa, daña o amenaza un bien tutelado, sino también las que carezcan de potencialidad causal para ella. Consecuentemente se excluyen de pena, por carecer de antijuricidad, las conductas justificadas (falta de antijuricidad formal) y los hechos inocuos e inofensivos (falta de antijuricidad material).

No obstante, parece que en ciertos casos el legislador ha olvidado tal exigencia del art. IV, como lo es la instalación de disposiciones que aluden a conductas que se refieren a delitos de peligro abstracto o de mera desobediencia, por ejemplo, en el art. 274° del Código Penal que sanciona la conducción de vehículos motorizados en estado de embriaguez o drogadicción.

4.- PRINCIPIO DE JURISDICCIONALIDAD (ART. V)

Art. V: Sólo el Juez competente puede imponer penas o medidas de seguridad; y no puede hacerlo sino en la forma establecida en la ley.

Principio de Jurisdiccionalidad (art. V).

Es otro postulado de rango procesal, concebido como parte del debido proceso legal. Aparece tutelado en el art. 138° de la Constitución, en cuanto establece que: "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de

[8] Velásquez Velásquez, Fernando.- op. cit., p. 246.

sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y las leyes". Se trata, pues, de la aplicación de la actividad judicial del principio de legalidad. Además, al garantizar la actividad judicial, se garantiza también al ciudadano.

Por lo tanto, según la garantía constitucional, nadie puede ser condenado a una pena sin proceso legal seguido ante Tribunal competente y constituido de modo regular. Además, todo sometido a proceso, tiene derecho a la defensa (art. 139° núm. 14 de la Constitución), a ser informado y por escrito de la causa o razones de su detención (art. 139° núm. 15 de la Constitución), a un proceso público y oral (art. 139° núm. 4 de la Constitución), a no declarar o reconocer culpabilidad en causa penal contra si mismo y a la presunción de inocencia (art. 2° núm. 24 de la Constitución), derechos que reitera la Declaración de los Derechos del Hombre (art. 10° y 11°) y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (art. 6°).

El principio del juicio legal comprende también la fase de la determinación de la pena. Puede resultar que por la estructura de los tipos (tipos con elementos normativos), por la naturaleza de la acción, por la necesidad de apreciar los deberes infringidos, la extensión del daño o peligros causados y la peligrosidad del delincuente (art. 46° del Código Penal), se produzcan situaciones de conflicto entre la determinación judicial de la pena y los principios de la intervención estatal. En estos casos, sólo se cumplirá con las garantías jurisdiccionales si las decisiones aparecen razonadas, pues de lo contrario predominaría la arbitrariedad judicial.

Lo que persigue el principio jurisdiccional es que no puedan establecerse en el país tribunales paralelos a la justicia ordinaria penal, para avocarse al juzgamiento de delitos comunes; el no sometimiento

de civiles al fuero castrense. Es menester, dice Prado Saldarriaga[9], recuperar el espacio perdido por la justicia ordinaria en las zonas de conflicto. No hacerlo implica renunciar al principio de jurisdiccionalidad y dejar al ciudadano en situación de indefensión frente a la arbitrariedad.

5. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD O RESPONSABILIDAD (ART. VII)

Art. VII: La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Principio de culpabilidad o responsabilidad (art. VII).

Aquí como en los casos anteriores, es preciso separar dos conceptos que la doctrina suele confundir: de un lado, el principio de culpabilidad que se viene tratando; y de otro lado, la categoría dogmática de la culpabilidad emanada de la definición del delito. Por tanto, en este lugar se hace referencia al principio de culpabilidad y no a la categoría dogmática de la culpabilidad, a la cual se hace referencia al exponer la Teoría del Delito.

Se discute si este principio se deriva del de legalidad o sucede lo contrario; incluso se cuestiona, previa separación del de intervención legalizada, si se deriva del Estado de Derecho o del de Humanidad. Partiendo del respeto a la dignidad de la persona, parece que la razón está de parte de quienes defienden la última postura.

El apotegma de culpa: nullum pena sine culpa, o de la

[9] Prado Saldarriaga, Víctor.- op. cit., p. 38.

responsabilidad subjetiva, se enuncia diciendo que no hay pena sin culpabilidad; la sanción penal sólo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede ser "reprochado" o "exigido" al autor, e implica dos cosas distintas, según Velásquez Velásquez[10]: "en primer lugar, no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad pues toda pena la supone, de donde se deriva la exclusión de la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado; y, en segundo lugar, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad y su imposición se hace atendiendo al grado de culpabilidad. El autor, pues, no responde por un defecto de carácter adquirido (derecho penal de autor, sino por su hacer: derecho penal de acto); se trata de un derecho penal de culpabilidad por el hecho o por el acto cometido y no por la forma como el autor conduzca su vida, pues no son posibles terceras opciones".

En suma del enunciado no hay pena sin culpabilidad, se derivan tres consecuencias materiales:

A. No hay responsabilidad objetiva por el mero resultado.
B. La responsabilidad es por el acto y no por el autor.
C. La culpabilidad es la medida de la pena.

Art. VIII: La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes.

Principio de proporcionalidad de las penas (art. VIII).

La pena ha de guardar relación con el daño ocasionado y con el bien jurídico protegido. Este principio encuentra tradicional explicación dentro del marco del sistema retributivo, pero también en las Teorías preventivas, ya que, según Terradillos y Mapelli[11], "la adecuación de

---

10 Velásquez Velásquez, Fernando.- op. cit., p. 248.

11 Mapelli, Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan.- "Las consecuencias jurídicas del delito", 2° edición, Editorial CIVITAS S.A., Madrid, 1993, p. 49.

la gravedad de la pena al delito –por ejemplo, castigando más la conducta dolosa que la imprudente, o la consumación que las formas imperfectas de ejecución, o los delitos que afectan a bienes jurídicos más importantes que los que no lo son tanto- es requisito de aceptación social y de aplicación funcional".

Dos aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas, dice Mir Puig[12], por una parte, la necesidad misma de que las penas sean proporcional al delito. Por otra parte, la exigencia de que la medida de proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho ("nocividad social"). Asimismo, Bustos Ramírez, expresa que el principio de proporcionalidad en materia de penas presupone que éstas deben estar en una determinada relación con el bien jurídico afectado, esto es, no toda afección a un bien jurídico ha de suponer una pena privativa de libertad pues, no habría proporción entre el bien jurídico afectado o la gravedad de su afección y el significado de la pena para el sujeto.

En el art. 73° del Código Penal también implica el principio de proporcionalidad en la imposición de medidas de seguridad, sosteniendo que debe ser establecido teniendo en cuenta la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometería si no fuera tratado.

Un Estado democrático, expresa Mir Puig[13], debe exigir, además, que la importancia de las normas apoyadas por penas proporcionadas no se determina a espaldas de la trascendencia social efectiva de dichas normas. Se sigue de ello que un Derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos que se asignan, según el grado de la "nocividad social" del

---

12 Mir Puig, Santiago.- op. cit., p.100.

13 Loc. cit.

ataque al bien jurídico. Conminar en la actualidad con la pena de muerte el "tercer hurto", como se hizo en otras épocas históricas, contradice abiertamente el actual significación del hurto. Tal pena no podría concitar el consenso social que exige la prevención general positiva, ni resultaría admisible en un Derecho democrático.

6. PRINCIPIO DE EXTENSIÓN (ART. X)

Art. X: Las normas generales de este Código son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales.

Principio de Extensión (art. X).

Los principios reguladores del control penal que prevé el Título Preliminar del Código Penal no son sólo para la interpretación y aplicación del Código, sino que alcanzan a todas las leyes penales, sea que éstas se incorporen al Código Penal (Derecho penal fundamental), sea que se mantengan como Derecho penal complementario.

En caso de existir en leyes especiales preceptos que contradigan a las disposiciones generales del Código Penal, se estará a lo dispuesto por éste. Este principio se deriva de la necesaria unidad lógica del ordenamiento jurídico, la cual se quebraría al dar igual validez a normas contradictorias.

El art. X se refiere a "normas generales de este Código" y no sólo a las disposiciones contenidas en la Parte General del Código, o sea, en el Libro Segundo, sobre delitos, y en el Libro Tercero, sobre faltas, tales como las de violencia sobre las cosas o personas, amenazas, engaños, violación de morada, estado de guerra y otros. Las disposiciones generales que se encuentran en la Parte General o en la Parte Especial del Código Penal prevalecerán sobre las establecidas en leyes especiales.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1. El Derecho Penal como medio de Control Social.

El Derecho sólo tiene sentido dentro de una sociedad y, ésta se basa en las relaciones que se dan entre sus miembros, tal como dice Jescheck[1]: "La misión del derecho es proteger la convivencia humana en comunidad. Nadie puede, a la larga, subsistir abandonado a sus propias fuerzas; toda persona depende, por la naturaleza de sus condicionamientos existenciales, del intercambio y de la ayuda recíproca que le posibilita su mundo circundante"[2]. La sociedad tiene como fin fundamental lograr un desarrollo colectivo, es decir, el bienestar común. Lamentablemente no todas las relaciones que se dan en su interior son pacíficas, por lo que se necesita cierto tipo de

---

1 Jescheck, Hans-Heinrich.- "Tratado de Derecho Penal – Parte General", traducción y adiciones del Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 3-4.

2 Vid. Zaffaroni: "El hombre siempre aparece en sociedad, interaccionando estrechísimamente con otros hombres. Se agrupan dentro de la sociedad en grupos permanente, alternativa o eventualmente coincidentes o antagónicos en sus intereses y expectativas. Los conflictos entre grupos se resuelven en forma que, si bien siempre es dinámica, logra una cierta estabilización que va configurando la estructura de poder de una sociedad, que en parte es institucionalizada y en parte es difusa.". En "Manual de Derecho Penal – Parte General", T.I, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1986, pp. 23-24.

regulación -control-. El Derecho Penal aparece como el medio de control más drástico, al cual se debe recurrir en última instancia[3] -*ultima ratio*-, cuando todos los demás medios de solucionar el problema han fracasado[4].

Como hemos dicho en el párrafo anterior, las relaciones entre los miembros de la sociedad no siempre son pacíficas y por el contrario, la violencia se está haciendo parte de nuestra realidad; contra esto surge el Derecho Penal que no es otra cosa que un medio de control social[5] que emplea la violencia, con la diferencia de que ésta está permitida por el propio ordenamiento jurídico; es una violencia formalizada que apunta a lograr el bien común. Tal como señalan los profesores Muñoz Conde y García Arán[6]: "Hablar de Derecho Penal es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el Derecho penal (robo, asesinato, terrorismo, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho Penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos)".

---

3 La utilización del derecho penal no es el único medio, ni siquiera el más eficaz para el mantenimiento del orden social –ni de las expectativas de sus miembros- pero, constituye una amarga necesidad irrenunciable; dado que aún no hemos encontrado un camino mejor para el desarrollo de la convivencia humana.

4 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros: "El derecho penal es el instrumento jurídico más enérgico de que dispone el Estado para evitar las conductas que resultan más indeseables e insoportables socialmente. Pero es de gran importancia entender que este instrumento no es el único del que dispone la sociedad y el Estado para el *Control Social* de las conductas de los individuos". En "Lecciones de Derecho Penal - Parte General", 2° edición, Editorial Praxis, Barcelona, 1999, p.1.

5 Debemos entender como Control Social al conjunto de medios sociales o con repercusiones sociales que sirven para ordenar y regular el comportamiento humano externo en muy diversos aspectos. El Control Social, no sólo establece los límites de la libertad sino que, es un instrumento que tiene como fin socializar a sus miembros.

6 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- "Manual de Derecho Penal - Parte General", 4° edición, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 29.

Como puede apreciarse de lo dicho anteriormente, el objeto de estudio del control social es doble:

- La conducta o comportamiento desviado, es decir, la conducta que es valorada negativamente dentro de un orden social determinado; y
- La reacción o respuesta social de la sociedad frente a la conducta cometida.

La teoría moderna toma como presupuesto que todas las personas que conforman la sociedad están controladas (Libro de Berger-Luhmann: "El Control Social de la Realidad"). El Estado para mantener un determinado orden en la sociedad tiene que controlar a los ciudadanos, el derecho penal es uno de esos medios de control social.

Hay dos formas de control social:

a) Controles Informales: Son aquellos en los que el Estado no manifiesta de manera directa su carácter represivo sobre las personas sino que, la presión es ejercida por otros individuos o grupos de ellos. Así: la escuela, los grupos sociales, la familia, etc. Estos grupos no aceptan ciertas conductas, y por el contrario las rechazan socialmente, siendo justamente este rechazo el que controla a la persona. Por ejemplo: si una persona asiste a la universidad vestido de payaso, los demás miembros de la comunidad universitaria reprocharan este comportamiento.

b) Controles Formales: Son aquellos en los que el Estado manifiesta su poder para reprimir y controlar a las personas. Por ejemplo: las sanciones administrativas, el Derecho Penal[7], etc. El Derecho Penal no es el único medio de control social formal –ejm. Los jueces, la policía, los centros penitenciarios-, pero si el último al cual se debe recurrir.

---

[7] El Derecho Penal asegura, en última instancia, la imposición del orden jurídico positivo, tan pronto como el derecho penal deja de garantizar la seguridad y el orden, aparece la venganza privada.

La finalidad de los controles sociales, tanto formal como informal, es mantener y asegurar la convivencia de las personas que conforman la sociedad. Debe darse una adecuación de los comportamientos sociales a las pautas de organización de la convivencia que cada sociedad o grupo social requiere. Así:

1. El derecho penal es un medio –instrumento- de control social, el cual, tanto en su contenido como en sus reacciones debe ser concordante con el sistema de control social imperante. En este sentido, el profesor Enrique Bacigalupo[8]: "El derecho penal es un *instrumento de control social* que opera junto a otros instrumentos de idéntica finalidad. Se diferencia de los otros instrumentos de control social que tienen por medio la *sanción* o el *castigo*, por la manera *formal* en que se lo aplica y por su tendencia a una fundamentación más *racional* de la misma. Otras sanciones (éticas, por ejemplo) se manifiestan de manera casi informal y espontánea; las del derecho penal, por el contrario, se ajustan a un procedimiento determinado para su aplicación y están establecidas de un modo específico en lo referente a sus alcances, duración, derechos que afectan, etc."

2. En ningún momento de la exposición se ha tratado la idea de justicia, pues pueden darse casos en los que la justicia y el derecho penal vayan por vías diferentes. Pues, el derecho penal como el conjunto de sistemas de control social responde a unos valores propios, el cual permite ciertas conductas pero, a la vez quiere evitar otras (ejm: es justo sentenciar a una persona que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente la muerte para poner fin a sus

---

8 Bacigalupo, Enrique.- "Manual de Derecho Penal – Parte General", 4° reimpresión, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, 1998, p. 1.

intolerables dolores – art.112°). Tal como dice el profesor Berdugo Gómez de la Torre[9]: "El Estado pretende que sus sistemas de control social sean justos, y destinados a hacer justicia, pero lo justo y la justicia son valores de significado diferente para unos y otros".

Conviene recordar el ejemplo propuesto por Hulsman: cinco estudiantes conviven, uno de ellos, en cierto momento, golpea y rompe el televisor. Cada uno de los restantes analizará el suceso a su manera y adoptará una actitud diferente. Uno, furioso, declarará que no quiere vivir más con el primero; otro reclamará que pague el daño o compre otro televisor nuevo; otro afirmará que seguramente se haya enfermo; y, el último observará que para que tenga lugar un hecho de esa naturaleza algo debe marchar mal en la comunidad, lo que exige un examen común de conciencia. En este ejemplo vemos como ante un mismo hecho se puede reaccionar de diferentes maneras para resolver el conflicto, surge un carácter punitivo, uno reparatorio, uno terapéutico y uno conciliatorio. Lo cierto es que cuando se elige la solución punitiva se excluyen las otras, ésta solución implica apartar del grupo al individuo y además castigarlo. Por tal razón, sólo se debe recurrir al derecho penal en última instancia. Otro ejemplo, nos lo presenta Bustos Ramírez[10] cuando señala que: "Un mismo comportamiento, como estampar una firma en un muro recién pintado o en un vagón de ferrocarril puede ser valorado de forma diferente. Para los amigos del "artista" y los que comparten su afición será una muestra de habilidad y valentía que será valorada positivamente y elevará su prestigio. En cambio, para otros será simplemente un acto de mal gusto y provocará rechazo. Esta simple constatación pone en primer plano una serie de

---

9 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- op. cit., p. 2.

10 Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán.- "Lecciones de Derecho Penal", Vol.I, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 15.

preguntas y, el problema de sus respuestas como: ¿Quién define lo que es una conducta desviada y quién es el que tiene interés en su control?

2. Concepto de Derecho Penal. Criminología, Política Criminal y Dogmática Penal.

El **Derecho Penal** es un medio de control social que se caracteriza por imponer sanciones -penas o medidas de seguridad-[11] cuando, se han cometido acciones graves que atenten contra los bienes jurídicos[12] de mayor valor de la sociedad[13]. Siguiendo esta línea de pensamiento Mir Puig[14] señala: "(...) es una forma de evitar los comportamientos que juzga especialmente peligrosos -los delitos-. Se trata, pues, de una forma de control social lo suficientemente importante para que, por una parte, haya sido *monopolizado por el Estado* y, por

---

11 Vid. Roxin: "Pena y medida son por tanto el punto de referencia común a todos los conceptos jurídicopenales, lo que significa que el Derecho penal en sentido formal es definido por sus sanciones. Si un proceso pertenece al Derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos y prohibiciones –pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos-, sino porque esta infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad". En: "Derecho Penal – Parte General", T.I: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito, traducción de la 2° edición alemana, Editorial CIVITAS S.A, Madrid, 1997, p. 41.

12 La sociedad determina la protección de los bienes que considera importantes para su desarrollo. Entre estos bienes, a su vez, selecciona los de mayor importancia a los cuales se denominan bienes jurídico penales.

13 Vid. Welzel: "El Derecho Penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad" y "tiene como misión central asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores de acto, mediante la conminación penal y el castigo de la inobservancia de los valores fundamentales del actuar jurídico manifestada efectivamente". En "Derecho Penal Alemán", traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993, pp. 1-2.

14 Mir Puig, Santiago.- "Derecho Penal - Parte General", 5° edición, Impreso por TECFOTO, Barcelona, 1998, p. 5

otra parte, constituya una de las parcelas fundamentales del poder estatal (...)". En otras palabras, el derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que definen determinadas conductas como delito y disponen la imposición de penas o medidas de seguridad a quienes los cometen. Tal como señala Fragoso[15]: "El derecho penal es el conjunto de normas jurídicas mediante las cuales el Estado prohíbe determinadas acciones u omisiones, bajo amenaza de una sanción penal. Forman parte de esta rama del derecho también las normas que establecen los principios generales y las condiciones o presupuestos de aplicación de la pena y de las medidas de seguridad, que igualmente pueden ser impuestas a los autores de un acto previsto como delito".

Conforme Jescheck[16]: "El Derecho Penal debe, ciertamente, contribuir a superar el caos en el mundo y a contener la arbitrariedad de los hombres por medio de una consciente limitación de su libertad (...)"; es decir, el hombre debe sacrificar parte de su libertad para así gozar de los beneficios que le brinda vivir en sociedad, tales como seguridad, tranquilidad y demás condiciones que favorezcan a su desarrollo personal -calidad de vida-. Pero, el derecho penal sólo puede limitar o prohibir un comportamiento cuando resulte indispensable para la protección de la sociedad. Es decir, el derecho penal debe provenir de un órgano legítimo, el cual esté reconocido por la sociedad –problema de legitimidad-.

---

15 Fragoso, Heleno Claudio: "Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas mediante as quais o Estado prohíbe determinadas acoes ou omissoes, sob ameaca de característica sancao penal. Fazem parte desse ramo do dereito também as normas que establecem os principios generais e as condicoes ou pressupostos de aplicacao da pena e das medidas de seguranca, que igualmente podem ser impostas aos autores de um fato previsto como crime". En "Licoes de Direito Penal", A Nova Parte Geral, 4° edicao, revista e atualizada por Fernando Fragoso, Forense, Río de Janeiro, 1994, p. 3

16 Jescheck, Hans-Heinrich.- op. cit., p. 5.

El Derecho Penal tiene tres aspectos:

a) **Objetivo**: El Derecho Penal es un conjunto de normas jurídico-penales (posición clásica). El presupuesto para su aplicación es el delito y, su consecuencia es la pena o medida de seguridad. Además, se establece una responsabilidad civil derivada del delito. Célebre es la definición que dio Von Liszt[17], para quien el derecho penal es el "conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho y a la pena como legítima consecuencia".

b) **Subjetivo**: Es lo que se conoce como "Ius Puniendi" o Derecho del Estado a castigar o sancionar. Es la facultad que tiene el Estado de crear o aplicar determinadas sanciones a las personas que infringen el Derecho Penal Objetivo, es decir las normas jurídico penales. Fernández Carrasquilla[18] señala que, el derecho penal subjetivo no es otra cosa que una potestad derivada del imperio o soberanía estatal y que dependiendo del momento en que se desenvuelva puede tomar diversas formas, puede ser una potestad represiva -momento legislativo-, una pretensión punitiva -momento judicial-, o una facultad ejecutiva -momento ejecutivo o penitenciario-.

c) **Científico, Ciencia del Derecho Penal o Dogmática Jurídico Penal**: La dogmática penal, expresa Roxin[19]: "es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y

---

17 Von Liszt, Frank.- "Tratado de Derecho Penal", traducido de la 20° edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho Penal español por Quintiliano Saldaña, 2° edición, Editorial Reus, Madrid, 1917, p. 5.

18 Fernández Carrasquilla, Juan.- "Derecho Penal Fundamental", Introducción al Derecho Penal. Evolución de la Teoría del Delito, T. I, 2° reimpresión de la segunda edición, Editorial TEMIS S.A., Bogotá, 1989, p. 13.

19 Roxin, Claus.- op.cit, p. 192.

desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal". Fernández Carrasquilla[20], a su vez, con visión político criminal, considera que la "Dogmática Jurídico Penal" es el estudio sistemático y lógico-político de las normas del derecho penal positivo vigente y de los principios y valores en que descansan o que las animan". La dogmática jurídico penal, por su referencia al derecho vigente y por sus métodos se diferencia de la historia del *Derecho Penal* y del *Derecho Penal comparado*, pero también de la *Política Criminal*, cuyo objeto no constituye el derecho penal como *es* sino como *debería ser* en cuanto a una adecuada disposición para sus fines.

El derecho penal tiene diversas características:

1. Público.- Dado que la imposición de las penas y medidas de seguridad sólo pueden ser impuestas por el Estado. Además, la pena no se impone en interés del ofendido sino de la colectividad y, por último, el objeto del derecho penal no es la relación entre individuos, sino entre el Estado considerado como soberano y los individuos.

2. Regulador de conductas humanas.- Se trata de regular la actividad de los hombres en cuanto trasciendan al exterior, es decir nadie es castigado por su pensamiento. La incriminación de las ideas equivaldría a una radical invasión del campo propio de la moral, desentendiéndose entonces el derecho de su misión especialísima y esencial, a saber: armonizar las relaciones puramente externas de los hombres en vista a la convivencia y a la cooperación indispensable en la vida común.

---

[20] Fernández Carrasquilla, Juan.- "Concepto y Límites del Derecho Penal", Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, p. 13.

3. Cultural, normativo, valorativo y finalista.- la ciencia del derecho penal se ubica en la esfera del "deber ser", por la concepción fundamentalmente cultural de su principal objeto de estudio: el delito. Es normativo porque, son las normas las que señalan lo permitido y lo prohibido. Es valorativo pues, hace una selección de las conductas más peligrosas y dañinas para la sociedad. Es finalista porque, se protegen los bienes jurídicos o intereses jurídicos con referencia a la consecución de un fin colectivamente perseguido, fin que puede ser el orden, el bienestar social, la paz con justicia, etc.

4. Sistema discontinuo de ilicitudes.- Todas las leyes describen conductas humanas. Esa descripción no es, ni puede ser, integral ni exhaustiva. No se puede prever la totalidad de los comportamientos humanos. La ley contiene la descripción de las acciones delictivas, de las únicas conductas incriminadas; las demás carecen de relevancia en el orden penal. El juez en lo penal, si bien no puede negarse a juzgar, carece de libertad para decidirse por cualquiera de las partes, porque le ha sido impuesta una solución ineludible: pronunciarse en caso de duda a favor del acusado.

5. Personalísimo.- Quiere decir que el delincuente responde personalmente de las consecuencias penales de su conducta. Esto significa:

   - Que la pena solamente puede cumplirse en aquél que personalmente delinquió, no se transmite a otras personas.
   - Que está prohibido al delincuente obtener que otra persona cumpla por él la pena que le fue impuesta.
   - Que con la muerte del delincuente concluye la posibilidad de sancionar penalmente el hecho del que fuera responsable.

La Criminología es actualmente una ciencia en continuo cambio, lo cual, como podrá suponerse, ha incidido en la manera de conceptuarla, el objeto de estudio, el método, y los postulados generales asignados; el avance del pensamiento criminológico a pesar de ser una ciencia relativamente nueva ha sido notorio. La palabra "criminología" tiene raíces griegas y latinas que significan desde un punto de vista etimológico la "teoría del crimen". Bustos Ramírez[21] afirma que: "Mientras el derecho penal se ocupa de la definición normativa de la criminalidad como forma del poder del Estado, la criminología estudia cómo surgen al interior del sistema esos procesos de definición. De esta manera ambas disciplinas conforman una unidad normativa y empírica".

Conforme señala Velásquez[22]: "(...) parece indudable que desde sus inicios ha existido una conexión entre la sociología y la criminología, lo cual permite afirmar que se trata de una ciencia social; por ello, es necesario concebirla como algo sujeto a transformaciones, producto del cambio, debiéndose ubicar el origen de ambas disciplinas en la época del Iluminismo".

Tradicionalmente mediante la criminología se intenta explicar el delito como fenómeno individual y social. Tal como señala Fernández Carrasquilla[23]: "En toda sociedad, la criminalidad representa un acontecer natural pero anormal; lo primero, por ser un hecho inevitable, y lo segundo, por no constituir lo debido o deseado, ni tampoco la regla estadística".

---

21 Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán.- op. cit., p. 24.

22 Velásquez Velásquez, Fernando.- "Derecho Penal - Parte General", 2° edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 11.

23 Fernández Carrasquilla, Juan.- "Derecho Penal Fundamental", op. cit., p. 4.

Hay dos tipos de criminología:

a) Clásica: Estudia las causas del delito como un fenómeno empírico-individual. Empírico, ya que, se presenta en la realidad y se tiene que determinar según la experiencia. Es individual porque, estudia a la persona en concreto. Según César Lombroso -italiano-, el delincuente se puede determinar por sus características físicas pues, éstas lo delatan -zurdos, pilosos, etc.-; el delincuente nace, no lo crea la sociedad, es decir, la persona nace predeterminado para cometer delitos. La misma corriente fue seguida por Ferri y Garófalo. No podemos dejar de mencionar que, en la actualidad, muchos de nosotros, aplica este tipo de criminología; por ejemplo, cuando estamos en la calle y vemos que una persona con cicatrices en el rostro se nos está acercando, enseguida procedemos a retirarnos a un lugar más seguro.

b) Crítica: Es la que se aplica actualmente en el Perú a pesar de haber sido superada en Europa. Estudia a la persona vinculada a la sociedad, fundamentalmente a los controles de la sociedad. Es el Derecho Penal quien califica a la persona como delincuente, y no sus características fisiológicas. Por tal razón la persona que comete una acción tipificada como delito es delincuente. En conclusión: es la ley penal la que establece quien es delincuente.

La Política Criminal es el conjunto de criterios, empleados o a emplear por el Derecho Penal en el tratamiento de la criminalidad. Es el fundamento de por qué se castiga determinada conducta y por qué no otras. Es decir, se ocupa de cómo configurar el derecho penal de la forma más eficaz posible para que pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad. Por ejemplo: Las excusas absolutorias (art.

208° del Cp). El maestro BRAMONT ARIAS[24] conceptúa la política criminal como, la ciencia y el arte de los medios preventivos y represivos de que el Estado dispone para luchar contra el delito. Como ciencia la política criminal elabora principios; como arte, los aplica.

La Política Criminal surge teniendo como base los resultados de las corrientes criminológicas y tal como señala Fernández Carrasquilla[25]: "(...) efectúa el estudio crítico y prospectivo de las normas jurídico-penales y de las vías institucionales para su oportuna y eficaz aplicación preventiva y represiva, promoviendo las reformas legislativas adecuadas a las nuevas situaciones sociales, e incluso la hermenéutica judicial más acorde con las necesidades del momento y con el cambio que se desea". Como señala Fernando Velásquez[26]: "A no dudarlo, entonces, se trata de una disciplina valorativa, del deber ser, por lo cual cumple una imprescindible tarea cuestionadora no sólo de los valores jurídicos sino de su realización social".

Pueden haber diferentes políticas criminales dependiendo del Estado frente al que nos encontremos, por ejemplo: no es igual la política criminal de un Estado autoritario que el de un Estado social y democrático de derecho. El derecho penal responde a una política criminal, ésta es un ejercicio de poder, de un poder que se concreta en la criminalización del conflicto de que se trate.

La Dogmática[27] Penal es el estudio concreto de las normas penales, de los tipos penales, de la Ley en sentido estricto. Se le debe desmenuzar y entender de manera coherente. Es un método de

---

24 Bramont Arias, Luis Alberto.- "Derecho Penal – Parte General", Tomo I, 3° edición, Lima, 1978, p. 44.

25 Fernández Carrasquilla, Juan.- "Derecho Penal Fundamental", op. cit., p. 11.

26 Velásquez Velásquez, Fernando.- op. cit., p. 24.

27 Desde un punto de vista literal "dogmática" significa ciencia de los dogmas, o sea, de las normas jurídicas dadas como verdades ciertas e indiscutibles.

investigación jurídico que centra su estudio en las normas observándolas desde un punto de vista abstracto, general, sistemático, crítico y axiológico; el estudio consiste en determinar el verdadero sentido y genuino alcance de las normas, correlacionarlas e integrarlas en totalidades coherentes de progresiva generalidad, extraer los principios generales que rigen las normas y los grupos racionales que de ellas se forman y desentrañar las valoraciones políticas, constitucionales e internacionales en que esas normas descansan o se inspiran[28]. Tal como indica Fernando Velásquez[29]: "(...) esta disciplina se ocupa del estudio de un determinado derecho positivo y tiene por finalidad reproducir, aplicar y sistematizar la normatividad jurídica, tratando de entenderla y descifrarla, construyendo un sistema unitario y coherente; su objetivo, pues, es integrar el derecho positivo sobre el cual opera con conceptos jurídicos, fijando después los principios generales o dogmas que señalan las líneas dominantes del conjunto. Desde este punto de vista, la dogmática es ciencia, pues posee un objeto (el derecho positivo), un método (el dogmático) y unos postulados generales o dogmas".

Actualmente se habla de una estructura tridimensional del Derecho desde el punto de vista del Derecho Penal, que gira entorno a la Criminología, Dogmática Penal y la Política Criminal:

Estructura Tridimensional	Hecho : Criminología
	Norma : Dogmática Penal
	Valor : Política Criminal

28 Vid. Fernández Carrasquilla.- "Derecho Penal Fundamental", op. cit., pp. 18 - 21.

29 Velásquez Velásquez, Fernando.- op. cit., pp. 45-46.

3. Justificación del Derecho Penal.

El Derecho penal se justifica porque tiende a resolver los problemas graves que se producen dentro de la convivencia social, evitando la venganza privada, procurando la defensa de la sociedad y confirmando los valores prevalentes de ésta. Es con esta finalidad que el Derecho penal declara ciertos comportamientos como indeseables -delitos- y amenaza su realización con sanciones de un rigor considerable; las sanciones a las que hacemos referencia son las más drásticas que puede imponer nuestro sistema jurídico -penas o medidas de seguridad-. A pesar de tomarse este tipo de medidas -sanciones-, el derecho penal tiene una fundamentación racional que se centra en proteger tanto a los individuos -en forma particular como colectiva- como al sistema mismo.

El Derecho Penal solo debe intervenir cuando se han realizado hechos graves que infringen reglas básicas de la sociedad, esto, manifiesta un criterio seleccionador de comportamientos, que sólo pueden ser establecidos por el acuerdo dentro de la sociedad. Por ejemplo: Si alguien mata a otro, este es un comportamiento sumamente grave y es reconocido universalmente, en cambio, si una persona llega tarde a clases, no se le puede aplicar el derecho penal porque, el comportamiento tiene un carácter mínimo, -afectación mínima-.

La existencia del derecho penal refleja un mal funcionamiento del orden social porque, los individuos no deberían requerir una amenaza de sanción o la efectivización de la misma para poder vivir en armonía pero, lamentablemente, actualmente, es la única forma de mantener cierto tipo de control u orden sobre los miembros de la sociedad y así poder coexistir; de aquí parte la afirmación de que el Derecho penal es un mal necesario.

Frente a los problemas que trae el Derecho penal, ha surgido la corriente denominada como "abolicionismo". Este planteamiento no esta orientado a la búsqueda de la legitimación de la potestad punitiva del Estado, sino todo lo contrario. El abolicionismo propone no sólo la abolición de la cárcel, sino de la totalidad del sistema de justicia penal[30]. Como vemos el abolicionismo constituye el modo más radical[31] de afrontar la realidad del Derecho Penal –entendida como potestad del Estado ejercida en el marco de un conjunto de normas-. Se considera que el sistema penal es -en sí mismo- un problema social a erradicar, en base a los siguientes fundamentos:

- Es anómico: Dado que las normas no protegen a los ciudadanos ni a las relaciones sociales; es decir, la intimidación de las normas no evita la comisión de delitos.
- Es falsa la igualdad de su aplicación, es sumamente selectivo, no reeduca al infractor sino que lo destruye.
- Tiene una concepción falsa de la sociedad pues, el sistema penal parte de una ideología que presupone un consenso social en el cual sólo el acto desviado es la excepción; en consecuencia, no se considera el disenso, el conflicto, la diversidad, etc., como componentes aceptables y normales del orden social.
- Reprime las necesidades humanas pues, si la mayor parte de los delitos o conflictos son expresión de necesidades humanas frustradas o insatisfechas, el sistema penal -con su respuesta punitiva- sólo expresa la represión de estas y no su satisfacción.
- El sistema penal estigmatiza. Es decir, marca a la persona frente a la sociedad, lo que le trae problemas de integración a la misma.

---

30 Martínez Sánchez, Mauricio.- "La abolición del sistema penal", Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 13.

31 El abolicionismo en su versión más radical rechaza la existencia del Derecho Penal pero, a la vez, propone su sustitución por otras formas no punitivas de resolución de conflictos que llamamos "delitos".

Por ejemplo: resulta problemático para una persona con antecedentes penales obtener un trabajo.

- El derecho penal analiza a la víctima en forma secundaria, sin mayor atención.

Hulsman[32], aboga por la devolución del conflicto a sus protagonistas (víctima del delito y ofensor) para que el conflicto no sea "apropiado" por las instituciones de control formal del Estado. Para lograr esto, se deben dar mecanismos de compensación entre la víctima y el ofensor, en un intento de volver al ámbito civil del derecho penal. Fue Blad[33], quien llevó adelante un proyecto experimental llamado "acuerdo penal" consistente en que la víctima y el ofensor lleguen a un acuerdo sobre el modo de reparar el mal causado; con ello el ofensor quedaba liberado de los cargos de la acusación pero, en caso de incumplimiento se trataba como un incumplimiento de contrato[34]. En nuestra opinión, la pretensión abolicionista de dejar en manos de la sociedad la resolución de los conflictos es sumamente cuestionable porque, se opone a la valoración convencionalmente positiva, del proceso histórico de asunción por el Estado del monopolio del *Ius puniendi*, como órgano encargado de la resolución de los conflictos y, para evitar el ejercicio de la venganza privada. Además, la propuesta de Hulsman sólo se podría dar sobre problemas de poca

---

32 Hulsman, L.- "La criminología crítica y el concepto de delito", en Revista Poder y Control, núm. 0, 1986, pp. 119-135.

33 Vid. Rivera Beiras, Iñaki.- "El problema de los fundamentos de la intervención jurídico-penal. Las teorías de la pena, Editorial Gráficas SIGNO S.A., Barcelona, 1998, p. 79.

34 Resulta utópica la pretensión de sustituir el sistema penal por una solución privada de los conflictos (delitos) basada en el principio del resarcimiento civil del daño pues, esto resulta incompatible con el grado de complejidad y desarrollo alcanzado en las sociedades modernas. Esto se debe a que el abolicionismo surgió en países pequeños, en los que el problema de criminalidad es relativamente reducido y, el sistema penal tradicional tiene altas probabilidades y posibilidades de resolver los conflictos.

importancia, se podría plantear en nuestra perspectiva actual sobre los delitos de bagatela.

Se abandona el paradigma etiológico, es decir la explicación clásica de la criminalidad como un fenómeno individual, centrándose el análisis en el sistema penal, en tanto que generador de criminalidad –paradigma de control-, conforme indica Young[35], el sistema penal, en tanto producto de la estructura clasista y patriarcal de la sociedad, es el principal responsable del fenómeno criminal. Por tanto, como dice el profesor Silva Sánchez[36], se impone una transformación del modelo de sociedad como única vía real y profunda de eliminación de la criminalidad.

Críticas al abolicionismo:

- Lo que se pretende es civilizar al derecho penal, lo cual puede llevar a que se dé un proceso de criminalización de la ley civil.
- Se objeta que el ofensor realice trabajos en beneficio de la comunidad pues, esto supone volver a las formas de penalidad de la antigüedad y que, justamente su carácter utilitario y de explotación de una mano de obra gratuita o barata, fueron los argumentos que motivaron su abolición.
- No se puede exportar el abolicionismo a lugares donde existe un índice elevado de conflicto social pues, la desaparición del derecho penal acarrearía consecuencias más negativas que positivas. El abolicionismo siempre se ha planteado sobre casos triviales, de bagatela, completamente alejados de la realidad del sistema penal, lo que demuestra perfectamente las limitaciones de la "alternativa

35 Young.- "Radikale Kriminologie in Grossbritannien: Die Entfaltung eines konkurrierenden Paradigmas" traducido del inglés al alemán por Wettmann-Jungblut, Krim J 1988, pp. 247-264.

36 Silva Sánchez, Jesús María.- "Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo", Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992, p. 20.

abolicionista". Como dice el profesor Silva Sánchez[37]: "Su capacidad real de resolución del problema de la criminalidad termina donde comienza el verdadero núcleo del derecho penal".

Se debe reconocer que, más allá de las críticas, existe acuerdo sobre que el abolicionismo ha contribuido a reducir la intervención penal[38] –humanización del sistema penal- en ciertos casos y disminuir la pena en otros, postulándose ideas alternativas a la pena privativa de libertad; conforme dice el profesor Jesús María Silva Sánchez[39]: "El movimiento abolicionista (...) constituye la manifestación contemporánea esencial del fenómeno, en cierta medida permanente, de la "crítica al Derecho Penal". Debemos tener en cuenta lo dicho por Enrique Gimbernat Ordeig: "(...) hay derecho penal para rato o, dicho en términos menos coloquiales, que la pena es una "amarga necesidad", que una sociedad que prescinda de ella tendría los días contados"[40]. Pero, el hecho de que tengamos que mantener vigente el derecho penal, no quiere decir que siempre se tendrá que mantener de la misma forma; como toda creación humana es perfectible. En este sentido Muñoz Conde[41] dice: "En tanto exista el derecho penal, será precisa una actividad que se ocupe de él, de interpretarlo, de sistematizarlo y de controlarlo. Aun admitiendo que el Derecho Penal sea un derecho clasista y precisamente por eso, debe ser bien acogido

---

37 Ibid., p. 21.

38 Así, en algunos países como los Estados Unidos y Suecia, han propuesto una variante radical a la pena privativa de libertad: la "Nonintervention". Por tal se entiende la renuncia a la intervención jurídico-penal en amplios sectores de la criminalidad de escasa y mediana gravedad. En su lugar se ofrecen –fuera del proceso penal formal- posibilidades de restitución, que se adaptan con mayor precisión a la persona del delincuente y se consideran menos gravosas: logoterapia y terapia de grupo, indemnización, tratamiento psiquiátrico, búsqueda de vivienda y trabajo, cura de deshabituación, etc.

39 Silva Sánchez, Jesús María.- op. cit., p. 18.

40 Gimbernat Ordeig, Enrique.- "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en Estudios de Derecho penal, 3° edición, Madrid, 1990, p. 150.

41 Opinión de Muñoz Conde, en "Tratado de Derecho Penal – Parte General" de Jescheck, op. cit., p. 65.

todo lo que signifique limitarlo y controlarlo en beneficio de una mejor y más democrática convivencia".

En nuestra realidad, el abolicionismo no ha tenido la acogida esperada, por el contrario, el gobierno se esfuerza en dictar cada vez más medidas para controlar el orden social; ejemplo de ello son los diversos decretos legislativos emitidos.

4. La propuesta del garantismo penal.

Esta corriente surgió entre los años 1960-1970 en el contexto italiano. Zaitch y Zagarduy precisan que el garantismo nació arraigado en el marxismo de la nueva izquierda y en la ideología anti-institucionalista. Ello habría sido combinando dos características:

1. Fuerte tradición en derecho escrito, principios constitucionales y conquistas liberales históricas (legalismo, proporcionalidad, etc.)

2. Práctica estatal autoritaria con ausencia de un Estado benefactor, una débil democracia y una variada gama de violaciones a aquellos principios de Derecho penal liberal.

La decepción acerca de la capacidad del "ideal resocializador" para legitimar por si sólo el ejercicio del *ius puniendi* y el rechazo absoluto a la ideología del tratamiento, han propiciado la aparición de opciones alternativas, cuyo propósito fundamental es acentuar las garantías formales.

Se parte de la idea que la prevención general legitima al Derecho penal, siempre que ésta tenga lugar respetando las garantías del Estado de derecho (verdadera "Magna Charta" del delincuente). Pero, se debe tener en cuenta que, adoptada la prevención general como fundamento

principal de la intervención penal, no es difícil llegar por vía empírica a la conclusión de que la severidad de las penas no es lo decisivo para la eficacia intimidante, sino que otros elementos, como la certeza de la sanción, inciden en mayor medida.

El punto de partida es la crítica a la ideología del tratamiento y sus manifestaciones más sobresalientes, como, por ejemplo, la sentencia indeterminada. Esta propuesta marca el renacimiento de la prevención general, cifrándose su objetivo en poner freno a los posibles abusos de ésta.

Ferrajoli[42] señala que históricamente el derecho penal no nació como desarrollo de la venganza sino, antes al contrario, como negación de la misma; no en continuidad sino en discontinuidad con la venganza. Y se justifica no con el fin de garantizarla, sino con el de impedirla. En este sentido, bien se puede decir que la historia del Derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza[43].

Señala además que, "garantismo"[44] significa precisamente,

---

42 Ferrajoli identificó al "Garantismo" con un ideal modelo de Estado de Derecho, no sólo como Estado Liberal (y por ende protector de los derechos individuales), sino también como Estado Social (garante también de toda una serie de "intereses difusos", de derechos sociales).

43 Conviene recordar directamente las palabras de Ferrajoli: "hay, sin embargo, otro tipo de fin al que cabe ajustar el principio de la pena mínima, y es la prevención no ya de los delitos, sino de otro tipo de mal antitético al delito que suele ser olvidado tanto por las doctrinas justificacionistas como por las abolicionistas. Este otro mal es la mayor reacción –informal, salvaje, espontánea, arbitraria, *punitiva pero no penal*- que a falta de penas podría devenir de la parte ofendida o de fuerzas sociales o institucionales solidarias con ella. Es el impedir este mal, del que sería víctima el reo o incluso personas ligadas a él, lo que representa, me parece, el segundo y fundamental fin justificador del derecho penal". En "Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal", traducido por: P.A. Ibañez / A. Ruiz Miguel / J.C. Bayón Mohino / J. Terradillos Basoco / R. Cantero Bandrés, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 332.

44 El garantismo lucho por una redefinición de los bienes jurídicos protegidos, lo cual implicaba la criminalización de diversos campos (bienes sociales o difusos como la salud, la protección del medio ambiente, etc.).

tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aún contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal.

Se pretende someter a control al poder punitivo del Estado, exigiendo del mismo una estricta vinculación a los principios[45] de:

- Previsibilidad.
- Seguridad Jurídica: distinción entre derecho y moral.
- Igualdad.
- Estricta proporcionalidad.
- Principio retribucionista: no puede haber pena sin delito.
- Principio de legalidad: no puede haber delito sin ley.
- Principio de necesidad: no puede haber ley (penal) sin necesidad.
- Principio de lesividad: no puede haber necesidad sin injuria.
- Principio de exteriorización: no puede haber injuria sin acción.
- Principio de responsabilidad: no puede haber acción sin culpa.
- Principio de jurisdiccionalidad: no puede haber culpa sin enjuiciamiento.
- Principio acusatorio: no puede haber enjuiciamiento sin acusación.
- Principio de verificación: no puede haber acusación sin pruebas.
- Principio de contradicción: no puede haber pruebas sin defensa.

En un primer momento se limitó a aspectos netamente formales, dejando de lado la cuestión de una efectiva disminución de la intervención penal, de su reducción a lo estrictamente necesario.

Se debe tratar de incluir junto a las exigencias formales, nuevas exigencias de contenido, que traten de conciliar el principio preventivo

---

[45] Vid. Rivera Beiras.- op. cit., p. 88.

general de protección de la sociedad mediante la disuasión de los delincuentes, con los principios de **proporcionalidad y humanidad, por un lado y de resocialización por el otro.** La eficacia intimidatoria no requiere de penas graves, por lo que nada se opone a la progresiva humanización del sistema de sanciones.

Así, el derecho penal mínimo (busca la máxima reducción cuantitativa de la intervención penal, la más amplia extensión de sus vínculos y límites garantistas y la rígida exclusión de otros métodos de intervención coercitiva): de acuerdo a Ferrajoli, es el mínimo necesario para evitar la violencia social informal. La función preventiva, por tanto, es doble:

1. Prevención de los delitos.
2. Prevención de las penas privadas, arbitrarias o desproporcionadas.

En definitiva, lo que legitima al Derecho Penal es la minimización de la violencia en la sociedad. El Derecho penal evoluciona por la vía de la restricción progresiva y, cada vez debe ser más mínimo.

5. Evolución del Derecho Penal. Escuelas Penales.

A lo largo de la historia se puede constatar que el fenómeno de la criminalidad es un hecho que siempre ha estado presente. El ideal deseado por los especialistas es obtener la disminución del índice delictivo, ya que, es imposible pensar en su total erradicación.

El Derecho Penal no apareció súbitamente en los pueblos, fue el resultado de una lenta evolución. Primitivamente el hombre respondió a la agresión de otro, con un daño igual, mayor o menor, según pudiera inferirlo. No había intervención del poder público y la

represión del daño, quedaba en manos de los particulares. Fue la época de la venganza privada.

La disminución del número de miembros de la comunidad privada, derivada de dicha venganza, obligó a la propia comunidad, por imperativo de subsistencia, a poner límite a aquella, entregando la represión al jefe de la tribu que era el patriarca.

El sentimiento religioso de los pueblos primitivos, de otro lado, les hizo estimar que ciertas agresiones al jefe o a sus familiares inmediatos, implicaban una agresión a sus antepasados muertos y divinizados, de los cuales el patriarca era el sucesor y representante de la tierra. Ello dio lugar:

- A la convicción, de que había unos delitos que solo ofendían a los particulares y podían sancionarse mediante la *composición*, y otros que ofendían a la divinidad y que era necesario reprimir por medio de la pena (generalmente la muerte);
- La sustitución del concepto "venganza privada" por la de "venganza divina".

Por último, la separación de los poderes religioso y político y la supremacía del político sobre el religioso, determinó que la represión quedara en manos del político, apareciendo entonces la venganza pública.

Eugenio Florian[46], resume esta evolución diciendo que cuatro elementos o fases se encuentran en la formación sociológica del Derecho Penal: *el elemento personal o privado, el elemento familiar, el elemento religioso y el elemento guerrero.*

---

[46] Florián, Eugenio.- "Diritto Penale" – Parte General, T.I, 4° edición, Milano, Vallardi, 1934, pp. 54 - 55; 124 y ss.

La formación sociológica del "derecho de castigar" *(Ius puniendi)* enseña que aparece junto con el Estado, y con el Estado se fortalece y debilita. Observamos como las dictaduras extreman la represión y cómo, contrariamente, en los países anárquicos se debilita el derecho a castigar del Estado, reapareciendo, al mismo tiempo, la venganza privada.

Escuelas Penales:

a) **Antiguo Régimen**: Referida a la época de las monarquías. El Derecho Penal en esa época era desigual entre las personas pues, se sancionaba a las personas dependiendo de la clase social a la que pertenecían. Los más ricos tenían más privilegios. Era arbitrario, pues dependía de una sola persona, el Rey, él decidía según su criterio qué hecho era delito y qué sanción merecía. No existían garantías de ningún tipo. En el antiguo régimen imperaba la identificación entre el orden moral y el penal, hasta el punto de ser identificados los conceptos de delito y de pecado, tal como señala Kantorowicz: la identidad entre el Derecho y moral ha sido y es el dogma de los sistemas autoritarios, y los viejos y renovados fundamentalismos de hoy nos recuerdan lo que fue nuestro tiempo pasado.

b) **Clásica**: Surge como respuesta al Antiguo Régimen. La persona individual estaba por encima del Estado. El pueblo decidía qué hechos debían ser considerados delitos y qué sanción debían merecer. Se tienen en cuenta las garantías. En esta época surge Beccaria, autor de "De los Delitos y las Penas" (1764), que es el punto de partida del Derecho Penal Moderno, en el que se establece: **todo delito debe estar en una ley, la pena debe ser proporcional al hecho, la pena es igualitaria**.

c) **Positiva**: Surge en Italia, según esta Escuela el Derecho Penal dependía de las ciencias empíricas, es decir de la experiencia. Esta

idea genera del determinismo, el cual señala que el delincuente nacía determinado para ser tal, por ello se aplicaba la sanción de acuerdo a las características físicas del inculpado. Se quería defender a la sociedad de los delincuentes o anormales.

6. Desarrollo del Derecho Penal en el Perú.

A continuación presentamos a grandes rasgos la evolución del derecho penal en el Perú distinguiendo tres momentos: el indígena, el indiano y el nacional.

a) **Indígena**: Son objeto de protección la vida, el patrimonio, el culto a la divinidad. En la época incaica el creador de las normas era el Inca y las penas eran las de cárcel y la de muerte. El inca disponía la sanción de todos aquellos que le representaran un peligro.

b) **Indiano**: Se da durante el Virreynato, las leyes penales son drásticas y protegían básicamente a la Metrópoli. La aplicación era desigual. En este momento lo que se pretendía era lograr la mayor cantidad de ingresos para la Corona Española, no importando las injusticias que se produjeran en las colonias.

c) **Nacional**: El primer antecedente a un Código Penal lo constituye el Proyecto Vidaurre de 1828. Nuestro primer Código Penal data de 1863, después vinieron los Códigos de 1924 y el actual de 1991, el cual está siendo modificado continuamente.

CAPÍTULO II

LA NORMA JURÍDICO PENAL

Dentro del mundo de las relaciones sociales, podemos decir que el Derecho es el sistema de regulación de las conductas sociales más completo que ha desarrollado el hombre. Está integrado por dos tipos de elementos que son las normas jurídicas y los principios generales[1]. Las normas son reglas de conducta, las que al tener el carácter de jurídico elevan su nivel dándoseles un carácter de obligatorio cumplimiento. Derecho y norma son dos conceptos inseparables: El derecho es un sistema de normas, y ésta, la forma en que se concibe y expresa[2].

La norma jurídica debe entenderse como la regla de conducta, que en un determinado tiempo y lugar, teniendo en cuenta lòs valores predeterminados -según la cultura-, señala la obligación de hacer o no hacer algo, cuyo fin es el cumplimiento de un precepto legal -la ley-. Con las normas el Estado instruye pautas de conducta y, por tanto, con ellas no prohíbe o manda resultados, sino sólo conductas. Es decir, la norma señala cual es el valor del sistema, qué es lo quiere proteger; nos da a conocer de que forma no se debe resolver un conflicto dejando abierta la posibilidad de que éste sea resuelto mediante diversàs fórmulas.

---

1 Rubio Correa, Marcial.- "El Sistema Jurídico - Introducción al Derecho", 8° edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, p. 85.

2 García Toma, Víctor.- "Introducción al Derecho", 2°edición, publicado por la Universidad de Lima, Lima, 1988, p. 63.

Para Gierke: "la norma jurídica es aquella regla que, según la convicción declarada de una comunidad, debe determinar exteriormente, y de modo incondicionado la libre voluntad humana". En esta forma, la conducta está trazada por ciertas normas que la vida social nos impone. **La norma jurídica, se convierte entonces en un nexo entre la conducta humana y el mundo de los valores que defiende la sociedad.** En el mismo sentido opina el profesor Bustos Ramírez[3] al decir que el origen de la norma penal en un Estado democrático de derecho surge desde la base social como resultado de un juego interactivo de los sujetos que llegan dentro de un conflicto a un compromiso entre las partes.

La norma jurídica es diferente al concepto de ley, dado que, está por encima de ella; la ley es un simple vehículo que sirve para plasmar los valores que recogen las normas dentro del ordenamiento jurídico. **La norma es un concepto abstracto cuya plasmación concreta se hace a través de la ley**; por tanto, no existe la estructura de la norma jurídica sino, la estructura de la ley; lo que se plasmaría de la siguiente manera: S => C, donde: "S" sería el supuesto de hecho -que de producirse en la realidad desencadena la consecuencia- y, "C" la consecuencia jurídica. Este esquema nos plantea, que al realizar un individuo una acción relevante para el ordenamiento jurídico, éste reacciona de una determinada manera, dado el carácter de la acción que se ha realizado.

1. La Norma Penal. Contenido y Funciones.

La norma jurídica plantea la defensa de todos los valores que considera importantes una sociedad para lograr un desarrollo armónico entre sus miembros. Dentro de estas normas podemos encontrar un

---

[3] Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée Hernán.- "Lecciones de Derecho Penal", Vol. I, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 36.

sub-grupo que son las llamadas normas jurídico-penales[4], las cuales se caracterizan por plantear la defensa de los valores más importantes que posea la sociedad[5] utilizando para ello el poder punitivo del Estado -la pena-, es decir consiste en un conjunto de imperativos -no matarás, no robarás, no injuriarás, etc.- que establecen lo que es necesario cumplir para mantener el "estado de paz" en la sociedad. Estos imperativos no requieren necesariamente estar escritos y establecidos por la autoridad, están presentes en la conciencia social[6].

De acuerdo al profesor Bustos Ramírez[7]: "El planteamiento normativo del derecho surge del hecho incuestionable de que está dirigido al hombre y en función de este. Así, por ejemplo, el derecho no podría prohibir o mandar que lloviese, lo cual no tendría ningún sentido. Frente a la lluvia hay dos posibilidades, ajenas al derecho desde este punto de vista, ya que no podrían ellas estar comprendidas por la situación a la que el derecho se refiere. Una es el establecimiento de una determinada relación física metereológica, que lleva al surgimiento de una ley de carácter natural sobre la producción de la lluvia. La otra, puede ser la formulación de una relación entre el hombre

---

4 Vid. Berdugo Gómez de la Torre: "Las normas penales participan de la misma estructura que las normas de las restantes ramas del ordenamiento jurídico, es decir, a la realización de un "supuesto de hecho" unen una "consecuencia jurídica". La diferencia de la norma penal con las normas de otros ámbitos del ordenamiento jurídico debe ser buscada en el contenido material de sus elementos, esto es, en el contenido material del supuesto de hecho, que en este caso es el delito, y en el de las consecuencias jurídicas, pena y medida de seguridad". En "Lecciones de Derecho Penal – Parte General", 2° edición, Editorial Praxis, Barcelona, 1999, p. 19.

5 En la actualidad esto no se ve reflejado dado que, se ha planteado una política sobre incriminalizadora, haciendo que las figuras delictivas se multipliquen, no obteniéndose ningún beneficio para la sociedad.

6 Bramont Arias, Luis Alberto.- "La Ley Penal", Imprenta del Servicio de Prensa y Publicaciones Técnicas de la Policía, Lima, 1950, p. 43.

7 Bustos Ramírez, Juan.- "Introducción al Derecho Penal", Editorial Temis, Bogotá, 1986, p. 44.

y ese hecho físico y material, es decir la forma de manejarlo o manipularlo, lo que origina una regla técnica. En otras palabras, la ley natural nos dice lo que *es*, o por lo menos pretende eso; la regla técnica nos indica lo que *tiene* que ser. El derecho, en cambio, tiene la pretensión de vincular obligatoriamente la conducta del hombre, lo que da origen no a una ley ni regla técnica, sino a una norma, a un "deber ser"; se trata de que el sujeto *debe* actuar así o, en otras palabras, que *debe* actuar u omitir".

Según Binding[8], las normas son aquellos mandatos jurídicos, escritos o no escritos, conceptualmente anteriores a la ley penal, pertenecientes al derecho público, cuyo contenido, en caso de no poder ser averiguado fuera del derecho penal, en el derecho positivo o consuetudinario, por lo regular puede ser captado en la parte dispositiva de la ley penal. El delincuente transgrede la norma en cuanto precepto que le prescribe el hilo conductor de su actuar. Al violar la norma, cumple la ley penal -no la infringe-[9], la cual, por lo mismo, no se presenta como una prohibición, sino en cuanto precepto que sólo pertenece al derecho escrito, dirigido al Juez y que faculta a éste a desencadenar las consecuencias punitivas. *Presupuesto de la existencia de una ley penal, es la eficacia de una norma no penal: "La norma crea la acción antijurídica, la ley penal la acción delictiva"*[10].

La ley y la norma se diferencian en cuanto al destinatario, una

---

8 Binding citado por Rehinhart Maurach en "Derecho Penal - Parte General", T.I, traducción de la 7°edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 342.

9 En otras palabras, Binding consideró que, el acto delictuoso no infringe la regla legal sino la norma, ya que la primera tiene como finalidad castigar la violación con la pena o declarar que una conducta es impunible, mientras que la segunda, que es lógicamente anterior y superior a la regla legal -ley-, señala la manera cómo debe conducirse el obligado.

10 Jiménez de Asúa, Luis.- "El Criminalista", T.V, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1945, p. 212.

se dirige al Estado mientras que la otra a los ciudadanos; en lo que se refiere a su finalidad son igualmente diferentes, pues la norma indica como *debe ser* y la ley indica como *es*. Además, debemos decir que, cada ley penal encierra dos tipos de normas:

- Primaria dirigida a los ciudadanos -a la manera en que deben comportarse- y
- Secundaria: dirigida al órgano jurisdiccional, ordenándole que aplique la sanción dispuesta para el caso concreto.

Como señala Serrano-Piedecasas Fernández[11]: "El juicio de valor primario sobre el resultado lesivo sirve de base al valor secundario sobre el acto que provoca el resultado. Ambos juicios son interdependientes, si bien en sus objetos de análisis se diferencian. Mientras en el juicio de valor primario declara como meta que las perturbaciones al bien jurídico no deben existir, los juicios de valor secundarios describen los caminos (acciones) que tienden a producir o no evitar esas lesiones que no deben existir. Precisamente, el medio jurídico a través del cual se consigue arribar a la meta más arriba propuesta es que no se den acciones encaminadas a la lesión del objeto jurídico. En este sentido, la norma de determinación tiene como fin exclusivo el imponer el juicio de valor secundario: prohibir el acto que debe no ser, mandar el acto de que debe ser".

Es claro que la fuente principal del derecho penal es la Ley Penal pero, no es la única, tenemos también los principios generales del derecho y los tratados internacionales que se hayan incorporado al ordenamiento jurídico interno.

A lo largo del presente trabajo se utilizará en forma indistinta

---

[11] Serrano Piedecasas Fernández, José Ramón.- " Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal", anotaciones de Derecho Peruano por el prof. Carlos Caro, Gráfica Horizonte S.A., Lima, 1999, p. 37.

el término norma y ley. Como hemos dicho, toda norma tiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica pero, en las normas jurídico-penales, el supuesto de hecho viene a ser el delito, es decir el comportamiento descrito en el tipo penal y, la consecuencia jurídica vendría a ser la pena o medida de seguridad. Como una consecuencia derivada del delito tenemos la reparación civil. Si se cumplen ambos requisitos estamos ante una norma jurídico penal completa, sin embargo esto no ocurre siempre por lo que en ciertos casos tenemos que remitirnos a otra norma penal o extrapenal para completar el contenido de la norma jurídico penal, estos casos se presentan en: la ley penal incompleta y la ley penal en blanco.

2. Leyes Penales Incompletas, en Blanco y Tipos Abiertos.

Cuando una norma penal no cumple con la estructura definida: supuesto de hecho (claramente definido) y consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad), nos podemos encontrar ante una ley incompleta, en blanco o un tipo abierto. A continuación explicaremos cada una de ellas:

a) Leyes Penales Incompletas:

Son aquellas que sólo tienen sentido como complemento o aclaración del supuesto de hecho o de la consecuencia jurídica de una norma penal. Tal como dice Fernando Velásquez[12]: "(...) no consagran por sí mismas un supuesto de hecho o una consecuencia jurídica aunque son oraciones gramaticalmente completas, pero incompletas como normas jurídicas".

---

12 Velásquez Velásquez, Fernando.- "Derecho Penal - Parte General", 2° edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 92.

Como complemento o aclaración:

a.1) De un supuesto de hecho: Art. 20° núm. 2 CP
Está exento de responsabilidad penal : El menor de 18 años.
Es decir, si un menor de 18 años mata a otra persona, no se le puede aplicar el derecho penal por ser inimputable. Se le aplicará entonces el Código de los Niños y Adolescentes en la parte referida a los menores infractores.
El art. 20° núm. 2 es una ley penal incompleta pues, en sí misma no habla de un delito concreto sino que da una pauta, aclaración o complementación de la parte especial del Código Penal sobre los delitos en particular. Siempre tiene que estar como complemento o aclaración de una ley de la parte especial o ley especial, pues por sí sola no tiene relevancia.

a.2) De una consecuencia jurídica: Art. 107° CP
El que mata a su ascendiente, descendiente (...) será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 15 años.
Quiere decir que si alguien comete parricidio se le debe sancionar con una pena no menor de 15 años, pero, ¿Cuál es el límite máximo?, para esto debemos remitirnos al Art. 29° CP que establece a la pena privativa de libertad con un carácter temporal de 2 días a 35 años, o de cadena perpetua. El art. 29° CP es una ley penal incompleta, ya que, por sí sola carece de sentido, y en este caso resuelve el problema del art. 107° CP pues, el máximo será de 35 años.

Existen diferentes tipos de leyes incompletas:

- Aclaratorias.- Como su nombre lo indica sirven para determinar de una forma más concreta y exacta el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica, sea para *delimitar* o *complementar*. Por ejemplo, en el caso de los delitos cometidos por los funcionarios

públicos, se debe recurrir al art. 425° en donde el Código Penal señala en forma concreta a quienes se considera como funcionarios o servidores públicos.

- Restrictivas.- Son aquellas que limitan el alcance de la ley penal, es decir se exceptúan ciertos casos concretos. Por ejemplo un homicidio cometido en legítima defensa, en este caso el art. 106° -homicidio- es limitado por el art. 20° núm.3.

- Remisivas.- Es cuando se recurre a otra norma jurídica, es una técnica jurídica que persigue evitar repeticiones. Esto lo encontramos en las remisiones que se dan forzosamente entre la Parte Especial y la Parte General del Código Penal. Por ejemplo, un homicidio para que tenga carácter penal debe ser cometido por una persona capaz mayor de 18 años, es decir el art. 106° -homicidio- debe ser confrontado con el art. 20° núms. 1 y 2.

La remisión que utiliza la ley penal incompleta es siempre dentro del ordenamiento jurídico penal, incluyendo a las leyes penales especiales.

Conforme dice el profesor Muñoz Conde[13], la técnica de la ley penal incompleta ha permitido que se haya podido redactar la Parte General de los códigos penales, ganando en agilidad y técnica legislativa, incrementándose la economía legislativa, tan necesaria cuando el legislador quiere cumplir con el mandato de redactar leyes claras y precisas que estén al alcance de todos los ciudadanos.

---

[13] Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- "Derecho Penal – Parte General", 4° edición, editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 38.

b) Leyes Penales en Blanco:

El primero que planteo el problema de las leyes penales en blanco fue Binding[14], el cual las denominó *Blankettstrafgesetzen.* Estas leyes son aquellas cuyo supuesto de hecho se configura por remisión a una ley de carácter extrapenal, es decir, se debe recurrir a otra disposición no penal para que se determine con precisión los alcances de la ley penal. Las leyes penales en blanco se crean porque hay determinadas materias que tienen mucha actividad legislativa -Medio Ambiente, monopolios económicos, etc.-. Dentro del Código Penal tenemos los arts. 232°, 234°, 304° entre otros. La ley penal en blanco es una técnica legislativa que permite abarcar un amplio número de supuestos, que por su naturaleza flexible, compleja y variable no pueden ser regulados en forma precisa en el Código Penal; se quiere evitar las continuas reformas del Código Penal que llevarían a la no aplicación de la ley, esta técnica permite lograr economía legislativa y una mayor eficacia en el control social. Muñoz Conde[15] hace hincapié en los peligros de esta técnica legislativa, pero también llega a la conclusión de que hay casos en que no se puede legislar de otra manera.

Se crítica esta técnica porque, lo ideal es que el supuesto de hecho esté definido en forma clara y precisa en el Código Penal y, bajo ningún aspecto una entidad de menor jerarquía -no competente para crear delitos- asuma este rol, de lo contrario se estaría atentando contra el Principio de Legalidad. Esta crítica es desechada por algunos autores, ya que, la ley penal en blanco es una ley penal que tiene perfectamente definido el bien jurídico que va a proteger y lo único que hace la disposición extrapenal es señalar las modalidades y

---

14 Binding definió las leyes penales en blanco como aquellas en que la prohibición quedaba entregada a una autoridad de rango inferior a la competente para dictar leyes. En otras palabras, la materia de prohibición no aparecía en todos sus extremos en la ley penal que castigaba el acto prohibido, sino en un reglamento u ordenanza, es decir, en una disposición de rango inferior.

15 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit., p. 40 y ss.

circunstancias en que se puede afectar[16]. Para ello es necesario que la materia prohibida -concreción del desvalor de acto de la norma- aparezca por lo menos fijada en su núcleo esencial por la ley penal en blanco y que la disposición de rango inferior sólo la complemente, pero en ningún caso, la disposición complementaria debe definir lo prohibido porque, entonces la contradicción con la Constitución seria abierta y clara. Como vemos se nos presenta un problema de orden constitucional, referido a la legalidad de los delitos, pues conforme nuestra Constitución Política los delitos sólo se pueden dar por ley -art. 2° núm. 24 lit d)-.

Actualmente, se discute en la doctrina si la ley extrapenal a la que se remite la Ley Penal en Blanco debe ser una Ley o puede ser cualquier tipo de norma (un Decreto Supremo, una Resolución, etc.).

La estructura de la ley penal en blanco incluye:

1. Un comportamiento genéricamente descrito dentro del supuesto de hecho -tipo penal-. Así, se aplica la técnica del reenvío para poder definir plenamente el tipo penal.
2. Una ley extrapenal que complementa el tipo penal. En nuestro concepto, debe ser de menor jerarquía que la ley penal.
3. La sanción penal, la cual se aplica en caso de incumplimiento de la unión del comportamiento genérico descrito por el tipo y la ley extrapenal.

---

16 Vid. Bustos Ramírez hace notar un problema referido a la arbitrariedad que se puede dar en el manejo de esta técnica legislativa por parte del Estado. Aparentemente surge un conflicto entre la eficacia y la arbitrariedad, pero esto no es así, dado que la ley penal en blanco es autónoma y señala la esencia de la prohibición, es decir el desvalor de la acción, la cual está definida en relación directa con la protección del bien jurídico a la que se esté refiriendo; mientras que la disposición extrapenal tiene un carácter netamente complementario teniendo en cuenta aspectos como las condiciones, los límites y las circunstancias. En: "Manual de Derecho Penal Español – Parte General", 3° edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1984, p. 85.

Debemos señalar que, a efectos prácticos la utilización de la ley penal en blanco trae problemas importantes referidos al error y a la retroactividad de la ley penal, los cuales estudiaremos más adelante.

c) Tipos Abiertos:

El primero en utilizar la expresión de "tipos abiertos" fue Welzel. El tipo abierto surge cuando sólo parte del tipo está legalmente descrito y para el resto es necesaria su complementación por parte del juez, es decir, estos tipos requieren la complementación a través de la jurisprudencia. Si bien existe una similitud con la ley penal en blanco, en el tipo abierto no nos remitimos a una disposición inferior sino que, se trata de una remisión tácita o implícita a la autoridad judicial. El uso de esta técnica también es discutible pues, contraviene lo dispuesto por la Constitución, entregándole a la autoridad judicial la definición del delito, lo que puede traer serios problemas de arbitrariedad de parte de los jueces. Ejemplos de estos tipos abiertos son: los delitos culposos, los delitos de omisión impropia. En nuestro concepto, ningún tipo puede calificarse estrictamente como cerrado pues, el juez siempre tiene una labor de interpretación en cada caso.

3. Desvalor de Acción y Desvalor de Resultado.

Fue Welzel quien señaló que la misión del derecho penal está justamente en la protección de los valores elementales de conciencia de carácter ético social y sólo por inclusión, la protección de bienes jurídicos particulares. Es decir que, lo primario o fundamental es el valor de acto; esto queda demostrado cuando se señala que la base del mandato o la prohibición son justamente los valores de acto. Viendo esto así, el valor de resultado esta en un segundo plano, el cual solo adquiere relevancia en casos determinados como los delitos culposos

o tentativas. Zielinski[17] va más lejos aún pues, para él el desvalor de resultado no juega ningún papel en el injusto (finalismo extremo), ya que siempre es producto del azar y lógicamente el derecho no puede incluirlo en sus prescripciones. De seguir esta línea de pensamiento se debería sancionar la tentativa inidónea, lo cual no se acomoda a nuestro actual ordenamiento jurídico. Frente a esto Von Liszt (causalista) señalaba que la base del injusto esta constituido por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, por lo que el desvalor de resultado tiene suma importancia[18].

Wessels[19] da una posición incluyendo un criterio más, dice: "El hecho punible es, por su esencia, *lesión de un bien jurídico y de un deber jurídico*". El *desvalor del resultado* del hecho (la lesión o puesta en peligro del objeto de protección correspondiente) y su *desvalor de acción* (la forma en que se la ejecuta) determinan el *contenido de injusto* del hecho, en tanto que su *contenido de culpabilidad* se deduce del *desvalor de sentimiento* que se pone de manifiesto en el hecho (actitud errónea frente al ordenamiento jurídico por falta de sentimiento jurídico).

Todo lo anterior nos hace comprender la importancia que tienen el desvalor de acto y el de resultado. Actualmente, para castigar penalmente un comportamiento, éste debe haber cumplido con haber

---

17 Para Zielinski: "todo acto final que logra completa ejecución es contrario al deber y contraviene la norma", con lo cual resulta irrelevante si alcanza su fin o no y, por tanto, en cuanto al injusto no tiene sentido hacer una distinción entre delito consumado y delito tentado.

18 Actualmente Baumann, señala que la función especial del derecho penal es la protección de bienes jurídicos y por ello mismo es por lo que el injusto penal aparece como una lesión del bien jurídico es decir como un desvalor de resultado.

19 Wessels, Johannes.- "Derecho Penal - Parte General", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 6.

producido un desvalor de acción y uno de resultado. Tal como señalan los profesores Muñoz Conde y García Arán[20]: "(...) no existe una jerarquía lógica o valorativa entre ellos -desvalor de acción y de resultado-, ya que ambos contribuyen al mismo nivel, a constituir la antijuricidad de un comportamiento[21]. Lo que sucede es que, por razones político-criminales, el legislador a la hora de configurar los tipos delictivos puede destacar o hacer recaer más el acento en uno u otro tipo de desvalor".

1. **Desvalor de Acción:** Es la valoración negativa que efectúa la Sociedad respecto de una conducta, la cual plasma en una norma legal. Todo tipo penal de la parte especial tiene necesariamente un desvalor de acción: que el sujeto realice el acto conscientemente. Tal como señala Bustos Ramírez[22], las normas no pueden mandar o prohibir resultados sino, sólo actos, de aquí entonces que, desde un punto de vista valorativo la tipicidad es el ámbito del desvalor del acto. Un ejemplo donde se resalta el desvalor del acto es el caso del delito de asesinato -art. 108° núms. 1, 2 y 3 del CP-.

---

20 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit, p. 348.

21 Vid. Cury Urzúa: "(...) las valoraciones objetivas (abstractas) del legislador miran, por una parte, a la índole de la conducta (disvalor de acción) y, por la otra, a la protección de los bienes jurídicos contra eventuales lesiones o puestas en peligro (disvalor de resultado). De este modo, la valoración es, ante todo, *norma de conducta ajustada a derecho y,* en segundo término, *norma de protección.* Estos dos aspectos de la valoración han de ser contemplados sucesivamente y el segundo está condicionado por el primero: cuando la *acción* es adecuada a derecho, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico es *justa*; el daño injusto de un bien jurídico sólo puede provenir de una *acción antijurídica*". En "Derecho Penal - Parte General", T.I, 2° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, p. 356.

22 Bustos Ramírez, Juan.- "Manual de Derecho Penal Español - Parte General", op. cit., p.180.

2. **Desvalor de Resultado:** Representado por la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico protegido, si no se realiza no podrá ser castigado -éste es el contenido de la antijuricidad-. El bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Esto tiene su sustento en el principio de lesividad recogido en el art.IV del Título Preliminar del Código Penal. Un ejemplo donde se resalta el desvalor de resultado surge cuando se comete un hurto sobre un bien cuyo valor es inferior a 4 remuneraciones mínimas vitales, configurándose entonces una falta -art. 185° del CP concordado con el art. 444° del CP-. Otro ejemplo lo tenemos en el art. 108° núm. 4.

Debemos remarcar que la configuración de un delito requiere, en forma indispensable, que se den tanto el desvalor de acción y el de resultado. En este sentido el profesor Mir Puig[23] nos dice: "La antijuricidad penal (típica) se distingue de otras formas de antijuricidad, en primer lugar, por exigir un **desvalor de resultado** especialmente grave y/o peligroso: una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal en determinadas condiciones. Este resultado ha de ser, en segundo lugar, imputable a una conducta desvalorada por su peligrosidad (**desvalor de la conducta**)".

---

[23] Mir Puig, Santiago.- "Derecho Penal – Parte General", 5° edición, TECFOTO, Barcelona, 1998, p. 133.

CAPÍTULO III

LOS PRINCIPIOS LIMITADORES DEL PODER PUNITIVO ESTATAL

Los principios limitadores del poder punitivo Estatal están básicamente en la Constitución, la que establece en su art. 43° que: **"La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana"**. Es un Estado de Derecho porque, tanto gobernantes como gobernados están sujetos a lo que establecen las Leyes, deben obedecer al sistema jurídico. Es un Estado Democrático porque, se respeta la participación mayoritaria de todos los miembros de la sociedad. Es un Estado Social porque, prima la vida en sociedad, el Estado debe respetarla y mantenerla para lograr una convivencia armónica entre todos sus miembros.

Los principales principios limitadores del poder punitivo estatal, es decir del Derecho Penal subjetivo son:

- Legalidad,
- Intervención mínima
- Protección de los bienes jurídicos.

1. El Principio de Legalidad y sus consecuencias.

Es el principio más importante y tiene su base en la frase de Feuerbach: "Nullum crimen, nullum poena sine lege" que quiere decir:

no hay delito, no hay pena sin Ley. Sólo se considera como delito el hecho y sólo se puede aplicar una sanción penal si éste está establecido previamente en la Ley[1]. Este aforismo es una seguridad para la sociedad, el cual dentro de nuestro ordenamiento jurídico tiene su asidero en el art. 2° núm. 24-d de la Constitución, que señala: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley", el cual debe ser concordado con el art. II del Titulo Preliminar del Código Penal que a la letra dice: "Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a la pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella". La principal fuente del Derecho Penal es la Ley, la cual debe cumplir con tres requisitos:

- Debe ser escrita (nullum crimen sine lege scripta).- es decir, se descarta el derecho consuetudinario. De esta forma también se excluye la analogía.
- Debe ser previa (nullum crimen sine lege previa).- es decir, debe ser anterior a la comisión del hecho delictuoso. Las leyes no tienen efectos retroactivos.
- Debe ser estricta (nullum crimen sine lege certa).- es decir, los delitos deben ser descritos de la manera más precisa posible.

La Ley penal normalmente es emitida por el Congreso siguiendo el principio de *reserva de ley*, que representa la protección más efectiva

---

[1] Vid. Labatut Glena: "El derecho penal tiene un carácter estrictamente legalista, su fuente formal inmediata y única es la ley, lo que implica la no existencia de otros delitos o penas que los previstos con antelación por ella. Es el principio de *reserva* o de *legalidad*, que sintetiza el conocido aforismo "nullum crimen nulla poena sin lege", formulado por el gran penalista clásico alemán *Anselmo von Feuerbach* (1775-1833)". En "Derecho Penal", 9° edición actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas. T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 39.

de los derechos fundamentales y un freno a las extralimitaciones del poder público, tiene un fundamento político y por su trascendencia ha sido elevado al rango de garantía constitucional (art. 2° núm. 24 lit. a. y art. 139° núms. 3 y 10). Sin embargo hay situaciones que se pueden considerar como excepciones:

1. La Ley Penal en blanco.
2. Las Leyes Penales incompletas o dependientes.
3. Los Decretos Legislativos, los cuales son dados por el Poder Ejecutivo previa autorización del Congreso. - Art. 104° de la Constitución-.
4. Los Decretos Supremos de Urgencia, que a pesar de ser sólo para materia económica o financiera pueden constituirse como normas extrapenales y ser utilizadas por las Leyes Penales en blanco.
5. Los Decretos Leyes, los cuales se dan durante los gobiernos de facto. De acuerdo al principio de continuidad se establece que, los decretos leyes mantienen su vigencia cuando vuelve el Congreso salvo, que se opongan a la Constitución.

La **interpretación** de la ley es una operación intelectual que apunta a determinar su sentido y alcance. Como dice el profesor García Toma[2] los métodos de interpretación son el conjunto de procedimientos que permiten desentrañar el significado y alcance de una norma jurídica. Puesto que la vigencia de toda ley depende de su comprensión, ya que sólo así los miembros de la sociedad estarán en condiciones de acatarla y aplicarla, la teoría de la interpretación excede en demasía el campo del derecho penal. A esto agrega el profesor Santiago Nino[3]:

---

2 García Toma, Víctor.- "Introducción al Derecho", 2° edición, Universidad de Lima, Lima, 1988, p. 78.

3 Santiago Nino, Carlos.- "Introducción al Análisis del Derecho", 8° edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1997, p. 259.

"(...) En muchas ocasiones las palabras usadas en una oración plantean problemas en cuanto a la determinación de su significado, y en otras el vínculo sintáctico entre los términos de la oración dan lugar a equívocos. De ello se infiere que muchas veces no es sencillo determinar que proposición corresponde a una oración del lenguaje. La dificultad no siempre se debe a que quien formuló la oración no hubiera querido comunicar una idea precisa, sino a que el lenguaje natural, al que hay que recurrir para comunicarse, padece de ciertos defectos endémicos que dificultan la trasmisión clara del mensaje. Sin embargo, puede ocurrir también que el uso de un lenguaje impreciso para exponer nuestro pensamiento afecte a este mismo, de modo que, en muchas ocasiones, la idea que se desee transmitir no tenga más profundidad que el significado de las expresiones lingüísticas utilizadas".

La aplicación de la ley presupone su interpretación, sólo cuando se tiene claro el sentido de la norma es posible decidir si se puede aplicar a un caso concreto y, así buscar la solución. Por más sencilla que nos parezca la ley, ésta siempre debe ser interpretada. El fácil entendimiento de una ley depende de todo un acervo cultural adquirido previamente por el intérprete[4]. En **conclusión**: toda ley necesita ser interpretada, pues sólo así puede aplicársela y cumplir su función de regular la vida social.

Las **fuentes de interpretación** de la Ley Penal son:

a) Legislativa, la propia Ley.
b) Doctrinal, la opinión de los juristas.
c) Jurisprudencial, los fallos judiciales.

El carácter legalista impide al derecho penal incluir entre sus

[4] Cury Urzúa, Enrique.- "Derecho Penal - Parte General", T.I, 2° edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 162.

fuentes a las denominadas "fuentes mediatas", entre ellas tenemos el "espíritu general de la legislación" -no se toma en cuenta la intención o finalidad que tuvieron los legisladores para dictar la ley-, la moral -pues ella está sujeta a sanciones extralegales-, la costumbre -sólo tiene relevancia en aquellos casos en los cuales la ley le da un valor específico, por ejemplo: la aplicación del art. 15° del CP reconoce a la costumbre como un error de comprensión-, refiriéndose a la costumbre el profesor Villavicencio Terreros[5] señala: "El principio de legalidad excluye la posibilidad de crear delitos, aplicar penas o agravarlas en base a la *costumbre* (...). Sin embargo, en el Perú el derecho consuetudinario basado en la costumbre, ocupa un lugar considerablemente amplio al lado del derecho penal formal, aplicado a través de la llamada justicia popular o justicia informal".

El Derecho Penal utiliza diversos **métodos de interpretación de la ley**, entre los que tenemos:

- Auténtica.- Surge cuando el contenido de la norma es explicado y detallado por la persona -o ente- de quien emana, es decir por el legislador que fue el autor. Ejemplo de este tipo de interpretación se da en las exposiciones de motivos o en las declaraciones del órgano legislativo. Estas interpretaciones pueden darse en el momento que surge la norma o posteriormente. No constituyen interpretaciones auténticas las llamadas "fe de erratas", expedidas con posterioridad a la vigencia de la norma. En este sentido el Dr. Cabanellas[6]: "Interpretación auténtica es la aclaración que el propio legislador hace de la ley dictada por él. Estrictamente, se trata de una ley nueva o complementaria,

---

5 Villavicencio Terreros, Felipe.- "Lecciones de Derecho Penal - Parte General", Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1990, p. 65.

6 Cabanellas, Guillermo.- "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", T. IV, 21° edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1989, p. 472.

de igual naturaleza y obligatoriedad que la dudosa o incompleta que ha motivado la *interpretación*. Puede obedecer ésta a la propia iniciativa del órgano legislativo, al advertir las deficiencias, obscuridades, contradicciones o lagunas del texto; puede proceder también de la consulta o crítica formulada por organismos públicos o por particulares".

- Doctrinal.- Es la interpretación que dan los eruditos del derecho, es decir personas dedicadas al estudio del derecho -especialistas del derecho-. Ellos explican las técnicas o prácticas comunes de los textos legales.
- Judicial.- Es la efectuada por los órganos jurisdiccionales con el fin de aplicar las leyes, descubriendo la verdadera voluntad contenida en ellas, o el significado objetivo del texto legal, es lo que conocemos como "jurisprudencia". Es decir, esta interpretación surge de la aplicación de las propias leyes, al irse repitiendo los fallos judiciales van creando una "costumbre" forense, lo cual puede ser en algunos casos positivos pero en otros no.
- Extensiva.- Surge cuando el intérprete estima que se debe ampliar el alcance de las palabras legales para que la letra se corresponda con el espíritu y la voluntad que el legislador quiso plasmar. Esta forma de interpretación es muy criticada porque, se la considera atentatoria de la seguridad jurídica, pudiendo acudirse a ella sólo cuando sea favorable al reo. La aplicación de este tipo de interpretación nos llevaría a aceptar la analogía, la que es proscrita en materia penal.
- Progresiva.- Teniendo en cuenta que la norma surge en una determinada realidad y responde a ésta, debe adaptarse a los cambios sociales y evoluciones continuas que luego aparezcan pues, de no ser así, tendríamos que estar cambiándola a diario. Resulta difícil, sino imposible, sostener que una norma pueda tener vigencia eterna, más aún si tenemos en cuenta la rapidez

con que avanza la ciencia, lo que obliga a crear nuevas disposiciones.

- Gramatical o Literal.- es la de mayor importancia, es la preponderante, se analiza el significado gramatical de la norma vocablo por vocablo. En nuestro concepto, no existe una verdadera interpretación literal o gramatical porque, cuando ésta se realiza siempre lleva consigo la carga subjetiva de la persona que la efectúa; no debemos olvidar que, la interpretación es un proceso intelectual y que por consiguiente, cada persona lo realiza y no necesariamente coinciden en sus apreciaciones.
- Teleológica.- le interesa la finalidad de la Ley, el sentido de la Ley Penal, busca hallar el por qué de su creación.
- Sistemática.- en este caso se interpreta de acuerdo a la ubicación de la norma, es decir, teniendo en cuenta el ámbito del área penal en que esté.

La interpretación histórica carece de valor en el Derecho Penal, dado que, la sociedad es dinámica y cambiante, por lo que no existen parámetros que se puedan perpetuar. A esto debemos añadir que **no se pueden crear delitos por analogía**, sin embargo si **se permite la interpretación analógica**, siempre que, la Ley Penal lo permite en forma expresa. En la interpretación analógica no se crea un nuevo supuesto sino que, se extiende el supuesto dado cuando, lo permite la ley. Por ejemplo: art. 196° CP "(...) otra forma fraudulenta (...)".

Cabe aquí mencionar **el concurso aparente de Leyes** -con cargo a profundizarlo en el capítulo referido a la pluralidad de delitos-, es un problema de interpretación y, se da cuando frente a un hecho realizado por el sujeto aparentemente concurren dos ó más disposiciones legales pero, sólo una es aplicable. Para saber cuál disposición se debe aplicar, se deben interpretar ambas normas y seguir los siguientes principios:

a) Principio de Especialidad: La norma específica o especial prima sobre la general.
b) Principio de Subsidiariedad: Cuando no se puede aplicar la norma específica, se aplica la regla general.
c) Principio de Consunción: Se aplica la norma que comprende todo el ilícito penal en desmedro del que no lo tiene.

Por ejemplo, en el caso de los artículos 106° y 107° se puede producir un concurso aparente (Homicidio y parricidio) que se solucionará recurriendo al principio de especialidad por la calidad de los sujetos.

2. Principio de Intervención Mínima.

El Derecho Penal sólo debe intervenir en aquellos actos que atenten gravemente contra bienes jurídicos protegidos. Su intervención debe ser útil de lo contrario pierde su justificación, tal como señala Mir Puig[7]: "(...) cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve". A esto el profesor Bustos Ramírez[8] agrega: "La intervención penal del Estado sólo esta justificada en la medida que resulta *necesaria* para la mantención de su organización política dentro de una concepción hegemónica democrática (...). Todo lo que va más allá de tal medida lo encauza por la vía autoritaria, que termina inevitablemente en la supresión de las bases democráticas del Estado". Es decir, el Estado sólo puede sancionar una conducta cuando ello sea necesario para

---

7 Mir Puig, Santiago.- "Derecho Penal - Parte General", 5° edición, TECFOTO, Barcelona, 1998, p. 89.

8 Bustos Ramírez, Juan.- "Manual de Derecho Penal Español – Parte General", 3° edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1984, p. 49.

mantener el equilibrio y orden social. Por ejemplo: en el caso de la pena de muerte[9], la cual no tiene ningún efecto disuasorio sobre los sujetos, puede ser reemplazada por una pena inferior.

Es así que el principio de intervención mínima supone un límite fundamental a las leyes penales, estableciendo que éstas sólo se justifican en la medida que sean esenciales e indispensables para lograr la vida en sociedad. Se quiere evitar que los grupos de poder utilicen las leyes penales para su propio beneficio; la ley que sólo sanciona conductas sin responder a los requerimientos de la colectividad no debe ser calificada como penal.

El principio de intervención mínima incluye:

A. Principio de Fragmentariedad: El derecho penal no protege todos los bienes jurídicos de la sociedad sino, sólo los más importantes. Si el derecho penal interviniera en todas las situaciones en que hay conflicto se correría el riesgo de paralizar toda la actividad social y económica del país; además, las personas no pueden vivir bajo la constante amenaza de una posible sanción penal -aparecería una inseguridad total en los ciudadanos-; así en algunos sectores del ordenamiento penal se ha procedido a eliminar ciertas figuras delictivas como: el adulterio y la rapiña. El ordenamiento jurídico tiene en cuenta la forma en que se afecta al bien jurídico por eso mayormente se castigan los delitos dolosos.

A.1.- Principio de Intervención Mínima en las penas: Este principio señala que se deben aplicar penas de corta duración, ya que, éstas son más efectivas; pero, esto no esta funcionando en nuestro país, donde la tendencia es

[9] La pena de muerte tiene un carácter netamente retributivo y, como tal su base está en obtener la venganza frente al acto realizado por el sujeto.

aumentar los márgenes de la pena, un ejemplo claro es la imposición de la cadena perpetua. De este principio se extraen 2 principios más:

A.1.1.- Principio de humanidad en las penas: éstas no tienen por qué ser inhumanas, deben tender a resocializar al sujeto y prevenir el delito (art. IX del Título Preliminar del CP). Nuestro actual ordenamiento penal incluye diversas figuras que pueden funcionar como alternativas a la pena privativa de libertad: el principio de oportunidad, la conversión de penas, la reserva del fallo condenatorio, la exención de pena, la suspensión de la ejecución de la pena, etc.

A.1.2.- Principio de Proporcionalidad, la pena debe ser proporcional a la magnitud del daño causado y al desprecio al orden jurídico (art. VIII del Título Preliminar del CP). Debemos tener en cuenta que los costos sociales de la pena son elevados, los efectos negativos de la misma inciden no solamente sobre la persona que cometió el delito, sino también sobre sus familiares, su ambiente social y sobre la sociedad. Esto nos lleva a afirmar que la intervención penal más que solucionar el problema puede agudizarlo.

B) Principio de Subsidiariedad: Hace referencia al medio de control social. El Derecho Penal es el último medio de control formal al cual debe recurrir la sociedad. Conforme el profesor Villavicencio Terreros[10]: "No será suficiente determinar la idoneidad de la respuesta sino que además es preciso que se **demuestre** que ella

[10] Villavicencio Terreros, Felipe.- op. cit., p. 55.

no es reemplazable por otros métodos de control social menos estigmatizantes". De aquí se deriva:

B.1.- Principio de Ultima Ratio: El Derecho Penal debe intervenir sólo cuando los otros medios de control social -formales e informales- han fracasado. Esto, hoy en día es discutible, dado que en múltiples ocasiones hemos observado como el legislador utiliza la fuerza penal como primera ratio, para la solución de conflictos sociales. Bustos Ramírez[11] señala: "La gravedad del control penal, es decir, el modo tan directo y personal del ejercicio de la violencia estatal que él significa, impone que sólo se le considere en última instancia. Es el último recurso que ha de utilizar el Estado, sólo en ese caso está justificado su empleo".

El principio de *última ratio* también se puede aplicar sobre las sanciones a imponerse, se debe preferir una sanción administrativa antes que una sanción penal; un ejemplo de esto surge en los delitos referidos al medio ambiente, en los cuales la administración tiene el poder de sancionar. El derecho penal siempre tiene un carácter subsidiario, lo que no implica que exista un control anterior, sino que la reacción penal resulta adecuada donde el orden jurídico no puede ser protegido por medio menos gravoso que la pena[12].

3. Principio de Protección de Bienes Jurídicos.

Como hemos mencionado, el derecho penal no puede intervenir en todos los conflictos sociales que se presenten, sino que debe limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social. Estos

---

11 Bustos Ramírez, Juan.- op. cit., p. 49.

12 Loc. cit.

valores fundamentales son los denominados bienes jurídicos -interés jurídicamente tutelado-; no todos los bienes jurídicos cuentan con protección penal, sino sólo los más importantes. En este sentido Fernández Carrasquilla[13] manifiesta: "(...) un derecho penal democrático solo debe proteger aquellos bienes jurídicos que se valoran como absolutamente indispensables para la permanencia y el desarrollo de la coexistencia pacífica. Dicho negativamente, lo que el derecho penal puede y quiere evitar es la guerra general, la lucha impacífica de todos contra todos o, como antes se decía, la disolución del orden social". El profesor Mir Puig[14] añade: "Que el derecho penal no *sólo* debe proteger "bienes jurídicos" no significa que todo "bien jurídico" haya de ser protegido penalmente, ni tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del derecho penal. Ambas cosas se opondrían respectivamente, a los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario del derecho penal. El concepto de "bien jurídico" es, pues, más amplio que el de bien jurídico penal".

Los bienes jurídicos son cambiantes, esto se manifiesta en la penalización de ciertas conductas -como los delitos contra el orden económico, contra el medio ambiente, el delito tributario- y a la vez en la despenalización de otras -como el adulterio, la riña, el duelo, etc.-.

Actualmente, toda norma de la parte especial del Código Penal o de Leyes especiales deben proteger por lo menos un bien jurídico. De aquí que, para aplicar la sanción penal se requiera necesariamente que se haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico protegido (art.IV del Título Preliminar del Código Penal). Por ejemplo: no se afecta un bien jurídico si, uno se casa dos veces con la misma persona.

---

13 Fernández Carrasquilla, Juan.- "Concepto y Límites del derecho penal - La nueva visión políticocriminal", Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, p. 32

14 Mir Puig, Santiago.- op. cit., p. 91.

Debemos diferenciar conceptualmente al bien jurídico del objeto de la acción, por ejemplo, en el delito de hurto, una cosa es la posesión -bien jurídico- y otra cosa es el bien mueble total o parcialmente ajeno -objeto de la acción-. Al derecho penal no le interesa el objeto material sobre él recae la acción sino el bien jurídico que se está afectando.

4. Principios Limitadores en el Código Penal de 1991.

Luego de haber presentado en el punto anterior los principios limitadores del poder punitivo estatal en general, nos circunscribimos al Código Penal de 1991:

1. **Principio de Responsabilidad Subjetiva:** Es decir la responsabilidad penal de la persona es producto de su voluntad o de su imprudencia o culpa. Esto elimina la responsabilidad penal objetiva, la cual esta prohibida en nuestro actual Código Penal (art. VII del Título Preliminar).

2. **Principio de Orientación de la Pena Privativa de Libertad a la Socialización del Sujeto:** La función de la pena privativa de libertad se dirige a que el sujeto sea rehabilitado y resocializado para que, de esta forma, pueda incorporarse a la sociedad nuevamente (art. IX del Título Preliminar del CP). Lamentablemente, nuestro Código actual en una de sus modificaciones incorporó la pena de cadena perpetua que es una prueba del fracaso del sistema, ya que esta medida demuestra que existen sujetos que no pueden ser resocializados.

3. **Principio de Presunción de Inocencia:** La duda favorece al reo -*Indubio Pro Reo*-. Es un principio que se recoge constitucionalmente pero, lamentablemente, en nuestra realidad funciona al revés.

4. **Principio de Legalidad:** Toda persona debe ser castigada si el hecho está previsto en la Ley como delito con anterioridad a la comisión del mismo.

5. **Principio de Proporcionalidad:** La gravedad de la pena tiene que ser proporcional a la gravedad del hecho cometido por la persona (art. VIII del Título Preliminar del CP). En tal sentido nuestro Código Penal hace la distinción entre los delitos y las faltas, siendo el primero más grave que el segundo.

6. **Principio de Culpabilidad:** También llamada **Responsabilidad** (art. VII del Título Preliminar del CP). La pena requiere que el sujeto sea culpable o responsable de un hecho. Se excluye de esta manera a las personas jurídicas como sujetos activos en la comisión de delitos.

7. **Principio de Intervención Mínima, incluyendo la fragmentariedad y subsidiariedad:** El derecho penal sólo debe intervenir para sancionar los comportamientos más graves que afecten la sociedad (protección de los bienes jurídico penales) y, cuando se han agotado todos los controles posibles para la solución del problema (*ultima ratio*).

8. **Principio de Protección de los bienes jurídicos:** Sólo se sancionan los actos que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos (art. IV del Título Preliminar del Código Penal).

CAPÍTULO IV

TEORÍA DE LAS PENAS

La teoría de la pena está vinculada a la función que corresponde al derecho penal dentro de la sociedad. Analizando la misión que se le asigna a la pena, descubriremos la función del derecho penal. La justificación de la pena es mantener el orden jurídico que ha establecido la sociedad como indispensable para desarrollarse armónicamente en un ambiente de paz social. Aplicar una pena a una persona es disminuirle su capacidad de actuación dentro de la sociedad e incluso puede haber casos en que se la anule totalmente. Esto nos hace pensar que la pena es la disminución o anulación del bien jurídico libertad perteneciente a una persona; en otras palabras, la pena ataca el bien jurídico más preciado por el hombre –su libertad- pero, esto sólo se puede dar cuando la sociedad se siente amenazada o lesionada por el comportamiento del individuo.

La pena al igual que el derecho penal depende del rol que le quiera dar el Estado dentro del cual se desenvuelva. Así, conforme el art. 43° de la Constitución Política, el Perú es una república democrática, social, independiente y soberana; por tal razón, la pena debe responder a la protección de dichos principios.

En conclusión, el derecho penal se caracteriza por imponer sanciones, las cuales de acuerdo a nuestro Código Penal pueden ser penas o medidas de seguridad. El contenido del derecho penal gira entorno al fin de la pena y, las corrientes modernas apuntan a desplazar

las penas cuando ellas resultan innecesarias. A continuación presentamos las diversas teorías que explican el fin de la pena.

1. Teorías Absolutas o retributivas.

Sus principales representantes son Kant[1] y Hegel. Esta teoría señala que al sujeto que comete un delito se le aplica una pena como retribución[2] al hecho que cometió. Para Hegel[3] la pena es la afirmación del derecho que, fue negado por el delito, negación que sólo se contesta con otra negación, que es la pena; en otras palabras, la pena es la negación de la negación del Derecho[4]. En estas teorías la pena es

---

1 Para Kant, la pena sólo tiene sentido, si es retribución de la culpabilidad: "La pena judicial... no puede nunca imponerse simplemente como medio para conseguir otro bien para el delincuente mismo o para la sociedad, sino que tiene que imponerse en todo momento contra el delincuente porque ha delinquido". Así, da el siguiente ejemplo: "Incluso si todos los miembros de una comunidad acordaran por unanimidad disolverse (por ej., si la población que habita una isla acordara que cada uno tirara por su lado y esparcirse por el mundo), antes de que ello se llevara a cabo, debería ejecutarse el último asesino que estuviera en prisión, para que todo el mundo supiera el trato que merecen sus hechos...". En Jescheck, Hans – Heinrich.- "Tratado de Derecho Penal – Parte General", traducción y adiciones del Derecho penal español por Mir Puig y Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, p. 96.
Este ejemplo contradice todos nuestros planteamientos actuales que giran en torno a los fines preventivos de la pena; de acuerdo a Kant al derecho penal no le debe interesar la prevención de delitos ni la reparación de los daños que ocasiona, dado que, con la disolución de la sociedad esto no tiene sentido; lo que interesa es lograr la justicia, aunque ésta sea dura y vengativa.

2 Según Roxin, la idea misma de la retribución exige un acto de fe para su comprensión, ya que no resulta racional entender como un mal -la pena- se puede borrar otro mal -la trasgresión-. En "Sentido y Límites de la pena estatal", Problemas básicos del Derecho Penal, traducido por Luzón Peña, Editorial Reus, Madrid, 1976, p. 11 y ss.

3 Hegel interpreta el hecho punible como "algo negativo", es decir, como vulneración del derecho en el sentido de su negación. Esta vulneración alega una pretensión de validez, pero la pena sale al encuentro de tal pretensión, como "vulneración de la vulneración", y así como "restablecimiento del derecho".

4 Vid. Jescheck: "Hegel fundamenta la pena en el principio dialéctico, según el cual el ordenamiento jurídico representa la **voluntad general** y niega con la pena la **voluntad especial** del delincuente expresada en la lesión jurídica que **queda anulada** por la superioridad moral de la comunidad". Op. cit., p. 97.

retributiva: "ojo por ojo y diente por diente" (ley del Taleón). De ésta manera la pena se libera de toda finalidad y se presenta únicamente como la imposición voluntaria de un mal para compensar la lesión jurídica cometida culpablemente.

Aspectos:

a) Positivo: detrás de esta teoría hay una idea de justicia[5] y proporcionalidad. La sanción penal ha de estar enmarcada en una justa retribución, es decir, la pena debe graduarse de acuerdo a la gravedad de la culpabilidad del delito –proporcionalidad. Esta teoría responde a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido. Ello se fundamenta en razones religiosas, éticas y jurídicas. Ejm: sobre la proporcionalidad: no se le impondrá la misma pena a una persona que cometió un robo que a otra que violó a un menor. El profesor Serrano-Piedecasas Fernández[6] señala: "La justificación de la pena en el planteamiento seguido hasta aquí no puede ser otro que su necesidad para la tutela eficaz de los bienes jurídicos indispensables para el mantenimiento y desarrollo del sistema".

b) Criticable: parte de un sólo orden de valores, cuando en la realidad la sociedad tiene diversos grupos con diferentes ordenes de valores. También se critica que no se tenga en cuenta el libre albedrío del inculpado pues, se castiga la acción sin importar si ha sido coaccionado o no el sujeto en el momento de realizarla.

---

5 Según Kant la función de la pena consiste en la realización de la justicia, y ello lo fundamenta de la siguiente manera: por una parte, la pena sólo puede imponerse contra el autor -porque ha delinquido-, pues de otro modo, si se persigue la prevención general o especial, "se trata a la persona(...) meramente como un medio para los propósitos de otro y se la confunde con los objetos de los derechos reales"

6 Serrano-Piedecasas Fernández, José Ramón.- "Conocimientos Científicos y Fundamentos del Derecho Penal", anotaciones de Derecho peruano por Caro Coria, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, p. 59.

2. Teorías Relativas o Preventivas.

Las teorías relativas son totalmente opuestas a las absolutas. Señalan que la pena no tiene que realizar la justicia en la tierra, sino proteger la sociedad. La pena no es un fin en sí misma, sino un medio de prevención. El sentido de la pena consiste únicamente en cumplir su tarea de impedir que se comentan en el futuro acciones punibles[7]. Es decir, la función de la pena es prevenir que dentro de la sociedad se vuelvan a cometer delitos, se centra entonces en una función utilitaria[8] de la pena.

Estas teorías tienen fe en la posibilidad de educar a las personas que han delinquido, a través de una adecuada intervención sociopedagógica, por tanto, en las teorías relativas coinciden ideas humanitarias, sociales, racionales y utilitarias. El fin de la pena en este tipo de teorías, de acuerdo Roxin[9] se basa: "(...) en la influencia sobre la comunidad, que mediante amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación. También aquí se trata, pues, de una teoría que tiende a la prevención de delitos (y con ello preventiva y relativa), como consecuencia de lo cual la pena debe sin embargo actuar no expresamente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad. Por esta razón se habla de una teoría de la prevención general".

Estas teorías se dividen en:

---

7 Jescheck, Hans.- op. cit., p. 98.

8 Es utilitaria porque, la pena resulta ser un medio puesto al servicio del logro de un fin -evitar que se cometan nuevos delitos-.

9 Roxin, Claus.- op. cit., p. 89.

a) **Generales**: Cuando la función o misión de la pena es dirigida a toda la sociedad en general con el propósito de prevenir delitos, es decir, no individualiza al receptor del mensaje. Esta teoría se puede sub-dividir en dos grupos:

a.1) **Positiva o Integrada**, cuando la misión de la pena es prevenir delitos mediante la afirmación de los valores que se establecen en una sociedad. Hay que remarcar en la persona los valores de la sociedad. Es decir, se persigue la estabilización de la conciencia del derecho, con lo cual se afirma al derecho penal como un medio de control social más, pero formalizado y por ello sujeto a la protección de los derechos fundamentales del desviado. El derecho penal está orientado hacia las consecuencias externas, es decir, se pretende conectar con los demás controles sociales.

Jakobs sostiene la idea de la prevención general mediante el ejercicio del reconocimiento de la norma, que supone la confianza en la norma, en la fidelidad al derecho y en la aceptación de sus consecuencias. *Sólo sobre la base de una comprensión comunicativa*[10] *del delito entendido como afirmación que contradice la norma y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse una relación ineludible entre ambas, y en este sentido, una relación racional.* Es decir, la prestación que realiza el derecho penal consiste en contradecir a su vez las contradicciones de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El derecho confirma la

[10] Al referirse Jakobs a la comunicación, se refiere a la relación que surge entre dos o más sujetos, la cual debe ser estable para el ordenamiento jurídico. En "Derecho Penal, Parte General: fundamentos y teoría de la Imputación", Cap. IV, 2° edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.

identidad social. De acuerdo a Jakobs, *el delito se debe entender como una comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya. La pena no es sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo.*
La pena significa una autocomprobación, fuera de cualquier consecuencia psicológica social o individual que pudiera originar. El derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma (esto representa la identidad de la sociedad no modificada).

a.2) **Negativa o intimidatoria**, pretende coaccionar o intimidar psico-lógicamente[11] a los miembros de la sociedad para que no cometan delitos. En nuestra realidad, la pena está cumpliendo este papel -coaccionar, intimidar a todos los miembros de la sociedad-; una muestra de esto está en la implantación de la cadena perpetua, la cual tiene por finalidad intimidar a los ciudadanos para que no cometan delitos. Respecto de esta teoría podemos formular dos críticas: en primer lugar, el medio que emplea (el miedo); en segundo lugar, se trata a las personas como si fueran animales.

Con esta tendencia se cae en el terror y en el totalitarismo. La crítica social más importante que se puede hacer, viene

[11] A esto se debe añadir que sociológicamente se ha demostrado que la capacidad que se le atribuye al castigo que otro sufre para inhibir el comportamiento de otros desviados en potencia, es nulo.

desde Kant[12], en el sentido de que el individuo no debe ser utilizado como medio para las intenciones de otro ni quedar incluido dentro del derecho de cosas.
También, se critica a la prevención general el faltarle un criterio proporcional que limite la gravedad de la pena a imponer, pues la misma lógica de la intimidación lleva a considerar que mientras mayor sea la gravedad de las penas que se imponen, en atención a la impresión que produce en la generalidad, mayor debe ser también su eficacia[13].

b) **Especiales**: Sostienen que las penas buscan la prevención del delito respecto del autor que cometió el ilícito penal, es decir, la prevención de la pena consiste en hacer que el sujeto no vuelva a delinquir. Se trata de prevenir el delito resocializando o rehabilitando al delincuente -art. IX del Título Preliminar del Código Penal-.
La tesis preventivo-especial que propugna Von Liszt señala que el delincuente no debe volver a delinquir, para ello se hace necesario observar una triple dimensión de la pena: *intimidación* –para el delincuente ocasional no necesitado de corrección-; *resocialización* –dirigida al delincuente que es susceptible de corrección a través de la educación durante el tiempo de cumplimiento de la pena-, e *inocuización* –dirigida a la anulación del delincuente habitual incorregible con la "servidumbre penal" por tiempo indeterminado.

---

12 Conviene aquí hacer un comentario, en una nota anterior expusimos el ejemplo que dio Kant referido al acuerdo de disolución que habían adoptado los miembros de una isla y, que antes de hacerlo debería ejecutarse a todos los sentenciado, en su ejemplo Kant termina diciendo "...ejecutarse el último asesino que estuviera en prisión, ***para que todo el mundo supiera el trato que merecen sus hechos***", esta última frase pareciera indicar que la pena en realidad cumple un mensaje de prevención a los individuo, cosa que en principio Kant rechazaba porque, el afirma que la pena tiene un fin en sí misma –retribución- y, ningún carácter de prevención.

13 Jescheck, Hans.- op. cit., p. 102.

Críticas: si bien se "rehabilita" al sujeto durante su permanencia en la cárcel, una vez que sale, ya nadie se ocupa de él y como no se reincorpora satisfactoriamente a la sociedad -no encuentra trabajo entre otras cosas- vuelve a delinquir. Algunos autores, plantean además que no todas las personas son corregibles - Hay que inocuizar al sujeto, se deben eliminar: Von Liszt[14]-; por otro lado, se dice que con las penas se está implantando un orden de valores determinado, el de la mayoría.

La prevención especial trata al delincuente como un enfermo que debe ser tratado terapéuticamente, el problema está en determinar cuánto tiempo necesita una persona para "curarse"; surge entonces el problema de las sentencias indeterminadas. La consecuencia que seguiría a este razonamiento es que la prevención especial debe conducir a tomar medidas predelictuales, pues desde este punto de vista es absurdo esperar a la comisión de un delito para que el Estado pueda intervenir[15].

3. Teorías de la Unión.

Se intenta combinar los elementos legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una suerte de teoría unificadora. Se combinan con ciertos matices la retribución, la prevención general y la prevención especial. Al llegar a las teorías eclécticas se deduce que

---

14 Vid. Quintero Olivarez respecto del pensamiento de Franz Von Liszt contempla el delito como fruto de la disposición del delincuente y de la influencia del mundo circundante. El Derecho penal ha de luchar contra el delito para cumplir su función. A tal fin cuenta con un medio, que es la pena. Esta tendrá que actuar sobre el delincuente de dos maneras: mediata o indirecta, a través de la coacción psicológica o motivación (del delincuente en favor del derecho), lo cual se logrará a través de la enmienda y de la intimidación; inmediata o directa, a través de la inocuización de los individuos inadecuados para la vida social. Esta doble perspectiva explica la naturaleza y fines de la pena. En: "Derecho Penal - Parte General", reedición de la 2°edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 95.

15 Jescheck, Hans.- op. cit., p. 103.

la pena desempeña una pluralidad de funciones. Conforme dice Jescheck, tal unificación se intenta no como una elemental superposición de principios, en tantos puntos enfrentados y de tan diferente genealogía, sino a partir de la reflexión práctica de que la pena desempeña una pluralidad de funciones. No cabe duda de que en las teorías mixtas puede detectarse fácilmente la presencia de una tensión interna entre sus componentes. Así se pueden dar las llamadas *antinomias de los fines de la pena*[16], en este sentido dice Roxin que, la "mera adición no sólo destruye la lógica inmanente a la concepción, sino que aumenta el ámbito de aplicación de la pena, que se convierte así en un medio de reacción apto para cualquier empleo"[17].

Bajo esta perspectiva, la pena traduce una retribución de la culpabilidad -*idea de pena justa*- pero, al mismo tiempo, sirve a la prevención del delito -*idea de pena útil*-. En consecuencia, la única pena legítima sería aquella que, al mismo tiempo, reúna ambas características: ser, a la vez, *pena justa y pena útil.*

Estas teorías tienen dos direcciones:

- La primera, remarca la idea de *justicia* por encima de *prevención o utilidad.* Lo principal es la defensa del bien jurídico, al afectarlo se debe dar una retribución justa, limitando la determinación de la pena de acuerdo a los principios de la prevención. Conforme dice el profesor Mir Puig[18]: "(...) quienes creen que la protección de la sociedad ha de *basarse en la retribución justa* y en la determinación de la pena, conceden a

---

16 La suma desordenada de las diversas finalidades de la pena entre sí no resultan compatibles, por ello colisionan; no sólo no ofrecen la disolución de las contradicciones planteadas, sino que además no son adecuadas para eliminar las insuficiencias de las distintas teorías.

17 Roxin, Claus.- op. cit., p. 19.

18 Mir Puig, Santiago.- "Manual de Derecho Penal", Parte General, 5° edición, TECFOTO S.L., Barcelona, 1998, p. 57.

los fines de prevención un mero papel complementario, dentro del marco de la retribución".

- La segunda, se orienta a la *utilidad* -la prevención-. A la retribución sólo le corresponde servir de límite máximo de las exigencias preventivas impidiendo así que las mismas conduzcan a una pena superior a la merecida (soluciones útiles que no sean injustas). El fundamento de la pena sería la defensa de la sociedad –protección de bienes jurídicos-. A la retribución corresponde únicamente la función de *límite máximo* de las exigencias de prevención, impidiendo que conduzcan a una pena *superior* a la merecida por el hecho cometido[19].

Lo que se pretende lograr es una adecuada protección de los valores fundamentales de nuestra sociedad, sobre la base del menor costo posible de represión y de sacrificio de la libertad individual.

Roxin elaboró la ***Teoría Dialéctica de la Unión***[20]. Este autor manifiesta que es preciso contemplar la pena en su total dimensión y en cada uno de sus componentes, esto es justamente lo que no han hecho las teorías clásicas que aportan una visión parcial de la pena. Este planteamiento ubica las diversas teorías conforme el orden secuencial del delito:

- *El momento de conminación legal*: La pena tiene la función de proteger bienes jurídicos, lo cual se realiza a través de la prevención general intimidatoria. Para poder realizar esta función, es necesario saber qué puede prohibirse; la respuesta a esta pregunta depende de la función que le asigne el Estado, en cuya fijación se derivará el fin que a de cumplir el Derecho

---

19 Loc. cit.

20 Esta teoría se presenta con la pretensión de aunar los "aspectos acertados" de las diferentes teorías de la pena en una "concepción superadora" y de suprimir las debilidades mediante un "sistema de complementación y limitación".

Penal[21]. En esta etapa prima entonces la prevención general -art. I del Título Preliminar del Código Penal-.

- *El momento de la determinación judicial*: Se complementa la prevención general; es decir, al imponer el Juez la pena, reafirma la seriedad de la amenaza anterior. Además, la pena no puede sobrepasar el límite de la culpabilidad del autor[22]. En su opinión, la culpabilidad no sirve para fundamentar la potestad de penar, pero sí para limitarla; esto es necesario porque los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden nuestra ley fundamental y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad[23]. Por tanto, el momento de determinación judicial está referido al período en el cual se está procesando al inculpado, en esta etapa predomina la retribución absoluta porque lo que busca la sentencia es la proporción entre la pena y el hecho cometido -art. VIII del Título Preliminar del Código Penal-. La determinación de la pena, al individualizar al autor y calificarlo, está utilizando la prevención especial, pero no tiene que ver con la resocialización.

---

21 En opinión de Roxin, el derecho penal se limita a crear y asegurar a un grupo reunido en el Estado, exterior e interiormente, las condiciones de una existencia que satisfaga sus necesidades vitales y, entonces, éste sólo puede consistir en garantizar la vida en común de todos los ciudadanos sin que sea puesta en peligro.

22 Vid. Mir Puig: "(...) en la medición de la pena el Juez debe someterse a una limitación: *la pena no puede sobrepasar la culpabilidad del autor*. De lo contrario se caería en la objeción kantiana que la doctrina dominante alemana y el propio Roxin hacen a la prevención general: el autor sería utilizado como *medio* para los demás. Ello cree Roxin que se evita cuando el autor es castigado con arreglo a su culpabilidad, porque entonces la pena se le impone sólo "según la medida de su persona". Sin embargo, éste es el único aspecto de la retribución que admite este autor, que en cambio rechaza abiertamente la otra exigencia del retribucionismo de que la pena no puede ser inferior a lo que imponga la culpabilidad". Op. cit., p. 60.

23 Roxin, Claus.- "Culpabilidad y prevención en el derecho penal", traducción de Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, Madrid, 1981, pp. 25-31.

- *El momento de la ejecución* (después de la sentencia): tiende a la resocialización del delincuente, es decir la reincorporación del delincuente a la comunidad -prevención especial-. Aquí debe incluirse el posibilitar la utilización de las facultades propias del delincuente, evitando su atrofia, en los casos en que aquél no precise un propio tratamiento terapéutico-social[24] -art. IX del Título Preliminar del Código Penal-.

Pero, conforme aclara el propio Roxin, en ningún momento se resuelve el problema de: ¿qué puede penarse?[25]. Como vemos, la pena desenvuelve una función diferente en cada una de las fases, eso sí, lo hace con el presupuesto de que cada etapa siguiente ha de acoger en sí los principios de la precedente.

En realidad la teoría dialéctica de la unión, conforme dice el propio Roxin[26], esta muy lejos de sus pretensiones, a causa de las inevitables contradicciones de los fines concretos en los que se basa; lo único que puede llevar a cabo es una "ponderación recíproca y una ordenación", por cuanto "unas veces un punto de vista, otras veces otro, pasa al primer plano de atención". Al producirse esta situación –concepción unitaria-, la pena se vuelve un medio ineficaz para lograr la satisfacción social[27].

Si observamos la teoría anterior a la luz de nuestro actual Código Penal, vemos que se puede establecer de la siguiente manera:

a) Conminación legal: art. I del T.P: Prevención de delitos (Prevención General).

---

24 Roxin, Claus.- "Sentido y límites de la pena estatal", op. cit., p. 32.

25 Ibid. p. 20.

26 Roxin, Claus.- "Zur Problematik des Schuldstrafrechts", ZStW 96, 1984, pp. 3-34.

27 En especial no se resuelven las contradicciones entre los fines de la pena preventivos y el principio de culpabilidad: el punto de vista retrospectivo de compensación de la culpabilidad y el prospectivo de la prevención se encuentran absolutamente desligados e incompatibles.

b) Determinación judicial: art. VIII del T.P.: La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (Retribución).
c) Ejecución: art. IX del T.P.: La pena es resocializadora (Prevención Especial).

En síntesis, la pena en un primer momento tiene como finalidad prevenir la comisión de delitos; luego, debe establecerse de forma proporcional -sin llegar al límite que sería la retribución- y finalmente, procurar que durante el cumplimiento de la sentencia se logre resocializar al individuo para poder reincorporarlo a la sociedad.

Anterior	Hecho delictivo	Ejecución de Sentencia
1	2	3

En cada una de las fases prima una teoría:
Fase 1: Prevención general.
Fase 2: Retribución: busca la proporcionalidad entre el hecho y la pena.
Fase 3: Prevención especial.

4. El Código Penal de 1991 y las Teorías de la Pena.

Se sostiene una teoría ecléctica de la pena, la prevención general (art. I TP del CP), prevención especial (art. IX TP del CP) y retribución (art.VIII TP del CP -proporcionalidad).

5. Medidas de Seguridad.

Son sanciones que se imponen a los inimputables o imputables relativos[28]. Es decir, las medidas de seguridad están destinadas a los

[28] Para determinar si una persona es inimputable o semi-inimputable se debe recurrir al art. 20° núm.1 y al art. 21° del Código Penal, igualmente se puede recurrir referencialmente a los artículos 43° y 44° del Código Civil de 1984.

supuestos en que el comportamiento antijurídico no genera responsabilidad criminal en razón de la personalidad del sujeto o la hace limitadamente. Su función es prevenir nuevos delitos que pueden cometer sujetos considerados por el derecho como peligrosos[29] para la sociedad -se busca la resocialización-.

Dos son los presupuestos para aplicar una medida de seguridad:

a. La peligrosidad criminal del sujeto, es decir se quiere evitar que la persona vuelva a cometer un delito.
b. Un delito previo.

Al establecerse estos requisitos se elimina las medidas pre-delictuales.

Refiriéndose a las medidas de seguridad, los profesores Caffarena Mapelli y Terradillos Basoco[30] señalan: "(...) se busca, con medidas que pretenden conjurar el mínimo de privación de libertad con el máximo de eficacia terapéutica e inocuizadora, neutralizar la peligrosidad del inimputable, sujeto, por tanto, ajeno en principio a la intervención penal sancionatoria".

Este punto se desarrollará con mayor profundidad dentro del capítulo referido a la Reacción Penal.

---

29 Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se le imponga, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. Por otro lado, las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

30 Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan.- "Las consecuencias jurídicas del delito", 2° edición, Editorial CIVITAS S.A., Madrid, 1993, pp. 190-191.

CAPÍTULO V

APLICACION DE LA LEY PENAL

Es importante poder determinar la ley penal -sentido y alcances- aplicable a un sujeto cuando el comportamiento de éste constituye delito. Con tal fin se deben tener en cuenta el criterio espacial, temporal y personal. Conforme Cobo del Rosal y Vives Antón[1]: "La ley por ser un producto histórico, tiene una limitada extensión y virtualidad – *espacial, temporal y personal*-, desde el momento que se encuentra toda ella referida a ciertos confines, al tratarse de una creación de la sociedad organizada como Estado".

1. Aplicación Espacial.

La aplicación de nuestra ley penal implica el ejercicio de nuestra soberanía, esto se justifica en el interés primordial que tiene el Estado, y en el deber que le incumbe, de asegurar dentro de sus fronteras, el mantenimiento del orden. Un delito es siempre un ataque a las condiciones de existencia de la sociedad y, aunque sus consecuencias pasen las fronteras, es la sociedad nacional la que resulta más lesionada, y es en ella, por tanto, donde debe producirse la reacción.

---

[1] Cobo del Rosal, M y Vives Antón, T.S.- "Derecho Penal – Parte General", 3° edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, p. 145.

Las leyes penales referidas a su ámbito de aplicación limitan el ejercicio del poder Estatal, impidiéndole a éste que entre dentrc del ámbito de soberanía de otro Estado. Por ejemplo, cuando el comportamiento delictivo realizado por un nacional se da en el extranjero, el Perú no tiene el poder de juzgarlo; salvo que existan circunstancias especiales que veremos más adelante, en todo caso el procedimiento a seguir es el de Extradición[2]. Nuestro ordenamiento jurídico es válido para nuestro territorio, pero esto no impide que en ciertos casos se surja una aplicación "ultraterritorial", la cual consiste en ampliar el alcance de aplicación de nuestras normas a supuestos concretos que son definidos y establecidos por la propia ley. Una aplicación estricta del principio de territorialidad nos podría llevar, a dejar impune delitos cometidos dentro de nuestro territorio cuando el delincuente se fugase a otro país. El Estado que lo refugiase sostendría -en aplicación estricta del principio de territorialidad-, que nada tiene que ver con los delitos perpetrados en otro Estado. Pero, un Estado no puede desinteresarse por completo de lo que ocurre fuera de su territorio, porque entonces no presentaría defensa adecuada a los bienes jurídicos que esta llamado a tutelar. Por tal razón, si bien el principio de territorialidad tiene un carácter central en el desarrollo de la aplicación territorial, éste debe complementarse con otros principios.

La aplicación espacial está regulada entre los arts. 1° y 5 ° del Código Penal, que contienen diversos principios que a continuación procederemos a explicar:

---

[2] La extradición se puede definir, según Jiménez de Asúa, como: "(...) la entrega que un Estado hace a otro Estado de un individuo acusado o condenado, que se encuentra en su territorio, para que en ese país se le enjuicie penalmente o se ejecute la pena. (...) la naturaleza de la extradición es un *acto de asistencia jurídica internacional*". En: "Tratado de Derecho Penal, Filosofía y Ley Penal", T. II, 2° edición, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1950, p. 894.

A) Principio de territorialidad -art. 1°:

Se parte de la premisa que la ley aplicable es la del lugar donde se ha cometido el delito, no interesa si el sujeto es nacional o extranjero. Según el art. 54° de la Constitución se entiende por territorio el suelo, subsuelo, el mar territorial (200 millas) y todo el espacio aéreo que los cubre. Nuestro Código Penal en su art.1° amplia el territorio nacional -*principio del pabellón*[3]- mediante una ficción jurídica:

a.1) Art.1° núm.1: Naves o aeronaves nacionales públicas en donde se encuentren.

a.2) Art.1° núm.2: Naves o aeronaves nacionales privadas que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerza soberanía.

De aquí entonces que, el concepto jurídico de territorio no coincida con el concepto geográfico sino que, por el contrario, el concepto jurídico es más amplio.

Además, se debe tener en cuenta el art. 5° de la Ley N° 24882, de acuerdo a la cual los actos realizados y los delitos cometidos a bordo de aeronaves civiles peruanas que se encuentren sobre territorio extranjero se someterán a la ley peruana, excepto que los efectos de tales actos o delitos afecten a la seguridad o el orden público del Estado subyacente o causen daños a personas o bienes dentro de dicho territorio. También debemos mencionar el art. 6° de la misma ley, donde se establece que los delitos cometidos a bordo de aeronaves civiles extranjeras en vuelo sobre el territorio peruano se rigen por las leyes del Estado de matrícula de la aeronave, excepto cuando afecten la seguridad o el orden público de la República peruana y cuando

[3] El principio del pabellón permite a los tribunales peruanos tener competencia para conocer los delitos y faltas que se cometan en toda clase de buques o aeronaves con pabellón peruano cualquiera que sea el lugar (soberanía nacional, libre o soberanía extranjera) donde se hallen, salvo lo dispuesto en los tratados internacionales en los que el Perú sea parte.

causen daño a personas o bienes en territorio peruano. Por último, el art. 33° de la misma ley establece que las aeronaves del Estado -al servicio de poderes públicos, militares, policía, correo, sanidad y aduana- en cuanto presten servicios remunerados, se someten a las leyes peruanas.

B) Principio de Ubicuidad -art. 5°:

En primer lugar, respecto del lugar de comisión del delito se debe tener en cuenta:

a. El espacio donde se ha de considerar realizado el delito, lo cual guarda relación con la aplicación territorial de la ley penal; y,
b. La atribución de competencia de los tribunales peruanos –art. 2° y 3° del Código Penal-.

De acuerdo al art. 5° del Código Penal, *El lugar de comisión* de un delito es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, o en el que se producen sus efectos (principio de ubicuidad). Por ejemplo: si un peruano mata en nuestro territorio, lo juzga nuestra legislación, si un chileno mata en su territorio, lo juzga Chile, pero si entra a territorio peruano lo puede juzgar el Perú. Se debe tener en cuenta, además el principio del "Non bis in idem" según el cual una persona no puede ser juzgada dos veces por la misma causa.

Debemos saber que la determinación del lugar de comisión de acuerdo a la doctrina penal tiene diversas teorías:

- Teoría de la actividad.- señala que el delito se comete en el lugar en donde el sujeto realiza externamente la conducta delictiva.
- Teoría del resultado.- señala que el lugar de comisión del delito es donde se ha producido el resultado externo.
- Teoría de la ubicuidad.- es la acogida por nuestro Código Penal, señala que el delito se tiene por cometido en todos los lugares en que se lleva a cabo la actividad (acción u omisión) o se

manifiesta el resultado[4]; es decir, une los conceptos de las dos primeras teorías y permite evitar que algunos casos queden impunes. La aplicación del principio de ubicuidad puede dar origen a la aplicación ultraterritorial de la ley penal y, a su vez, esto puede dar lugar a serios problemas de soberanía con otros Estados.

C) Excepciones a la aplicación espacial (territorialidad) - Art. 2° núm. 2 y 3:

Se basa en el juzgamiento de comportamientos delictivos cometidos en el extranjero, tanto por nacionales como por extranjeros, que afecten al Estado o a los derechos de los nacionales (ultraterritorialidad). Así tenemos el art. 2° núm. 2 y 3 del Código Penal:

c.1) Principio real o de defensa: La ley peruana se aplica a todo acto que afecte los intereses del Estado, no interesa la nacionalidad del sujeto, ni el territorio donde se cometa (art. 2° núm. 2 y 3):

c.1.1.) núm. 2: Cuando se atenta contra la seguridad y la tranquilidad públicas, siempre que produzca sus efectos en el territorio de la República.

c.1.2.) núm. 3: Cuando se agravia al Estado y la defensa nacional, a los poderes del Estado y el orden constitucional o monetario.

D) Principio de Personalidad – Art. 2° núm. 1 y 4:

La Ley peruana se aplica a los nacionales sean éstos autores o víctimas del delito cometido en el extranjero (art. 2 ° núm. 1 y 4):

d.1) núm.1: Cuando el agente es funcionario o servidor público en el ejercicio de su cargo.

---

[4] Cobo del Rosal, M y Vives Antón, T.S.- op. cit., p. 166.

d.2) núm.4: Cuando es perpetrado contra peruano o por peruano y el delito está previsto como susceptible de extradición según la Ley peruana, siempre que sea punible también en el Estado en que se cometió y el agente ingrese de cualquier manera al territorio de la República.

Hay diversas clases de Extradición siendo las principales la extradición activa y la extradición pasiva:

d.2.1) Activa: Cuando un Estado solicita a otro Estado la entrega de una persona para juzgarlo (art. 37° de la Ley N° 24710).

d.2.2) Pasiva: Cuando un Estado entrega a una persona a otro Estado para que éste último lo juzgue (art. 39° de la Ley N° 24710).
En una extradición siempre hay un Estado que realiza la extradición activa y otro que realiza la extradición pasiva (sí lo entrega de propia voluntad).

d.2.3) Extradición en tránsito: referida a la autorización de paso por el territorio de una persona requerida y entregada por dos Estados diferentes.

d.2.4) Reextradición: cuando el Estado requirente a de entregar a la persona, con posterioridad al ejercicio de su potestad punitiva, a un tercer Estado. Conforme señala el profesor Villa Stein[5]:"Llamada también extradición doble, es una segunda entrega del *extraditurus*, a un tercer Estado que, a su turno, lo requiere al Estado en cuyo territorio se haya el *extraditurus* en virtud de un procedimiento de extradición anterior y en el que operó la extradición activa" (art. 15° de la Ley N° 24710).

---

5 Villa Stein, Javier.- "Derecho Penal - Parte General", Editorial San Marcos, Lima, 1998, p. 151.

Para que se pueda efectuar la extradición es indispensable cumplir con el Principio de doble incriminación: En ambos Estados se debe castigar el mismo hecho -presupuesto fundamental-, es decir en ambos lugares se considera como delito y, además, el agente debe ingresar de cualquier manera al territorio nacional, sea o no por extradición (art. 2° núm. 4).

En los casos de extradición se debe tener en cuenta el art.3° del Código Penal -extradición pasiva-, el cual establece que, cuando otro Estado solicita al Perú que se le entregue a una persona -nacional o extranjero- y el Perú se niega a dárselo; entonces, el Perú podrá juzgar a esa persona según las leyes peruanas. Se debe tener en cuenta que el Perú no está obligado a juzgarlo, es decir, no está obligado a castigar. Respecto a la extradición de un nacional, el Estado Peruano puede facultativamente entregarlo, dado que, el art. 6° de la Ley N° 24710[6] no establece ninguna limitación al respecto. De la confrontación de estas disposiciones nos damos cuenta que existe una equiparación, a nuestro entender injustificada, pues se pone en el mismo nivel a un nacional y a un extranjero, debiéndose dar mayor protección al nacional impidiéndose su entrega conforme estaba dispuesto en la ley de extradición anterior.

---

[6] El art. 6° de la Ley N° 24710, señala los casos en que la extradición es inadmisible:
1. Si el Estado solicitante no tuviera jurisdicción o competencia para juzgar.
2. Si el extraditado ya hubiera sido absuelto, condenado, indultado o amnistiado.
3. Si hubiera transcurrido el término de la prescripción del delito o de la pena, confor me a la ley del Perú o del Estado solicitante; siempre que no sobrepase el término establecido en la legislación peruana.
4. Si el extraditado hubiere de responder en el Estado solicitante ante un tribunal de excepción.
5. Si la pena conminada al delito fuese inferior a un año de prisión.
6. Si el delito fuere puramente militar, contra la religión, político, de prensa u opinión. La circunstancia de que la víctima del hecho punible de que se trata ejerciera funciones políticas, no justifica por si sola que dicho delito sea calificado como político; tampoco politiza el hecho de que el reclamado ejerciere funciones políticas.
7. Por delitos solo perseguibles a instancia de parte, salvo los casos de estupro y violación.
8. Por infracción de leyes monetarias y fiscales que no constituyan delito común, y
9. Por faltas.

E) Principio Universal o de Justicia Mundial –Art. 2° núm. 5:

El Perú está obligado a reprimir conforme a tratados internacionales, es decir, hay delitos que en los que nuestro país por ser parte en el tratado internacional está obligado a sancionar; en otras palabras, la ley penal de estos Estados tiene validez universal, de modo que la acción penal puede ser promovida por cualquiera de ellos, no importando el lugar en que el delito se hubiera cometido, la nacionalidad del delincuente o la del titular del bien jurídico lesionado. Sólo se exige que el autor se encuentre en el lugar de la represión y que no haya sido castigado o que no lo haya sido suficientemente en otro país. Por ejemplo: el caso de los alemanes juzgados en Chile por el genocidio de la Segunda Guerra Mundial. La base legal de este tipo de casos la encontramos en el art. 2° núm. 5. En opinión del profesor Villa Stein[7]: "Se aplica este principio por supuestos de hecho que de suyo constituyen una afrenta a la humanidad y contesta elementales sentimientos de probidad de los hombres, sea cual fuere el lugar que habitan".

Conforme Cobo del Rosal y Vives Antón, aludiendo al pensamiento de Jiménez de Asúa[8]: "El principio de justicia mundial se extiende en la medida en que la delincuencia se internacionaliza. No obstante, un defensismo riguroso puede llevar, en este punto, a consecuencias indeseables desde la perspectiva de la seguridad jurídica. Así, por ejemplo, el tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes se halla sometido a una penalidad que varia mucho según los países, un individuo que lo ha llevado a cabo en un país donde es castigado levemente puede verse juzgado por otro donde las penas sean mucho más severas. Por ello, entre otras razones, es deseable una adopción muy controlada y limitada de la idea de justicia penal universal".

---

7 Villa Stein, Javier.- Ibid. p. 146.

8 Jiménez de Asúa afirma que la doctrina de la justicia mundial "supone una igualdad de civilización y una unidad de legislación que ha de tardar largo tiempo en lograrse". Op. cit., p. 766.

F) Inaplicabilidad del Principio de Extraterritorialidad (Real o de Defensa) – Art. 4°:

La ley precisa los casos en que la acción de la justicia nacional puede ser enervada con relación a las infracciones cometidas fuera del territorio de la República, que atacan bienes o intereses de nuestro ordenamiento jurídico. Así, se presentan diversos casos que a continuación detallamos: (art. 4° CP).

f.1) Cuando se ha extinguido la acción penal conforme a una u otra legislación. Aquí se pueden presentar diversos casos como:
- La prescripción de la acción penal o de la pena.
- La autoridad de cosa juzgada -sentencia absolutoria o condenatoria si ha sido cumplida-, esto se da en fiel cumplimiento del principio del "*non bis in idem*".

f.2) Cuando se trata de delitos políticos o hechos conexos con ellos.

f.3) Cuando el procesado ha sido absuelto en el extranjero o el condenado ha cumplido la pena o ésta se halla prescrita o remitida (perdón judicial).

2. Aplicación Temporal.

Las leyes, de acuerdo a lo dispuesto por la Constitución Política del Perú, son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte (art. 109° Const.). Debemos recordar que la ley siempre debe ser previa al comportamiento materia de análisis penal.

El tiempo que transcurre entre la publicación de una norma y su entrada en vigencia se conoce como "*vacatio legis*". Este tiempo conforme lo estipulado por la Constitución es muy corto, pero puede aumentar si la misma ley lo dispone. Conforme Cobo del Rosal y

Vives Antón[9]: "La *vacatio legis* obedece a elementales razones de seguridad jurídica: para que la ley pueda ser obedecida por los ciudadanos es preciso que éstos la conozcan o puedan conocerla, por lo que es necesario un mínimo espacio de tiempo. La práctica --usual en normas penales de excepción- de prescindir totalmente de la *"vacatio"* ha de considerarse, pues, inconstitucional, por atentatoria a la seguridad jurídica, garantizada (...) por la Constitución".

Debemos mencionar, que durante el período de la *"vacatio legis"* no se produce ningún efecto jurídico, no puede aplicarse ni en lo favorable ni en lo perjudicial.

Resulta de suma importancia determinar qué ley le corresponde en el tiempo a la comisión de un hecho delictivo, por lo que se deben tener en cuenta los arts. 6° al 9° del Código Penal:

A) Principio de Irretroactividad de la Ley Penal:

El principio base para determinar la ley aplicable en el tiempo a un delito señala que: se aplica la ley vigente en el momento de la comisión del delito –tempus regit actum[10], aunque en el momento de la sentencia no este vigente -art. 6°-[11]. Sin embargo, la excepción a este principio es que se debe aplicar la ley más favorable al reo, ya sea ultractivamente -se aplica una ley que está derogada al momento de la

---

9 Cobo del Rosal, M y Vives Antón, T.S.- op. cit., p. 146.

10 Este principio tiene su base constitucional en el art. 2° num.24 lit. d): "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley". A esto debemos agregar lo dispuesto en el art. III del T.P. del Código Civil: "La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú".

11 La ley penal se aplica, en principio, a los hechos acaecidos desde que entra en vigor hasta que termina su vigencia. No rige, pues, como regla general, ni los hechos ocurridos con anterioridad a ella (retroactividad), ni los que puedan suceder tras su caducidad o derogación (ultraactividad).

sentencia pero que en el momento de la comisión del delito estaba vigente, siempre y cuando, esta ley sea más favorable- o retroactivamente -si durante la ejecución de la sentencia se dicta una ley más favorable-. Como vemos, las disposiciones entran en juego con respecto a la que estaba vigente cuando se cometió el delito.

La retroactividad de la ley penal sólo podrá tener lugar a través de la existencia de una ley más favorable, esto quiere decir que estará inspirada en el principio de legalidad. Así, se exigirá la existencia de una primera ley más grave que la segunda. En principio, debemos decir que una ley es más favorable cuando restringe la conducta delictiva o disminuye la pena o la elimina. Sin embargo, si la ley "A" da 2 años de pena privativa de libertad y la ley "B" sólo establece multa, ¿Qué sucede si el reo no puede pagar la multa, cuál sería la Ley más favorable?. En la práctica el interés de la persona lo decide el Juez.

El fundamento que sostiene la retroactividad de la ley penal más favorable debe verse en la ausencia de interés por parte del Estado, ya sea en castigar determinadas acciones o en aplicarles una penalidad más gravosa, es decir, en definitiva, razones político-criminales.

Hipótesis en las que puede surgir la ley más favorable:

- Despenalización de ciertas conductas.
- Modificaciones producidas por la nueva ley, pueden ser que se restrinja la conducta delictiva o se reduzca la pena (no sólo disminuyendo la pena privativa de libertad sino también imponiendo otro tipo de pena como la restricción de días libres).

La aplicación del principio de ley más favorable se puede dar dentro del proceso que se está siguiendo como posterior a la sentencia.

Como una anotación especial, debemos mencionar el caso de las leyes penales en blanco, en las cuales la mayoría de la doctrina se

muestra de acuerdo con la irrectroactividad de dichas leyes, la base es el principio de legalidad. Esto quiere decir, que la disposición complementaria de carácter extrapenal (proveniente de la administración) se rige por el principio de irretroactividad de la ley penal, por ser parte de ella.

Existen diversos figuras que se pueden presentar entre las leyes en el tiempo:

1.- **Leyes Penales intermedias:** Son aquellas que estuvieron vigentes con posterioridad al hecho delictivo, pero fueron derogadas con anterioridad a la sentencia. Es decir, existen como mínimo tres momentos: el primero, en el cual se comete un delito durante la vigencia de la ley n° 1; segundo, surge una ley n° 2 más benigna y, tercero, surge una ley n° 3 que es más gravosa que la ley n° 2. En este caso se debe aplicar la ley n° 2 por ser la más beneficiosa. En este sentido, los profesores Bustos Ramírez y Hormazabal Malaree[12] nos dicen: "(...) cabe señalar que conforme a los principios generales sólo puede entrar en juego la ley vigente en el momento de comisión del hecho y nunca una posterior, salvo que sea más favorable. Por consiguiente si la ley más favorable era la intermedia, tendrá efecto retroactivo y será la que deberá tomarse en consideración en el momento del juicio. La última ley más rigurosa ni siquiera entra en consideración en virtud de estos principios generales. En estos casos se da la circunstancia de que la ley intermedia tiene efecto retroactivo ya que se aplica ha un hecho cometido con anterioridad a su vigencia y también tiene efecto ultraactivo, ya que regirá en el momento del juicio cuando ya había sido derogada."

---

12 Bustos Ramírez, Juan y Hormazabal Malaree, Hernán.- "Lecciones de Derecho Penal", V. I, Editorial Trotta, Madrid, 1997, pp. 107 - 108.

No toda la doctrina está de acuerdo en la aplicación de la ley penal intermedia, un sector se ha pronunciado diciendo que la ley penal intermedia no debería ser tenida en cuenta, pues corresponde a una concepción jurídica inexistente en el momento del hecho, y que ya no profesa en el momento del juicio[13]. Sin embargo dentro de la doctrina peruana es ampliamente aceptada la aplicación de la ley penal intermedia cuando es más beneficiosa para el reo.

2.- **Ley abolitiva:** Es aquella que surge luego de la sentencia y establece que el delito cometido ya no es punible por lo que la pena impuesta y sus efectos se extinguen de pleno derecho (art. 7°). Si un hecho no es delito por la ley posterior, no puede ser castigado sobre la base de la ley antecedente, porque ésta no es ultractiva.

Se pueden plantear dos hipótesis:

a) El proceso está en trámite, se aplica la nueva ley, rigiendo el principio de retroactividad.
b) Se ha dictado la sentencia, la doctrina y la ley sostienen la procedencia igualmente de la retroactividad, consagrándose así una excepción sobre la soberanía de la cosa juzgada.

La ley abolitiva descansa sobre el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable. Conforme señala el profesor Luzón Peña[14]: "El *fundamento* de la retroactividad de la ley más favorable responde principalmente al cambio de valoración jurídica en sentido desincriminador o atenuatorio que expresa

---

13 Rodríguez Mourullo, G.- "Derecho Penal. Parte General", T.I, Editorial Citivas, Madrid, 1977, p. 136.

14 Luzón Peña, Diego-Manuel.- "Curso de Derecho Penal - Parte General I", Editorial UNIVERSITAS S.A., Madrid, 1996, p. 183.

la nueva ley, por lo que parece más *justo* aplicarla también a los hechos anteriores tratándolos igual que los cometidos con posterioridad, y más adecuado puesto que ya *no* parece *necesario* (a efectos preventivo-generales ni especiales) penar, o penar tanto, tales conductas; además tal retroactividad tiene un sentido humanitario o pietista, similar al de otras regulaciones o construcciones de orientación *pro-reo*. Y aquí, a diferencia de lo que sucede cuando la nueva ley es desfavorable, no se opone la retroactividad la posible infracción de las garantías para la seguridad jurídica por no aplicar la ley vigente durante el hecho".

3.- **Leyes temporales o especiales**: Son aquellas que incluyen en su texto el tiempo -o período- durante el que estarán vigentes (art. 8°). Esta ley siempre se aplica a los hechos cometidos durante su vigencia -aplicación ultractiva de la ley penal-, salvo disposición en contrario. El legislador, en este tipo de casos, ha optado por la no aplicación del principio de la ley más favorable al reo; esto se justifica, dado que, de lo contrario las leyes temporales quedarían prácticamente sin aplicación pese a su voluntad declarada, pues como su duración suele ser breve, en muchos casos no daría tiempo a que recayese la sentencia durante el período de vigencia de la ley temporal, e incluso, si luego de la sentencia surge una ley más favorable, la aplicación de la misma volvería totalmente ineficaz la ley temporal.

Se trata de leyes dictadas para reforzar, en circunstancias de excepción, la protección de ciertos bienes jurídicos (que contienen agravaciones de pena o incriminaciones excepcionales); y, de otra parte, en la medida en que estas leyes cederán a plazo fijo, al pasar a otras más favorables, su autoridad, es decir, su capacidad intimidatoria se vería anulada o seriamente afectada. Esta última situación surge también en el caso de la aplicación de técnica

legislativa conocida como: ley penal en blanco, la cual debe, en nuestro concepto, ser aplicada en concordancia con la disposición extrapenal vigente al momento en que se produjo el hecho delictivo, aunque el juzgamiento se de cuando la disposición extrapenal ya no esté vigente.

En este sentido el profesor Luzón Peña[15]: "Las leyes temporales se dictan sólo para un período limitado de vigencia, bien por un período exacto de tiempo o bien mientras dure una situación, generalmente ante circunstancias excepcionales, como catástrofes, epidemias, guerras, estados de emergencia, situaciones críticas en la aparición de terrorismo u otra clase de delincuencia grave, etc.; por eso mismo suelen ser de mayor dureza que las normales".

4.- **Lex Tertia o Tercera Ley -Combinación de Leyes-:** Parte del supuesto de que existen como mínimo dos leyes, una vigente en el momento de comisión del delito y otra que ha surgido posteriormente. Cada una de ellas tiene un aspecto beneficioso para el autor, por lo que se plantea tomar lo más favorable de cada una de ellas creándose así una nueva ley penal. Esto, sin embargo, va en contra del principio de legalidad pues se estaría usurpando funciones reservadas al Congreso -creación de leyes-. Quienes admiten esta combinación de Leyes señalan que se amparan en el principio Constitucional de lo más favorable al reo; así los profesores Bustos Ramírez y Hormazabal Malaree[16]: "En derecho penal hay casos de combinaciones de leyes admitidas. Están las leyes penales en blanco que exigen su integración con otras disposiciones, siempre y cuando existan bases claras de determinabilidad legal. En el caso de la *lex tertia* más favorable también ocurre así.

---

15 Ibid. p. 189.

16 Bustos Ramírez, Juan y Hormazabal Malaree, Hernán.- op. cit., p. 109.

No hay lesión del principio de legalidad, sino simplemente interpretación integrativa a favor del reo perfectamente posible".

Como una anotación, debemos mencionar que la aplicación de las leyes procesales en materia penal rigen desde el momento de su publicación, dado que tienen un carácter público, no teniéndose en cuenta si es más favorable o no.

B) Momento de la comisión de un delito:

Es aquél en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que se produzca el resultado (art. 9° CP). Al igual que las teorías que se trataron referente al lugar de comisión del delito, respecto al momento de la comisión del delito tenemos:

a) Teoría de la acción.- El hecho se entiende cometido en el momento en que la voluntad se manifiesta, que es también aquél en que debió actuar la contramotivación de la norma sobre la voluntad del agente.

b) Teoría del resultado.- Esta referido al efecto, lo que interesa es el momento en el cual se produce la consecuencia material de la acción, pues sólo en él se consuma el delito, según la ley.

c) Teoría mixta o de la ubicuidad.- Se concilian las teorías anteriores y se considera cometido el delito indistintamente cometido en el momento de la acción o del resultado.

Nuestro Código Penal acoge la **teoría de la acción**, de suerte que si la voluntad delictiva se manifiesta típicamente en una fecha, y la consecuencia se realiza en otra, es la primera la que debe atenderse como *tempus delicti comissi* (momento de comisión del delito).

3. Aplicación personal.

El principio general es que la Ley Penal se aplica por igual a todas las personas[17] (art. 10° CP). Sin embargo, hay excepciones por razón del cargo o función que desempeñan ciertas personas (el presidente, los congresistas, los ministros, etc.). Tal como señala el maestro BRAMONT ARIAS[18]: "Las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas, habrán de estar taxativamente previstas en las leyes o tratados internacionales, esto quiere decir que hay funciones cuyo ejercicio atribuye a las personas que las ejercen un régimen de privilegio -no por la condición de persona, sino como atributo de la función- que las excluye de la jurisdicción penal del Estado, o las exime de pena, o las somete a reglas procesales particulares". Estos privilegios funcionales resultan de dispositivos de derecho público interno, o de orden internacional y aparecen en los tratados o convenciones o de reglas del derecho de gentes. Entre los privilegios tenemos:

3.1) Inviolabilidad: Evita la persecución de determinadas personas por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo o función. Los beneficiarios de este privilegio son los congresistas (art. 93° de la Constitución). Es decir, determinadas personas no pueden ser procesadas ni sancionadas por los delitos que cometieren, es una institución análoga a la amnistía, pues borra el carácter delictivo de los actos realizados por la persona inviolable, dentro del campo que la exención se entiende;

---

17 Los individuos tienen un diverso valor moral y social. Hay quienes no tienen ninguno. Por eso sería incoherente, inmoral y antijurídico tratar a todos de la misma manera. El principio de que ahora nos ocupamos sólo requiere que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que conceden a otros, en idénticas circunstancias, esto es, que todos los habitantes sean tratados del mismo modo, siempre que se encuentren en iguales circunstancias y condiciones. En pocas palabras: *igualdad de tratamiento en igualdad de condiciones.*

18 Bramont Arias, Luis y Bramont-Arias Torres, Luis Alberto.- "Código Penal Anotado", 4° edición, Editorial San Marcos, Lima, 2001, p. 156.

excluye la intervención de la jurisdicción, porque el acto que normalmente es delictivo no lo es cuando lo realiza el sujeto que goza de inviolabilidad. La naturaleza jurídica que se le atribuye a esta figura es variable, para algunos es una causa de atipicidad (Zaffaroni), para otros es una causa de justificación (Jiménez de Asúa) y, por último, algunos sostienen que es una excusa legal absolutoria (Mir Puig, Cobo del Rosal, Vives Antón). El maestro BRAMONT ARIAS[19] señala: "La exención se establece, no en función de la persona del Representante, sino atendiendo a las funciones que desempeña. No se trata de que un privilegio personal haga impune la función, sino que es el carácter de la función el que hace impune a la persona".

3.2) **Inmunidad:** En el fondo es una garantía procesal temporal. Toda detención o juzgamiento de determinadas personas no podrá realizarse durante el período de mandato de la misma, salvo previa autorización del órgano estatal a que pertenezca. Es un obstáculo al ejercicio de la jurisdicción, no es una causa de impunidad. Entre los beneficiarios de este privilegio tenemos al Presidente de la República[20], los congresistas, los miembros del Tribunal Constitucional y el defensor del Pueblo. La inmunidad no se refiere, como la inviolabilidad, a los actos ejecutados en ejercicio de sus funciones, sino a los actos delictuosos en los que se puede incurrir fuera del ejercicio de su función. El maestro BRAMONT ARIAS[21] señala: "El objetivo de la inmunidad estriba en la necesidad de mantener

---

19 Bramont Arias, Luis Alberto.- "La Ley Penal", Imprenta del Servicio de Prensa y Publicaciones Técnicas de la Policía, Lima, 1950, p. 251.

20 El Presidente de la República goza de inmunidad pero no de inviolabilidad, conforme el art. 117° de la Constitución, cuando es acusado, durante su período, por traición a la patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el art. 134° de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de elecciones y otros organismos del sistema electoral.

21 Bramont Arias, Luis Alberto.- op. cit., p. 253.

la independencia de los congresistas, en que deben evitarse posibles coacciones del gobierno, artimañas políticas y de partido. El Congreso es el Poder encargado de controlar al Ejecutivo, fiscalizar sus actos y tiene por fin esencial constituir un tribunal nacional y público donde se debe examinar y criticar todos los asuntos que le interesan al país. Si el Representante pudiera ser apresado o enjuiciado, carecería de libertad para opinar y no se atrevería a adoptar actitudes independientes".

3.3) **Privilegio de antejuicio:** Algunos constitucionalistas lo llaman acusación constitucional (art. 99° de la Constitución Política), es un privilegio que implica que ciertos sujetos sólo pueden ser procesados por el Poder Judicial si la Comisión Permanente del Congreso y posteriormente el pleno del Congreso lo autoriza, esto se da sólo en materia penal. Es una prerrogativa de carácter procesal. Gozan de este beneficio: el Presidente de la República, los congresistas, los Vocales Supremos, los Fiscales Supremos, los miembros del Tribunal Constitucional, los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, los Ministros, el Contralor General y el Defensor del Pueblo.
Este privilegio se extiende hasta cinco (5) años después que hayan cesado en el cargo. El art. 99° de la Constitución debe ser complementado con la Ley N° 26231.

CAPÍTULO VI

TEORIA DEL DELITO

La Teoría del Delito se ocupa del estudio de las características que debe reunir cualquier conducta para ser calificada como delito. Existen, pues, características comunes a todos los delitos como características que sólo se dan en algunos de ellos. Tal como dice el profesor Muñoz Conde[1]: "La teoría general del delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, sea éste en el caso concreto una estafa, un homicidio o una malversación de caudales públicos; (...) el estudio de las concretas figuras delictivas, de las particularidades específicas, del hurto, de la violación, de la estafa, etc., a la Parte Especial".

1. Significación de la Teoría del Delito.

Esquemáticamente el Derecho Penal se divide en Parte General y Parte Especial. Mientras la Parte Especial se ocupa del estudio de los delitos en concreto, la Parte General analiza las características comunes en todos los delitos. La Teoría General del Delito se centra en la Parte General, por tanto, ve las características comunes de los delitos para así poder interpretar cualquier delito de la parte especial.

---

[1] Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- "Derecho Penal – Parte General", 4° edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 221.

La Teoría General del Delito proporciona seguridad jurídica al sujeto, dado que, proporciona los lineamientos válidos de análisis de cada una de las figuras contenidas en la parte especial, en este sentido el profesor Luzón Peña[2]: "(...) un concepto general de delito bien estructurado y sistematizado favorece no sólo la seguridad jurídica -y consiguiente libertad ciudadana-, sino también una mayor justicia en la respuesta penal al delito".

Además, de acuerdo al profesor Bacigalupo[3]: "La ciencia del derecho penal es una ciencia práctica y la teoría del delito tiene también una *finalidad práctica*. Su objeto es, en este sentido, establecer un orden racional y, por lo tanto fundamentado, de los problemas y soluciones que se presentan en la aplicación de la ley penal en un caso dado. La teoría jurídica del delito es, en consecuencia, una propuesta, apoyada en un método científicamente aceptado, de cómo fundamentar las resoluciones de los tribunales en materia de aplicación de la ley penal".

Todas las personas realizan conductas por acción u omisión. Sin embargo, el Derecho Penal sólo sanciona aquellas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos de mayor valor, los que han sido establecidos en forma taxativa en el Código Penal, conforme al art. IV del Título Preliminar del Código Penal. En otras palabras, el centro de análisis de la Teoría General del Delito está en los comportamientos concretos del agente, los cuales se han realizado en un determinado tiempo y espacio, a esto se denomina derecho penal de *acto*, a diferencia de lo que sucedía en la antigüedad que consideraba como su centro al derecho penal de *autor*[4].

---

2 Luzón Peña, Diego-Manuel.- "Curso de Derecho Penal - Parte General I", Editorial UNIVERSITAS S.A., Madrid, 1996, p. 223.

3 Bacigalupo, Enrique.- "Manual de Derecho Penal", 4° reimpresión, Editorial TEMIS S.A., Santa Fe de Bogotá, 1998, p. 67.

4 En el derecho penal de *acto* se estudia el comportamiento realizado por el sujeto, mientras que en el derecho penal de *autor* el análisis se centra en el sujeto que cometió el acto.

2. Concepto y Estructura del Delito.

A lo largo de nuestro Código Penal no encontramos una definición exacta de lo que se debe considerar como delito, pero tenemos una aproximación en el art. 11°, donde se dice que: son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley. Es decir, las características de los delitos son:

a) Tiene que ser una acción u omisión.
b) Dicha acción u omisión tiene que ser dolosa o culposa.
c) Dicha conducta debe estar penada por la Ley.

Esta es la definición general que nos da el Código Penal, sin embargo la doctrina amplia esta definición dándonos los elementos del delito:

a) Conducta.
b) Tipicidad.
c) Antijuricidad.
d) Culpabilidad.
e) Pena (consecuencia de los presupuestos a+b+c+d).

Al analizar un delito, se sigue el orden descrito anteriormente, es decir, primero se analiza la conducta, segundo la tipicidad, tercero la antijuricidad y cuarto la culpabilidad. En ningún caso se puede obviar uno de ellos porque, cada uno es un pre-requisito del siguiente. Pero, esto es el aspecto externo del delito, conviene recordar las palabras de Ihering[5]: "El delito (y comprendemos bajo esta denominación general los delitos graves, menos graves y faltas), (...), es un acto contrario a la ley penal y amenazado con una pena pública. La definición es exacta, da el criterio exterior por el cual se reconoce el delito; pero no se

---

5 Von Ihering, Rudolf.- "El fin en el Derecho", Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1978, pp. 231-232.

refiere más que a la forma. Nos lleva hasta clasificar las acciones del hombre con arreglo a un derecho positivo determinado y reconocer si constituyen o no infracciones penales. Pero es muda acerca del punto capital: saber lo que es la infracción y por qué la ley castiga con una pena; en una palabra, nos enseña el *rasgo distintivo exterior* de la infracción y nos deja en la ignorancia de su esencia interna".

En este sentido los profesores Muñoz Conde y García Arán[6]: "Desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege* que rige el moderno derecho penal (...) y que impide considerar delito toda conducta que no caiga en los marcos de la ley penal. El concepto de delito como conducta castigada por la ley con una pena es, sin embargo, un concepto puramente formal que nada dice sobre los elementos que debe tener esa conducta para ser castigada por la ley con una pena". Conforme con lo señalado, el profesor Bacigalupo[7] nos dice: "La definición del delito de un derecho penal de hecho podría encararse, en principio desde dos puntos de vista. Si lo que interesa es saber lo que el derecho positivo considera delito (problema característico del juez), la definición podría lograrse recurriendo a la consecuencia jurídica del hecho concreto; en este sentido, será delito todo comportamiento cuya realización tiene prevista una pena en la ley. Por el contrario, si lo que interesa es saber si determinado hecho debe prohibirse bajo la amenaza de una pena (problema característico del legislador) esa definición no servirá, pues no podrá referirse a la pena, sino al contenido de la conducta. Dicho de otra manera: la definición del delito dependerá, en principio, de sí lo que quiere caracterizarse son los comportamientos *punibles* o los *merecedores de pena*. El primer concepto dio lugar a un llamado

---

6 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit., p. 222.

7 Bacigalupo, Enrique.- op. cit., p. 8.

concepto "formal" del delito, mientras el segundo fue designado como *concepto "material"* del mismo (...) Sin embargo, en la medida en que se impuso el método teleológico, la línea divisoria deja de tener la significación atribuida y las cuestiones del comportamiento *punible* y del *merecedor de pena* se relacionaron estrechamente en el campo de la dogmática jurídica (o sea en el momento de aplicación de la ley)".

Actualmente, la tendencia del Derecho Penal es no estudiar la conducta separada sino como un elemento más de la Tipicidad, por eso se dice que el delito es tripartito (en el esquema se ha separado la conducta de la tipicidad sólo para fines didácticos).

Conducta: Es el comportamiento del sujeto -tanto por acción como por omisión-.
Tipicidad: Es la adecuación del comportamiento real al tipo penal abstracto.
Antijuricidad: Es analizar sí el comportamiento típico esta en contra del ordenamiento jurídico en general -antijuricidad formal y material-.
Culpabilidad: Nuestro Código Penal habla hoy de responsabilidad, es el reproche que se le hace al sujeto por haber realizado ese comportamiento.

Todos están de acuerdo en que los elementos antes mencionados forman la estructura del delito, la discusión está en cuál es el contenido de cada uno de estos elementos. Esta es una discusión ya superada en otros países pero que sobrevive en el Perú. Existen diversas teorías del delito:

a) Teoría causalista.
b) Teoría finalista.
c) Teoría de los elementos negativos del tipo.
d) Teoría funcionalista.

3. Teorías del delito: Causalismo, Finalismo, Elementos Negativos del Tipo y Funcionalismo.

Estas teorías postulan diversas fórmulas de análisis sobre el delito, ya que cada una de ellas tiene su propia definición del delito.

3.1. El Causalismo.-

Era la corriente seguida por el Código Penal anterior (1924), del cual podemos deducir la siguiente definición del delito: Es toda acción acción u omisión típicamente antijurídica -descrita por la ley y no mediando una causa de justificación-, imputable -atribuible a un hombre y no mediando una causa de inimputabilidad-, culpable -a título de dolo o de culpa, y no mediando una causa de inculpabilidad- y punible -en abstracto, aunque en concreto no resulte penada-.

Acto: es un comportamiento humano dependiente de la voluntad, que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior, pudiendo consistir aquél en sólo un movimiento corporal -delitos de actividad- o en un movimiento corporal con el resultado causado por el mismo en dicho mundo exterior -delito de resultado-. Es decir, es la manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo exterior cuya modificación se aguarda. Este concepto de la acción se llama "causal" porque en él la voluntad humana sólo es abarcada en función causal, y no en su fuerza directora del curso del acontecer. Se señalan como elementos de la acción una manifestación de voluntad, un resultado y una relación de causalidad.

Tipicidad: es la adecuación de la acción al tipo. Se hace la división de los tipos en normales -escueta descripción objetiva- y anormales -elementos subjetivos y normativos-. El Código Penal de 1924 consignaba ambas figuras. El esfuerzo de adecuación del hecho al tipo legal supone el examen de los elementos del tipo, tal como lo describe la ley.

Antijuricidad: es la oposición a las leyes reconocidas por el Estado. Al realizarse una acción adecuada al tipo, se tendrá como antijurídica, en tanto no se pruebe la existencia de una causa de justificación -legítima defensa, estado de necesidad, practicar un acto permitido por la ley, proceder en cumplimiento de deberes de función o de profesión y obrar por disposición de la ley-.

Imputabilidad: Imputable es el sujeto capaz de recibir un reproche, para lo cual ha de gozar de la facultad de conocer y de querer, de "apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación".

Culpabilidad: Supone indagar si el sujeto ha obrado con dolo o culpa, indagación de carácter positivo que no excluye otra de carácter negativo para el efecto de saber si se dan o no causas de inculpabilidad, como son: coacción, estado de necesidad, cuando los bienes en conflicto son iguales, obediencia jerárquica, y no exigibilidad de otra conducta.

Condiciones objetivas de punibilidad: Son hechos externos desvinculados de la acción típica, pero necesarios para que pueda aplicarse la pena. La indagación de la condicionalidad objetiva puede llevar a comprobar, por vía negativa, la falta de realización de ciertas condiciones de punibilidad, o sea, la ausencia de condicionalidad objetiva. Esta indagación puede ser seguida de otra relativa a la ausencia de condiciones de procesabilidad o presupuestos de procesabilidad.

Penalidad: Se debe determinar la magnitud de la pena que debe ser aplicada, de conformidad con el precepto legal pertinente.

3.2. El Finalismo:

Nuestro Código Penal vigente se inclina por esta corriente. De ésta se desprende que el delito es: una acción típica, antijurídica y culpable.

Acción: Se toma en cuenta el comportamiento humano que tiene una finalidad, dejándose de lado las acciones que se den como consecuencia de: el estado de inconsciencia, el movimiento reflejo y la fuerza física irresistible (art. 20° núm.6).

Tipicidad: Aquí es donde se presenta una de las diferencias esenciales con la corriente causalista, dado que aparece el concepto de acción típica -por acción o por omisión-, que es aquella que tiende a un fin, no se queda en un mero cambio en el mundo exterior. Como señala Jescheck[8]: "En el nuevo sistema del delito la finalidad de la acción típica fue equiparada con el dolo. De la estructura final de la acción se infería que el dolo, en forma conjunta con los otros elementos subjetivos del injusto, debe pertenecer al tipo, puesto que la función de éste consiste en señalar todos sus elementos del injusto esenciales para la punibilidad."

Por tal razón, no se consideran acciones relevantes para el derecho penal las que se producen por fuerza física irresistible, movimiento reflejo o en estado de inconsciencia. La acción típica al tener una finalidad plantea una voluntad, es decir una intención -dolo o culpa- de producir un resultado. La tipicidad, por tanto, incluye un aspecto objetivo -sujetos, bien jurídico, relación de causalidad, imputación objetiva, elementos descriptivos y normativos- y un aspecto subjetivo -dolo, culpa-.

Antijuricidad: Se debe presentar la antijuricidad formal -ver si la acción va en contra del ordenamiento jurídico- y material -la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido-. No se debe presentar ninguna causa de justificación -legítima defensa, estado de necesidad justificante, obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, obediencia jerárquica-.

---

[8] Jescheck, Hans-Heinrich.- "Tratado de Derecho Penal - Parte General", 4° edición, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada, 1993, p. 191.

Culpabilidad: Es el juicio de reproche que se puede hacer al sujeto activo. Aquí se analizan tres criterios: la imputabilidad -persona capaz y consciente de sus actos al momento de realizar la acción típica, mayor de 18 años-; el conocimiento del injusto -se ve si se presenta un error de prohibición, el cual puede haberse presentado dentro de una causa de justificación o dentro de una causa de exculpación-; y la exigibilidad de otra conducta.

3.3. Elementos negativos del tipo.-

Según esta teoría el tipo no sólo abarca la tipicidad -objetiva y subjetiva- sino, también, la antijuricidad -las causas de justificación-. Se maneja entonces un concepto diferente al de tipo usado en las corrientes causalista y finalista. Los presupuestos de las causas de justificación son entendidos, como elementos negativos del tipo. Se incluyen dentro del tipo porque sólo su ausencia posibilita el juicio definitivo sobre la antijuricidad del hecho. Tal como dice Jescheck[9]: "La teoría de los elementos negativos del tipo se apoya en la idea previa de que el tipo no sólo encierra la valoración abstracta de una acción que menoscaba bienes jurídicos, como oposición a la norma, sino que incluye ya el concreto *juicio de desvalor* sobre el propio hecho. Se presupone entonces que el legislador ya contempló también las excepciones al establecer la orden normativa, de modo que la prohibición queda limitada desde el primer momento a las causas de exclusión del injusto".

Al unir todo dentro de un tipo total -que reúne a las normas de mandato prohibitivas con las normas permisivas-, se equipara en valor a los elementos del tipo y a las causas de justificación, dando esto lugar a que la tipicidad y la antijuricidad se superpongan, lo cual origina que surja un sólo elemento del delito. Surge así, la siguiente definición

---

[9] Ibid. p. 225.

del delito: *conducta típicamente antijurídica*, culpable. Es decir, no es la antijuricidad la que se compone de un aspecto positivo –tipicidad- y otro negativo –no justificación-, sino que los mismos se manifiestan ya en el propio seno de la tipicidad.

Lo que se está diciendo es que, cuando se formula el juicio de tipicidad -elemento positivo del tipo-, al mismo tiempo también se está formulando el juicio de antijuricidad -elemento negativo del tipo-. El elemento negativo del tipo delimita el tipo positivo. En consecuencia, para la teoría de los elementos negativos del tipo, todo lo típico es antijurídico. Como plantea Octavio de Toledo y Ubieto y Huerta Tocildo[10]: "Si la conducta de que se trate presenta los elementos positivos -objetivos y subjetivos- exigidos por el correspondiente tipo y no concurre alguna de las causas de justificación -elementos negativos del propio tipo-, debe considerarse típica y, por ello, ya antijurídica. Si, por el contrario, cumple los requisitos positivos, pero está amparada por una causa de justificación, no se da el necesario elemento negativo del tipo (ausencia de cualquier causa de justificación) y, consiguientemente, habrá que afirmar su atipicidad".

Los elementos negativos del tipo parten de la relación entre la tipicidad y la antijuricidad, manifestando que la afirmación de una determinada conducta como típica no sólo depende de la efectiva concurrencia de los elementos positivos (objetivos y subjetivos) directamente requeridos por el tipo de que se trate, sino también de ciertos elementos negativos, las causas de justificación, formulados en otras normas que *complementan* a la que contiene el tipo positivo: esto es, la tipicidad depende de que no existan causas de justificación.

---

[10] Octavio de Toledo y Ubieto, Emilio - Huerta Tocildo, Susana.- "Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito", 2ºedición, Editorial Rafael Castellanos, Madrid, 1986, p. 174.

Siguiendo esta idea, surgen una diferencia fundamental con la tesis finalista respecto de las conductas justificadas. Según la teoría finalista, las conductas justificadas son típicas pero no antijurídicas; en cambio, para los elementos negativos del tipo, sería una conducta atípica. Por ejemplo, el que mata a otro en legítima defensa, para los finalistas será una conducta típica pero no antijurídica, dado que, existe una causa de justificación; por el contrario, para la teoría de los elementos negativos del tipo, será una conducta atípica. En otras palabras, lo que es típico para la teoría de los elementos negativos del tipo, también es antijurídico (el tipo es *ratio essendi* de la contrariedad a Derecho de una conducta).

Teniendo lo anterior como punto de partida, el dolo para la teoría de los elementos negativos abarca todo el tipo global, es decir el tipo positivo -elementos objetivos- y el tipo negativo -las causas de justificación-. Entonces, el sujeto para obrar dolosamente debe saber que su comportamiento no está amparado en una causa de justificación, es decir, saber que su conducta es antijurídica –*dolus malus*-. Esto, se relaciona íntimamente con la cuestión del error, dado que cualquier error que se presente ya sea en el tipo positivo -tipicidad para los finalistas- o en el tipo negativo -causas de justificación -antijuricidad para los finalistas- se considerará como error de tipo. El error sobre los presupuestos de una causa de justificación es denominado por esta teoría como el error de tipo negativo.

Un ejemplo claro de crítica de esta teoría lo da Welzel, al señalar que sería lo mismo matar una mosca –que supone la ausencia de un elemento objetivo del tipo de homicidio, que exige que el objeto de la acción sea una persona- y la de matar a un hombre en legítima defensa – en la que se dan todos los elementos objetivos del tipo de homicidio menos el pretendidamente negativo de no concurrir una causa de justificación-. En ambos casos, la conducta se estimará como atípica; es decir, es igual matar una mosca que a una persona en legítima defensa.

3.4. El Funcionalismo:

Esta teoría se desarrolla mayormente en Alemania, surge por influencia de las corrientes sociológicas conocidas con el mismo nombre, las cuales contemplan a la sociedad como un complejo organismo armónico integrado por miembros que desarrollan una "función" específica, lo cual permite la coherencia del sistema y contribuye a su desarrollo dinámico, manteniendo así su estructura básica.

Esta teoría presenta un regreso a las concepciones teleológicas valorativas de los años treinta y a los grandes filósofos alemanes: Kant y Hegel. Se da una continuidad del pensamiento sistemático y una aproximación a la realidad.

La supervaloración del pensamiento sistemático produjo que surgieran en Alemania dos tendencias:

1. ***El pensamiento problemático***, en el que la solución deriva de la respectiva estructura de los factores que sirven de base al problema y no de los axiomas previamente dados por un sistema determinado por el procedimiento de la deducción lógica. Niega la importancia del sistema; el punto de partida del derecho penal lo constituye *el problema.*

2. ***El pensamiento sistémico***, quiere penetrar en el problema pero sin renunciar al sistema. *El pensamiento problemático tiene que desembocar en un sistema. El pensamiento sistemático tiene que estar orientado, si se quiere encontrar la solución justa de un caso, en el problema.* (Roxin). Se da paso a la concreción de la ley, es decir, el encargado de aplicar la ley ya no realiza una función mecánica, por el contrario se debe dar un proceso en el cual el aplicador adecua todas las circunstancias al caso concreto que se le presenta, es decir se confronta el texto legal con las necesidades reales.

El funcionalismo actualmente presenta dos vertientes: la primera, seguida por Roxin –conocido como funcionalismo moderado- y, la segunda, dirigida por Jakobs –funcionalismo radical-. Roxin plantea la necesidad de superar el dualismo entre dogmática y política criminal, de tal manera que aquella se enriquezca con las aportaciones de la otra; en sus palabras: "El camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del derecho penal" y, añade: "las concretas categorías del delito –tipicidad, antijuricidad y culpabilidad- deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal". Por tanto, la política criminal se convierte en el límite interno de la dogmática. El sistema que propone Roxin es abierto, ya que es permeable a las valoraciones político-criminales que surjan.

Para **Roxin**[11]: *los problemas político criminales forman parte del contenido propio de una teoría general del delito. La vinculación jurídica y la finalidad político criminal deben reducirse a una unidad en el Sistema del derecho penal.*

De acuerdo al planteamiento de Roxin, *La función político criminal del tipo* consiste en la plasmación del principio de legalidad. Para él existen 2 métodos de tipificar conductas:

1. La descripción más precisa posible de la acción (delitos de acción).

2. Los delitos consistentes en la infracción de un deber, el fundamento de la sanción radica en que algunos infringen las exigencias de comportamiento que se derivan del papel social que desempeñan.

   Consecuencias de esta categoría:

---

[11] Vid Roxin "Política Criminal y Sistema del Derecho Penal", Traducción e Introducción de Francisco Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona, 1972.

a. *Equiparación entre acción y omisión*, pues lo que interesa es la infracción de un deber, no si se realizó por acción u omisión.
b. *En el ámbito de la autoría;* mientras en los delitos de acción sólo puede ser autor quien tenga el dominio del hecho, en los delitos consistentes en la infracción de un deber sólo puede ser autor quien lesiona el deber extrapenal, sin que interese en lo más mínimo el dominio del hecho.
c. Sobre *La función político criminal de la antijuricidad* considera que es la solución social de conflictos. Para ello el legislador se sirve de diversos principios como: la legítima defensa, la autoprotección, prevalencia del derecho y proporcionalidad.
d. Sobre *La función político criminal de la culpabilidad*, Roxin manifiesta que está orientada por la teoría de los fines de la pena. No interesa saber si el autor pudo actuar de una manera diferente, sino si desde el punto de vista de los fines de la pena debe imponerse una pena al autor de un acto injusto. De ahí que no se castigue a los inimputables.

Como vemos, la idea de Roxin es hacer una síntesis el pensamiento sistemático y problemático: *"Hay que transformar los acontecimientos criminológicos en exigencias político criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de lege lata o ferenda"*. Esto significa un acercamiento del sistema sistemático a la realidad, destacando las relaciones internas entre: norma, contenido y valor.

Jakobs[12] pone el acento en la defensa de las normas, por tanto, tiene una visión diferente acerca del significado de la pena, es así que señala que la pena no repara los bienes, sino que confirma la identidad de la normativa de la sociedad; por eso el derecho penal sólo reacciona

[12] Vid. Jakobs: "Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal Funcional", Editorial Citivas, Madrid, 1996.

frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma (este quebrantamiento no es natural sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas). Frente a esto surgen diversas objeciones:

1. Falta un punto de vista crítico hacia el sistema social.
2. Falta lo ontológico o la estructura lógico-material, es decir, se debe tratar de comprender a la sociedad y no al medio que la circunda.
3. Falta de atención hacia el sujeto.

De lo dicho, el Funcionalismo jurídico-penal de Jakobs concibe al derecho penal como orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad. Por tal motivo no se toma en cuenta la conciencia individual. Esto se fundamenta en: El derecho penal es parte de la sociedad, siendo su función el mantenimiento del sistema. Esto se podrá lograr en la medida que se entienda que, *sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del delito entendido como afirmación que contradice la norma y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse una relación ineludible entre ambas, y en este sentido, una relación racional;* es decir, la prestación que realiza el derecho penal consiste en contradecir a su vez las contradicciones de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El derecho penal confirma la identidad social. En palabras de Jakobs, "*El delito se debe entender como una comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya. La pena no es sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo*".

En otras palabras, la pena significa una autocomprobación, fuera de cualquier consecuencia psicológica, social o individual que pudiera originar. El Derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo

seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma (esto representa la identidad de la sociedad no modificada).

Desde el punto de vista empírico, sólo se puede captar el delito, el proceso y su relación, pero no se puede observar el fenómeno de la *conservación de la identidad* (dado que no es consecuencia del proceso sino su significado). Esto demuestra una autosuficiencia del sistema jurídico.

Para el desarrollo de las reglas jurídicas, es decir para el trabajo dogmático, la prestación externa del sistema jurídico debe ser tomada como presupuesto desde la perspectiva interna del sistema jurídico, para evitar conclusiones meramente causales (Ejm: instituciones como: la imputación objetiva, el concepto normativo de culpabilidad, etc.). No quiere decir que la perspectiva interna siempre se haya tenido presente, sino que es posible que lo funcional se haya presentado como "justo".

La solución de un problema social a través del derecho penal se da por medio de un sistema jurídico en cuanto sistema social parcial y esto significa que se da dentro de la sociedad *(El derecho penal constituye una tarjeta de presentación de la sociedad altamente expresiva)*.

Existe una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho penal. Cabe pedir al derecho penal que realice esfuerzos para asumir nuevos problemas sociales, hasta que el sistema jurídico alcance una complejidad adecuada con referencia al sistema social; del mismo modo, que el derecho penal puede recordar a la sociedad que se deben tener en cuenta ciertas máximas que se consideran indisponibles.

La confirmación de la identidad normativa que realiza el derecho penal resuelve los problemas sociales, dado que la constitución de la sociedad se da a través de normas. La sociedad es la construcción de un contexto de comunicación que en todo caso podría estar

configurado de otro modo a como lo está. La identidad de la sociedad se determina por medio de reglas de configuración (normas), y no por determinados estados o bienes. La sociedad debe ser capaz de mantenerse frente a otros modelos divergentes, si se quiere evitar que toda divergencia se tome como comienzo de una nueva evolución.

Una parte de las normas vienen dadas por el mundo racional, no necesitan de una estabilización especial; estas normas se encuentran aseguradas de modo suficiente por la *vía cognitiva*. Son de carácter obligatorio para todos los que tienen acceso a ellas; los que no son socialmente *incompetentes*. Otras normas no tienen este carácter pero también son constitutivas de la sociedad, carecen por completo de fuerza genuina para autoestabilizarse. Son las normas que, conforme la concepción de la sociedad, no pueden representarse como previamente dadas, no son leyes naturales y, en el momento actual tampoco son leyes reveladas, sino sólo normas hechas (por buenas razones). Sobre estas normas cabe disponer subjetivamente, al menos en el caso concreto.

La sanción contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma: éste afirma la no vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante.

La perspectiva funcional no esta atada a un modelo social determinado. El funcionalismo está hecho para funcionar en cualquier modelo de Estado. Si sólo se sabe que una sociedad esta organizada de modo funcional, no se sabe nada sobre ella (configuración concreta), es decir no se sabe sobre las comunicaciones que se pueden incorporar; lo único que se sabe es que esa sociedad utiliza un instrumentario para resolver conflictos que se producen de forma cotidiana, de tal forma que los contrapesos desplazados vuelvan a estar en equilibrio. Desde la perspectiva funcional sólo interesa la fuerza de autoconservación con la que se cuenta.

En resumen: *Dentro del marco de una perspectiva funcional-social, el derecho penal sólo garantiza una cosa: que se va a contradecir toda expresión de sentido (probada en un procedimiento propio de un Estado de Derecho) que manifieste que la norma carece de validez. Como consecuencia de esta afirmación, una expresión de sentido de contenido defectuoso es una expresión que conlleva responsabilidad.*

4. Clasificación de los Hechos Punibles.

Dado que para el desarrollo del presente trabajo nos adherimos a la corriente finalista, conviene tener presente la clasificación de los delitos según este punto de vista:

1.- Por acción o comisión
   a) Dolosos
   b) Culposos

2.- Por omisión
   a) Dolosos
   b) Culposos

Debemos recordar el art. 11° del Código Penal, en el cual se establece expresamente: "Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas y culposas penadas por la ley".

4.1. Clasificación de los hechos punibles para el Código Penal

Los hechos punibles se clasifican en:

a) Delitos (Libro II)
b) Faltas (Libro III)

Para establecer si nos encontramos ante un delito o falta debemos examinar la gravedad del hecho cometido. Esta gravedad se analiza desde el punto de vista de la acción del sujeto y daño producido por éste. Siguiendo un criterio cualitativo los delitos y las faltas son iguales, la diferencia está en la gravedad (los delitos son más graves que las faltas). Resulta determinante para analizar la gravedad del hecho ver el grado de afectación al bien jurídico. En este sentido el profesor Villavicencio[13]: "Las infracciones penales se clasifican formalmente en **delitos** y **faltas**. Esta es la **clasificación bipartita**. En el derecho comparado existe una clasificación tripartita que identifica crimen, delito y contravención. En el Perú no existe la diferencia entre crimen y delito. La diferencia entre **delito** y **falta** son esencialmente cuantitativas o legales. El propósito de señalar diferencias cualitativas no ha tenido éxito".

[13] Villavicencio Terreros, Felipe.- "Lecciones de Derecho Penal - Parte General", Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1990, p. 100.

CAPÍTULO VII

EL COMPORTAMIENTO HUMANO

No todos los comportamientos humanos son materia de análisis en el derecho penal, éste sólo sanciona aquellos comportamientos que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos protegidos penalmente; es decir, de toda la gama de comportamientos que se dan en la realidad, la norma selecciona una parte que valora negativamente y conmina con una pena. Para que un comportamiento determine la responsabilidad penal del agente, debe ser evaluado por los elementos o categorías del delito: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad. Pero, no todos los sucesos que producen una lesión sobre el bien jurídico son considerados delito, por ejemplo: los actos de los animales[1], o sucesos puramente causales o netamente naturales que produzcan daños sobre el patrimonio o acaben con la vida de una persona.

El comportamiento humano es una manifestación del individuo, por lo que no necesariamente tiene que presentarse de una forma positiva -exteriorizarse- sino que puede darse en forma negativa -dejar de hacer algo-. Siguiendo esta misma línea de pensamiento encontramos a los profesores Cobo Del Rosal y Vives Antón[2]: "(...)

---

1 Salvo que el acto realizado por el animal sea dirigido por el hombre, es decir, el animal es un mero instrumento en cuyo caso el que actúa es el hombre y no el animal.

2 Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S.- "Derecho Penal - Parte General", 3° edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, p. 285.

la conducta humana, en términos generales, es una manifestación externa de la voluntad a través de un hecho positivo o negativo".

El comportamiento humano que se presenta en la realidad debe tener una suerte de identidad con la conducta descrita en el tipo penal, para de esta manera, poder pensar en una posible sanción, tal como señala el profesor Muñoz Conde[3]: "(...) no hay una acción abstracta, prejurídica, de robar o de violar, sino que sólo puede calificarse como tal aquella acción que concuerda con la descrita en los respectivos artículos del Código Penal. La realidad ontológica del comportamiento humano sólo adquiere relevancia jurídico-penal en la medida en que coincida con el correspondiente tipo delictivo". Al realizarse la subsunción de la acción dentro del tipo penal adecuado, la denominación que le corresponde es: "acción típica". De lo manifestado podemos concluir que el comportamiento humano es un requisito indispensable para la configuración de la conducta delictiva.

Otras legislaciones, admiten que los delitos pueden ser realizados por personas jurídicas debido al continuo avance del derecho, especialmente en lo referido a materias económicas. Nuestro ordenamiento jurídico-penal actual considera esto inaceptable en base al principio *Societas delinquere non potest*, el cual niega la responsabilidad de las sociedades, lo máximo que se puede hacer es tomar medidas de carácter administrativo. De acuerdo al principio de motivación de las normas, es imposible crear la conciencia de un acto a una persona jurídica, igualmente no se le puede reprochar sus acciones; a los que si se los puede responsabilizar son a los hombres que están tras el velo de la persona jurídica (art. 27° del Código Penal).

---

[3] Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- "Derecho Penal - Parte General", 4° edición, Valencia, 2000, p. 241.

1. El Comportamiento humano como base de la Reacción Penal.

Todas las normas penales tienen como base una conducta humana, sin embargo el derecho penal sólo toma en cuenta aquellas conductas que la sociedad considera como de mayor gravedad, es decir, aquellas que vulneran bienes jurídicos importantes -hay una selección de conductas, fruto del principio de fragmentariedad del derecho penal-, tal como afirma Quintero Olivarez[4]: "(...) la afirmación de que la acción por sí sola puede ser objeto de calificación jurídico-penal no es sustentable. Habrá que tener en cuenta un aspecto externo y la subsumibilidad[5] de éste en un tipo penal, es decir, que se corresponda en parte o en un todo con un tipo de delito; pero, entonces, *la relevancia de la acción será conferida por voluntad del Derecho positivo*, el cual decidirá libremente contemplar la dimensión final de la acción, o sea, que el agente se proponía alcanzar una meta, o bien su significado causal, esto es, su capacidad de producir resultados".

---

4 Quintero Olivarez, Gonzalo con la colaboración Fermín Morales Prats y Miguel Prats Canut.- "Curso de Derecho Penal - Parte General", Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1996, p. 270.

5 Vid. Bacigalupo: "La subsunción es una operación mental consistente en vincular un *hecho* con un *pensamiento* y comprobar si los elementos del pensamiento se reproducen en el hecho. Particularmente subsumir un hecho bajo las categorías del delito (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, etc.) consiste en comprobar que dicho hecho posee todas las características esenciales del delito.
Tradicionalmente se ha comparado el método jurídico de la subsunción con un silogismo en el cual la premisa mayor está constituida por la norma, la premisa menor por el hecho y la conclusión por la decisión. Ejemplo de ello sería el siguiente esquema:
Todo estafador es punible (premisa mayor)
"X" ha estafado a "Y" (premisa menor)
Luego "X" es punible como estafador (conclusión)".
En "La Técnica de Resolución de Casos Penales", 2° edición, Colex. Madrid, 1995, p. 37.

El Derecho Penal puede ser de acto o de autor. Nuestro ordenamiento jurídico plantea el Derecho Penal de Acto[6], pues se sancionan las conductas. Actualmente, no existe Derecho Penal de Autor[7], ya que, al Derecho Penal no le interesan las características personales o físicas del agente.

La conducta humana tiene dos formas de manifestarse, las cuales son recogidas en forma expresa en el art. 11°, el que señala: "Son delitos y f*altas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley", de aquí entonces que estas form*as son:

a) Por acción.
b) Por omisión.

2. Formas del Comportamiento Humano.

Como ya hemos mencionado en el punto anterior, la conducta humana puede expresarse de dos formas o modalidades: acción u omisión, pero el entendimiento de éstas depende de la corriente de pensamiento - causalismo, finalismo, elementos negativos del tipo- que se siga.

Para el desarrollo del presente trabajo, ya que el Código Penal

---

6 Del derecho penal de acto se deduce que no puede constituir nunca un delito el pensamiento, las ideas, ni la resolución de delinquir, en tanto no se plasmen en actos externos.

7 Vid. Muñoz Conde y García Arán: "El derecho penal de autor se basa en determinadas cualidades de la persona en la que ésta, la mayoría de las veces, no es responsable en absoluto y que, en todo caso, no pueden precisarse o formularse con toda nitidez en los tipos penales. Así, por ej., es muy fácil describir en un tipo penal los actos constitutivos de un homicidio o de un hurto, pero es imposible determinar con la misma precisión las cualidades de un "homicida" o de un "ladrón". Op. cit., p. 240.

presenta una tendencia finalista, nos guiaremos por esta corriente. Es sobre la base de esto que daremos la siguiente aproximación a los conceptos de acción y omisión[8]: La acción, desde el punto de vista penal, es aquella que se manifiesta por un actuar que produce un cambio o alteración en la realidad, el que está destinado a la afectación de un bien jurídico penalmente protegido, por ejemplo el art. 106° referido al delito de homicidio. Por el contrario, la omisión es dejar de hacer algo que se debía hacer, el derecho penal debe determinar los requisitos en que la omisión puede configurar delito -debe existir una norma imperativa que obligue a actuar, no debe haber impedimento físico ni psicológico y, por último se debe constatar el no actuar[9]- y de esta forma afectar al bien jurídico, por ejemplo: art. 125° referido a la omisión de socorro.

Debemos mencionar que, cuando usemos el término "acción" este abarcará el concepto de omisión.

---

8 Vid. Roxin : "Hacer y dejar (no hacer) se pueden distinguir muy fácilmente en el terreno empírico. Karl Engisch, (...), ha definido "de acuerdo con la concepción natural (...) el hacer como gasto de energía en una dirección determinada", y en cambio el dejar (no hacer) "como no gasto de energía en una dirección determinada". Así pues, quien interviene activamente en un suceso, "hace" algo; y quien deja las cosas a su curso, "deja" (no hace) algo. Distinta y más difícil es la cuestión, que no siempre se ha separado de lo anterior con suficiente claridad, de si en la esfera del comportamiento punible hay que concebir siempre el hacer como delito de comisión y, al contrario, hay que subsumir el dejar en el tipo de un delito de omisión. Como quiera que hacer y dejar son fenómenos prejurídicos, pero en cambio su ordenación en delitos de comisión o de omisión supone un problema normativo (...)". En el artículo "El límite entre comisión y omisión" publicado en el libro: "Problemas básicos del derecho penal", coordinador Diego-Manuel Luzón Peña, REUS S.A, Madrid, 1976, p. 226.

9 Silvela define la acción como la realización, más o menos compleja, del propio pensamiento, y a la omisión como la inactividad de la voluntad que deja traducir la idea de la Ley en hechos reales. En: "Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España", 2 tomos, Editorial Fe, Madrid, 1903.

3. Concepto Penal de Acción.

A lo largo de la historia de la teoría del delito se ha discutido mucho sobre la autonomía sistemática de la "acción"; se discute si tiene sentido para el derecho penal el análisis de la acción fuera de la tipicidad. Para poder establecer esta autonomía se hace necesario poder dar el significado y contenido de la "acción", en forma independiente de la tipicidad. De acuerdo al profesor Silva Sánchez[10], tres son las funciones que debe cumplir:

- Función fundamental, calificatoria, en virtud de la cual la acción se constituye en factor común de todos los tipos de delitos, capaz de englobarlos.
- Función Sistemática, de enlace, de acuerdo al cual la acción, sin adelantar los posteriores juicios de valor, posea un contenido material de tal manera que dichos juicios se añadan a modo de concreciones.
- Función negativa, o de delimitación, ciertos procesos son desechados porque nunca llegarán a ser relevantes penalmente. Se refiere a excluir de la consideración penal aquellos procesos que son meramente explicables en términos causalistas naturalísticos. Como la otra cara de esta función esta la positiva: la de expresar "procesos humanos" (acciones humanas), interpretables por el derecho.

Con independencia de que se considere autónoma o no a la "acción", tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que son tres las causas que determinan que no exista acción, para unos, ò no sea típico por falta de voluntad, para otros. Nos referimos a las causas de exclusión de acción: fuerza física irresistible, movimiento reflejo y

---

[10] Silva Sánchez, Jesús-Maria.- "Consideraciones sobre la Teoría del Delito", Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 31.

estado de inconciencia. Pero, como señala el profesor Silva Sánchez[11], existe un punto intermedio entre el "movimiento reflejo" y "el modelo ideal de conducta humana", nos estamos refiriendo a los "actos de corto circuito", actos impulsivos, reacciones explosivas, movimientos automatizados, actos instintivos, reacciones primitivas, espontáneas, etc.

La jurisprudencia identifica los actos instintivos o en corto circuito con los actos reflejos, por tanto, no configuran acción. Pero, los actos de cortocircuito son diferentes a los movimientos reflejos. El reflejo aparece caracterizado por su *reproductibilidad y provocabilidad*, es independiente de la *afectividad*. Es decir, siempre que se produzca un estímulo tendrá lugar una respuesta corporal, con independencia de las circunstancias concomitantes; además en el reflejo no existe expresión individual alguna. En cambio, en el caso de las reacciones impulsivas o de corto circuito surge una expresión perteneciente a una determinada personalidad, es decir se puede reaccionar de diferentes maneras[12]. En resumen, en los actos reflejos nos encontramos frente a procesos fisiológicos –causales-; mientras que, en los actos de corto circuito[13] se produce una mediación de la personalidad –se puede reaccionar de otra manera-. Un ejemplo, de esta figura nos la da el profesor Muñoz Conde[14] cuando dice: "(...) el atracador que, nervioso, aprieta instintivamente el gatillo al observar un gesto equívoco de huida o defensa en el cajero del banco".

---

11 Ibid. pp. 31 - 58.

12 Presupuesto ontológico de la atribución del carácter de acción a los actos impulsivos o de corto circuito es la existencia de una posibilidad actual de inhibición por vía interna motivadora del impulso (por remota que ésta sea).

13 Vid. Maurach : "las llamadas acciones en corto circuito: el elemento volitivo, si bien existe, se interpone sin embargo con una tal velocidad que falta al agente la posibilidad de movilizar representaciones contrarias inhibidoras". En "Tratado de Derecho Penal", traducción de Juan Córdova Roda R., T. I, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p. 215.

14 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit., p. 250.

Sobre la base de estas consideraciones, se podría llegar a afirmar que en los actos de corto circuito existe "acción" y por tanto se puede continuar el camino de la teoría del delito; sería muy probable que éste se resolviera en el ámbito de la culpabilidad, como una causa de grave alteración de la conciencia (art. 20° núm. 1 del CP). En este sentido el profeso Mir Puig[15] señala: "*No son movimientos reflejos* las "**reacciones primitivas**", en las que el estímulo externo no recorre totalmente la interpolación de una personalidad desarrollada (Kretschmer). Dentro de ellas se distinguen los "**actos en corto circuito**" y las "**reacciones explosivas**". Mientras que éstas últimas se materializan en una descarga motriz elemental, las primeras son más complejas. (...) Todos estos casos, que integran la llamada "**zona intermedia**", han de considerarse formas de conducta en las que de algún modo interviene la voluntad. No excluyen el comportamiento humano, sino la imputabilidad (y, por tanto, la imputación personal). En el Derecho español podría incluirse, por tanto, en el **trastorno mental transitorio**, que excluye la imputabilidad".

La acción es la base común de toda conducta punible, activa o pasiva, dolosa o culposa. De acuerdo a la teoría finalista, conforme nos dice Welzel[16]: "Acción humana es ejercicio de actividad "final", no solamente "causal". La "finalidad" o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines. En virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal exterior a un fin y así lo sobredetermine

---

15 Mir Puig, Santiago.- "Derecho Penal - Parte General", 5° edición, TECFOTO S.L., Barcelona, 1998, p. 191.

16 Welzel, Hans.- "La Teoría de la Acción Finalista", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951, p. 18.

finalmente. Actividad final es un actuar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso. Por eso, la finalidad es, dicho en forma gráfica, vidente; la causalidad, ciega". En otras palabras, la voluntad es intrínseca a la acción; por ejemplo: una persona responderá penalmente cuando actúe con voluntad final de matar a una persona, si no existe el fin no puede calificarse como delito de homicidio, así cuando un sujeto inmerso en un error de tipo invencible mata a una persona, éste no tuvo la finalidad de matarla pero, actuó con voluntad.

El carácter final de la acción puede dividirse en dos fases:

a) Fase interna: Ocurre dentro de la mente del sujeto, en su pensamiento. Comprende tres etapas:

   a.1. Ideación, comienza a pensar qué delito va a realizar, es decir el sujeto se anticipa mentalmente al fin que quiere lograr.

   a.2. Deliberación, razona sobre si va a cometer el delito o no y cómo lo cometería. Observa y determina los medios que utilizará, sobre la base de sus conocimientos causales, es decir recurre a su experiencia sabiendo por ejemplo que con veneno, vidrio molido, un cuchillo, un arma de fuego puede matar a una persona. Estos *medios causales* son idóneos para lograr el *fin* que pretende.

   a.3. Decisión, decide que va a cometer el delito y la forma en que lo va a realizar sobre la base de los momentos anteriormente descritos.

   Esta fase no es relevante para el Derecho Penal, pues no se puede castigar a una persona por sus pensamientos, actitudes, intenciones y todas las emociones que permanecen en el interior de la persona.

b) Fase externa: Luego de haber pasado la fase interna, el sujeto la exterioriza surgiendo así esta fase. Se comienzan a realizar los actos tendentes a consumar lo que se ha decidido[17]. Es a partir de esta fase que el Derecho Penal puede intervenir. Sólo determinadas exteriorizaciones se castigan -delitos-.

Actualmente, la acción cumple una función meramente negativa porque permite excluir del análisis aquellas conductas que no son relevantes para el Derecho Penal -fuerza física irresistible, estado de inconsciencia y movimiento reflejo-. Si bien, el Código Penal señala en el art. 20° núm. 6 a la fuerza física irresistible como eximente de responsabilidad, ésta debió ser directamente calificada como una causa de falta de acción. Incluso, no es necesario mencionarla, dado que conforme la interpretación del art. 11° al no existir dolo ni culpa, no hay acción para el derecho penal, es sobre esta base que nos parece adecuado no mencionar los casos de estado de inconsciencia y movimientos reflejos.

El comportamiento humano puede producir dos clases de delito: los de mera actividad y los de resultado. En los delitos de mera actividad se castiga el comportamiento del sujeto sin que éste llegue a un resultado, no se exige la lesión del bien jurídico para castigar penalmente, por ejemplo: art. 274° -conducir en estado de ebriedad o drogadicción-. En los delitos de resultado, se exige además del

---

17 Vid. Agudelo Betancur: "(...) Denominamos a esta segunda etapa, fase externa de realización, pues ocurre en el mundo real; el sujeto realiza ya su capacidad de dirigir el proceso causal, en orden a la configuración de la realidad. La potencialidad de configuración se hace real sobre el mundo: el apretar el gatillo, prenderse el fulminante, la combustión de la pólvora, la producción de los gases, la explosión del proyectil y el avance en el espacio con sus movimientos de rotación y traslación, el impacto en la víctima, la caída y la muerte de ésta, todos son fenómenos causales, desatados por el sujeto, configuraciones de la realidad debidas a su mano". En: "Curso de Derecho Penal - Esquema del Delito", 2° edición, Editorial Linotipía Bolívar, Santa Fe de Bogotá, 1993, pp. 68-69.

comportamiento el daño al bien jurídico -lesión- para así castigarlo como un delito consumado, de no producirse el resultado se podría castigar como tentativa ya que es un delito imperfecto. Es en estos delitos de resultado en que el Derecho Penal exige la existencia de un *nexo o relación de causalidad* entre la conducta y la afectación al bien jurídico.

4. Ausencia de acción.

Hay supuestos en que las conductas realizadas por los sujetos no son relevantes penalmente. Estos supuestos son:

a. **Fuerza física irresistible**, es el único de los supuestos que se encuentra en forma expresa en el Código (art. 20° núm. 6) como una causa eximente de responsabilidad penal. Su ubicación dentro del Código Penal no es la más adecuada porque, en realidad nos encontramos frente a una causa de falta de acción, "inacción". La fuerza física irresistible puede provenir de la naturaleza o de un tercero, lo importante es que produce que una persona actué sin capacidad de control. Esta fuerza física irresistible debe ser absoluta, es decir el sujeto no debe tener la posibilidad de actuar de otra forma[18]. Por ejemplo: Se produce un terremoto y las personas que viven en un edificio pugnan por salir, al llegar a las escaleras, una resbala y cae sobre otra produciéndole la muerte; en este caso el sujeto que resbaló actuó por fuerza física irresistible –el temblor-, por lo que no hay acción. Un caso diferente se da si fue una persona la que

[18] Vid. Velásquez: (...) la fuerza física tiene que ser *irresistible*, esto es, debe tratarse de una *vis* que doblega y arrastra la voluntad del individuo, el cual es llevado por ella de modo que no pueda oponerse, en otras palabras la persona no obra, es obrada: *non agit sed agitur*". En "Derecho Penal – Parte General". 2° edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 317.

produjo la fuerza física irresistible, pues ésta si responde, por ejemplo: si "A" empuja a "B" para que impulse a "C" que se encuentra al borde del barranco y, efectivamente "C" cae y muere, "A" responde por la muerte de "C", mientras "B" sólo fue víctima de una fuerza irresistible –empujón- producido por "A".

Por último, debemos mencionar que a la fuerza física irresistible tradicionalmente en la doctrina se la denomina como *vis absoluta.*

b. **Movimientos reflejos**, no constituyen acción ya que dichos movimientos no son controlados -o producidos- por la voluntad de la persona. Como indica el profesor Muñoz Conde[19]: "El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que los transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores". Es aquí donde radica la diferencia con los denominados actos de corto circuito, explicados anteriormente. Ejemplo de movimientos reflejos es: cuando una persona sufre un ataque epiléptico, producto de este produce daños sobre los bienes de otra persona. Otro ejemplo surge cuando un sujeto efectúa un movimiento brusco al tocar una conducción eléctrica, producto de lo cual hiere a otra persona.

c. **Estados de inconsciencia**, estos surgen cuando se presenta una completa ausencia de las funciones mentales superiores del hombre, es decir, son etapas en las cuales los actos que realiza el sujeto no dependen de la voluntad del mismo. La ausencia de conducta debe ser absoluta, por ejemplo: los movimientos bajo los estados de sonambulismo que sufren

[19] Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit., p. 250.

algunas personas o la embriaguez letárgica, etc. Al igual que en la fuerza física irresistible y los movimientos reflejos estos actos no dependen de la voluntad y, por consiguiente, no pueden considerarse como acciones penalmente relevantes. El caso de la hipnosis trae a colación posiciones encontradas dentro de la doctrina pero la opinión dominante se inclina por excluirla, aunque teóricamente no está excluida la posibilidad de que el hipnotizador llegue a dominar totalmente al hipnotizado, pero esto se podría ver mejor como un caso de fuerza física irresistible. Por otro lado, no debemos dejar de advertir que muchos estados de inconciencia constituyen auténticos trastornos mentales transitorios que, por mostrar una inconciencia plena, no pueden ser tratados como una causa de inimputabilidad (art. 20° núm.1 del CP). De existir un caso de perturbación de la conducta relativa (no plena), es decir, el sujeto tiene cierto dominio de su actuar, se produciría una hay acción relevante para el derecho penal y la discusión se daría en el ámbito de la culpabilidad.

Si es el mismo sujeto el que se pone en un estado de inconsciencia para cometer un delito, este estado de inconciencia no exime de responsabilidad penal al sujeto (*Actio Libera in Causa*).

Como vemos en los tres casos antes descritos no existe intención ni negligencia del individuo, no cumpliéndose entonces con el presupuesto básico del art.11° del Código Penal según el cual, el sujeto debe actuar en forma dolosa o culposa.

5. Capacidad de actuar y actuación de las Personas Jurídicas.

Las personas jurídicas sólo pueden actuar a través de sus órganos por lo que ellas mismas no pueden ser castigadas. Como dice

Jescheck[20], no tiene sentido tampoco la desaprobación ético-social inherente a la pena, ya que el reproche de culpabilidad sólo puede formularse respecto de personas individuales responsables.

No se puede hablar de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que como tales, no pueden adquirir la calidad de sujetos activos, por lo que nuestro Código Penal ha establecido el art.27°, de acuerdo al cual son responsables los representantes de las mismas. Penalmente las personas jurídicas no tienen responsabilidad penal -Societas delinquere non potest-. Quienes responden son los representantes legales de la persona jurídica, aunque no tengan las características del tipo penal -en nuestra legislación sólo son sancionadas las personas naturales-. Se puede iniciar entonces un proceso penal a todos los directores de la Persona Jurídica y, a medida que avanza el proceso, se pueden deslindar responsabilidades. La responsabilidad puede recaer -durante el proceso- en los empleados, desligando de toda responsabilidad a los directores.

El tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas suele provocar grandes discusiones entre los juristas. Es difícil, pero no imposible, que una persona jurídica provoque la muerte de una persona natural, por ejemplo: si una empresa daña el bien jurídico medio ambiente mediante un derrame de sustancias tóxicas en un río que provee de agua a una comunidad, las consecuencias de esto puede producir lesiones o incluso la muerte de varias personas. Sin embargo, es más común que una persona jurídica estafe a otra o realice actos contra el orden económico. Frente a estos últimos casos, la política criminal actual aconseja imponer

---

20 Jescheck, Hans-Heinrich.- "Tratado de Derecho Penal – Parte General", traducción y adiciones del derecho penal español Mir Puig y Muñoz Conde, Vol. I, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, p. 300.

sanciones a las personas jurídicas[21]. En países que se rigen según el *common law* se acepta la responsabilidad penal de las personas jurídicas; esto se debe a que no se encuentran limitados por principios dogmáticos.

El derecho penal persigue la regulación de conductas motivadas a proteger o evitar la lesión o puesta en peligro de determinados bienes jurídicos y, como es obvio, una persona jurídica no es motivable; los únicos que pueden ser motivados son los administradores de estas personas jurídicas. Otro problema surgiría al momento de imponer la pena, pues como sabemos ésta tiene carácter personal, resulta inimaginable aplicar una pena privativa de libertad a una persona jurídica. La teoría del delito esta orientada hacia las personas naturales, tratar de aplicarla a las personas jurídicas sería imposible, se tendría que redefinir cada una de las categorías (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad). Frente a esto, se deben buscar otras fórmulas para que no se produzcan lagunas de punibilidad. Finalmente, lo que se quiere evitar es que los administradores se amparen en los actos de una persona jurídica para ocultar su responsabilidad, con este fin se ha creado la figura del "actuar por otro".

Por otro lado, nuestro Código Penal ha establecido en el Título VI, Capítulo II las denominadas "Consecuencias Accesorias" para las personas jurídicas, que no son otra cosa que especiales medidas administrativas (clausura, disolución de la sociedad, etc.) aplicables a las sociedades en cuyo seno se han cometido ciertos hechos delictivos.

---

[21] En este sentido, se ha señalado en el XIII Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal de 1984 que: "La responsabilidad penal de las sociedades y otras personas jurídicas está reconocida en un número creciente de países, como una vía apropiada para controlar los delitos económicos y de la empresa. Los países que no reconocen tal clase de responsabilidad podrían considerar la posibilidad de imponer otras medidas contra entidades jurídicas".

El rol de la empresa dentro de la economía de un país es cada vez mayor, lo que trae como consecuencia lógica la comisión de delitos, tanto dentro de la empresa como de la empresa hacia la sociedad. La persecución penal de los delitos económicos cometidos por las empresas se ve dificultada debido a la creciente división del trabajo, lo que conduce a una difuminación de la responsabilidad penal individual[22].

[22] Dannecker, Gerhard.- "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en Revista Penal N° 7, Publicación semestral de CISSPRAXIS S.A. en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha y Pablo de Olavide, Edita LA LEY, Sevilla, 1997, p. 41.

CAPÍTULO VIII

LA TIPICIDAD

La tipicidad es la operación mediante la cual un hecho que se ha producido en la realidad es adecuado o encuadrado dentro del supuesto de hecho que describe la ley penal, es decir, se pasa de un hecho real -que ha sucedido- a una descripción abstracta y genérica -supuesto de hecho o tipo penal- de la ley. En otras palabras, es la adecuación de un hecho determinado con la descripción prevista en el tipo penal, es decir la prohibición o mandato de conducta en forma dolosa o culposa.

El concepto dado en líneas anteriores responde a toda una evolución del concepto de tipicidad, es así que podemos encontrar diversas etapas:

- La tipicidad como un elemento meramente descriptivo.- Surgió en Alemania en 1906 con la doctrina de Ernesto von Beling, el cual afirma que la tipicidad es una categoría totalmente independiente de los demás caracteres del delito.
- La tipicidad como indicio de la antijuricidad.- Planteada por Mayer, el cual plantea que la tipicidad no es simplemente la descripción sino que revela una contrariedad entre la conducta de la persona y las normas dadas por el Estado –es un indicio de este conflicto-.

- La tipicidad como base de la antijuricidad.- Sostenida por Mezger (1926-1931), considera que la tipicidad es la razón de ser -*ratio essendi*- de la antijuricidad. En otras palabras, la antijuricidad no puede existir sin la tipicidad pues, le da el material para que la antijuricidad pueda aplicar sus conceptos.
- La tipicidad en su fase defensiva.- Beling plantea que el delito-tipo es un puro concepto funcional, expresa una orientación. De esto se deduce que no existe un delito-tipo en sí mismo sino que el contenido es variable de acuerdo a cada caso que se presente.
- La tipicidad en su fase destructiva.- se rompe el principio de legalidad "nullum crimen sine lege", planteándose que el nuevo derecho debe penar la voluntad y no la acción. Toma como punto de partida la conducta peligrosa del agente
- La tipicidad de acuerdo a la doctrina finalista.- Welzel distingue el tipo de la norma y la antijuricidad, señalando que el tipo es el contenido de las normas penales.

La tipicidad es una exigencia del Estado de Derecho, vinculada al principio de legalidad. La efectiva realización de este principio requiere el cumplimiento de su aspecto formal, en cuanto exige que los delitos y las penas se hallen previstos por una ley anterior, y de su aspecto material referente a que tal ley determine con suficiente precisión los contornos y límites de los hechos punibles y sus penas, es decir la "exigencia de determinación" de la ley penal.

1. Tipo y Tipicidad.

El tipo penal[1] es la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma. La

[1] El término "tipo" es una traducción de la palabra alemana "Tatbestand" que equivale a: *supuesto de hecho*. Este término fue utilizado por primera vez por Beling en 1906.

tipicidad es la adecuación de un hecho al tipo penal. El tipo penal deja manifiesta en forma directa el principio de legalidad, concretamente la garantía criminal *–nullum crimen sine lege-*.

El tipo penal se identifica con el comportamiento descrito por la ley, es decir con el supuesto de hecho típico del delito, es una categoría puramente descriptiva y valorativamente neutra[2]. Que una acción es "típica" o "adecuada a un tipo penal" quiere decir que esa acción es la prohibida por la norma[3]. Podemos afirmar que, el tipo penal en un sentido estricto es la descripción de la conducta prohibida por una ley. El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes -por estar penalmente prohibidas-. El tipo pertenece a la ley[4].

De la gran cantidad de comportamientos antijurídicos que se presentan en la realidad, el legislador selecciona, conforme con el principio de intervención mínima del derecho penal –principio de fragmentariedad-, los más lesivos para los bienes jurídicos más importantes y los amenaza con una pena o medida de seguridad. Estos

---

2 No podemos dejar de mencionar, que la concepción del tipo penal ha variado, dado que, en la actualidad los tipos penales contienen no sólo elementos descriptivos, sino también elementos normativos, que suponen cierto tipo de valoraciones jurídicas, sociales, éticas. Incluso, ciertas corrientes sostienen que el tipo supone ya antijuricidad. Por otro lado, existen ciertos tipos penales que contienen elementos subjetivos como: los móviles, ánimos o finalidades, en muchos casos diferentes del dolo, que deben concurrir para que exista tipicidad. Ejm: el ánimo de dañar el honor de una persona en el delito de injuria. Pero, lo cierto es, que fuera de estas posiciones, la mayoría de la doctrina sigue considerando que el tipo penal tiene un carácter objetivo en general, es decir que describe los elementos que fundamentan que la conducta esté prohibida.

3 Bacigalupo, Enrique.- "Manual de Derecho Penal - Parte General", 4° reimpresión, Temis, Bogotá, 1998, p. 80.

4 Zaffaroni, Eugenio Raúl.- "Manual de Derecho Penal - Parte General", T.I., 4° edición, Ediciones Jurídicas, Impreso en Perú, 1986, p. 371.

comportamientos son descritos en el supuesto de hecho de una ley penal, para lo cual deben cumplir con las exigencias que impone el principio de legalidad. La descripción de las conductas no puede ser sumamente precisa, dado que, es imposible describir una conducta hasta en sus mínimos detalles y siempre se correría el riesgo de que algún supuesto de hecho quede fuera de la descripción legal. Por tal razón, la descripción tiene que ser hasta cierto punto genérica y abstracta, para poder englobar en ella todos los comportamientos que tengan unas características esenciales comunes -por ejemplo: el art.106: El que mata a otro (...); en un primer momento no importa cómo se mata a otra persona, ni la relación o vínculo que pueda existir entre los sujetos: lo que interesa es que se mata a alguien; en un segundo momento, se analizarán las demás particularidades del hecho delictivo como son la forma, el modo, la relación de parentesco, etc. Esta figura puramente conceptual es el tipo.

El tipo penal se analiza dentro de la tipicidad, forma parte de ella; al adecuarse un comportamiento humano a la conducta descrita por el tipo, surge lo que se conoce como **la tipicidad**; se produce entonces una identidad entre la acción u omisión de un individuo con lo descrito en forma expresa por la ley. El tipo penal, como sustantivo, es la descripción de una conducta a la que se asigna una pena, en tanto que la tipicidad, como adjetivo, es la característica de una determinada conducta de ser adecuada a la descripción del tipo; en otras palabras, como dice Zaffaroni[5]: "el tipo es la fórmula que pertenece a la ley, en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta". El simple hecho de que una conducta se identifique con un tipo penal no quiere decir que se haya producido un delito, pues falta el análisis de la antijuricidad y la culpabilidad. La antijuricidad es un juicio de valor negativo que recae sobre un comportamiento humano y que indica si es contrario a

---

5 Creus, Carlos.- "Derecho Penal - Parte General", 3° edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 186.

las exigencias del ordenamiento jurídico[6]; pero, no todo comportamiento antijurídico es relevante penalmente, sólo los comportamientos antijurídicos que también son típicos pueden dar lugar a una reacción penal. *El tipo puede desempeñar una función indiciaria de la antijuricidad, pero no se puede identificar con ella.*

Finalmente, debemos decir que la ley penal es un concepto que abarca al tipo penal, ya que viene a ser el supuesto de hecho de la ley penal. El tipo penal no se relaciona en forma directa con la pena o medida de seguridad, que se aplique al sujeto que realizó la conducta descrita por éste.

2. Funciones del Tipo penal.

El tipo penal cumple diversas funciones pero, entre las más importantes, tenemos:

a) **Seleccionadora**: Escoge determinadas conductas que ocurren en la sociedad -que considera más graves- y las plasma en las leyes penales. Esta es una de las manifestaciones del carácter fragmentario y del principio de ultima ratio del derecho penal. Es aquí donde se plasma un significado valorativo, definiéndolo Welzel como: "selección de los hechos relevantes para el derecho penal"[7]. Por tanto, el tipo encierra un significado valorativo propio y los hechos típicos no son valorativamente neutros sino, penalmente relevantes; esto no se produce porque sea antinormativo sino por una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

---

6 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- "Derecho Penal – Parte General", 4° edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 287.

7 Tal función ya insinuada por Beling, donde se atribuía al tipo la misión de delimitar "descriptivamente los objetos relevantes para el Derecho penal"; pero, como se ve, hablaba de una "descripción", no de una valoración. En: "Grundzüge des Strafrechts", 10° edición, Tübingen, 1998, p. 22.

b) **Función de Garantía**: Una persona sólo puede ser sancionada si su conducta está tipificada -señalada- en un tipo penal. El tipo es siempre "tipo legal", sólo la ley escrita es fuente del tipo. Sólo puede sancionarse un hecho cuando su punibilidad está legalmente -aplicación del principio de legalidad como un límite al poder punitivo del Estado- determinada antes de la comisión de él. Todo ciudadano debe, por tanto, tener la posibilidad, antes de realizar un hecho, de saber si su acción es punible o no[8]. El tipo selecciona conductas merecedoras de pena. Su redacción debe definir con claridad la conducta prohibida; esto se logra utilizando el lenguaje promedio de la sociedad, con el cual se debe dictar la ley. Se deben tratar de evitar en lo posible los elementos normativos -aquellos que requieren algún tipo de valoración- y dar preferencia a los elementos descriptivos. Las descripciones deben ser de carácter genérico, recogiendo los caracteres comunes a las conductas delictivas.

La ausencia de tipicidad se puede dar porque es una acción lícita, o bien porque el legislador no la ha regulado pese a ser ilícita (por ser insuficientemente grave o por otras razones político criminales). Existen también formas de "eludir" la tipicidad, por ejemplo: recurrir a una interpretación restrictiva que excluya la conducta del tipo pese a ser considerada literalmente en ella, lo que de acuerdo a la doctrina se da cuando no se ha dado una afectación suficiente del bien jurídico, por no ser imputable su lesión a una conducta suficientemente peligrosa (falta de imputación objetiva). También pueden darse casos en los que exista consentimiento (sobre bienes jurídicos de libre disposición) o donde se aplique el criterio de adecuación

---

8 Roxin, Claus.- "Teoría del Tipo Penal - Tipos abiertos y elementos del deber jurídico", versión castellana del Prof. Enrique Bacigalupo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 170.

social o el principio de insignificancia. A estos criterios el profesor Santiago Mir Puig los denomina: causas de exclusión de tipicidad[9].

c) **Función Indiciaria**: El tipo consiste en la descripción general de acciones antijurídicas, ello permite la selección inmediata entre los ilícitos punibles y los no punibles[10]; lo que da lugar a un juicio preliminar acerca del carácter antijurídico del hecho, como muchos autores manifiestan. Se dice que se crea un indicio, una presunción siempre refutable acerca de la antijuricidad, ya que se puede dar la existencia de lo que conocemos como las causas de justificación. Pero, como hemos dicho líneas arriba, la tipicidad luego de haberse aplicado sobre el tipo, adquiere un carácter esencial *(ratio essendi)* para la antijuricidad, pues de no existir ésta no se podría continuar el análisis del delito.

d) **Función Motivadora**: La finalidad de los tipos penales es motivar a las personas para que no cometan las conductas sancionadas. El tipo responde a caracteres de la prevención general intimidatoria, es decir, se amenaza a toda la sociedad con imponer un mal –la pena- si realizan ciertas conductas. Otros autores, en cambio, plantean la teoría de la prevención general positiva, en la cual se trata de reforzar los valores de la sociedad para su desarrollo armónico; el tipo resulta un instrumento para conseguir la paz social. En esta línea

---

9 Mir Puig, Santiago.- "Derecho penal, Parte General", 5° edición, Impreso por TECFOTO, Barcelona, 1998, pp. 132-133.

10 Maurach, Reinhart.- "Derecho Penal - Parte General", traducción de la 7° edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 349.

de pensamiento encontramos a renombrados autores como Roxin, Jakobs, Mir Puig y otros[11].

3. Estructura de la Tipicidad.

La tipicidad tiene dos aspectos:

a. **Aspecto objetivo (tipo objetivo)**: Son las características que deben cumplirse en el mundo exterior. A estos se les llama tipo objetivo. Aquí encontramos una diversidad de puntos a analizar, como son: el bien jurídico, los sujetos, la relación de causalidad, la imputación objetiva, los elementos descriptivos y los elementos normativos.

b. **Aspectos subjetivos (tipo subjetivo)**: Hacen referencia a la actitud psicológica del autor del delito. A estos se les llama tipo subjetivo. Dentro de este aspecto se analiza el dolo y la culpa en sus diferentes manifestaciones, también existen los elementos subjetivos del tipo y, se puede excluir el dolo mediante el error de tipo -vencible e invencible-. También pueden presentarse las figuras preterintencionales (combinación de dolo y culpa en los delitos cualificados por el resultado).

---

[11] Vid. Jakobs indica que la tarea del derecho penal ha de consistir en el mantenimiento de la norma, como modelo orientador del contacto social: "así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan en la medida en que pueden encontrar regularidades, del mismo modo en los contactos sociales sólo resulta posible la orientación sino hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de la otra persona (...). Una decepción específica en el ámbito de los contactos sociales afecta aquellas expectativas que se derivan de la pretensión frente a la otra parte de que respetará las normas vigentes, pudiendo la pretensión contradecir el juicio cognitivo". En: "Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación", 2° edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 9-10.

4. Estructura del Tipo Penal.

El Tipo Objetivo:

a) Bien Jurídico:

De acuerdo a la doctrina penal existen dos sentidos[12] distintos, el primero se refiere al bien jurídico en el sentido político-criminal *(lege ferenda)*, lo que merece ser protegido por el derecho penal; el segundo se refiere al sentido dogmático *(lege lata)*, se establece en forma precisa cual es el bien que se protege. Es del segundo sentido del cual nos ocuparemos.

El bien jurídico es el interés jurídicamente protegido, es aquello que la sociedad establece como su fundamento básico para lograr un desarrollo armónico y pacífico (es un valor ideal de carácter inmaterial). Todo tipo de delito debe incluir un comportamiento humano capaz de provocar la puesta en peligro -real, claro e inminente- o la lesión de un bien jurídico -de conformidad con el art. IV del TP. del CP: principio de lesividad-. La cualidad del bien jurídico es, por tanto, algo que crea la ley y no algo pre-existente a ella misma[13]. Generalmente, el tipo no designa literalmente el bien jurídico protegido, sino que éste viene consignado expresamente en los rubros de los títulos y capítulos que contiene nuestro Código Penal, resulta entonces una agrupación sistemática que ordena nuestro Código. **La defensa del bien jurídico es lo que le da sentido a todo el ordenamiento jurídico penal.** En este sentido el profesor Jescheck[14] nos dice: "El bien jurídico a de entenderse como un valor abstracto y jurídicamente protegido del orden

---

12 Mir Puig, Santiago.- op. cit., p. 134.

13 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit. p. 296.

14 Jescheck, Hans Heinrich.- "Tratado de Derecho Penal – Parte General", traducción de José Luis Manzanares Samaniego, 4° edición, Editorial Comares, Granada, 1993, p. 232.

social, en cuyo mantenimiento la comunidad tiene un interés, y que puede atribuirse, como titular, a la persona individual o a la colectividad".

El profesor Bustos Ramírez[15] preceptúa que: "el bien jurídico es una fórmula normativa sintética concreta de una relación social determinada y dialéctica". Es lo que en abstracto un grupo humano reconoce como su eje y lo necesita para darle una orientación a su vida social, concretizándolo en una fórmula normativa. El ordenamiento lo único que hace es fijar o seleccionar ciertas relaciones, dentro de las cuales la norma prohibitiva o de mandato selecciona un determinado ámbito de ellas (ejm: se ha seleccionado la relación matrimonial monogámica).

Todo artículo de la parte especial protege un bien jurídico determinado. Según el interés a proteger los delitos pueden ser:

- Delitos de lesión: se exige una destrucción o menoscabo del bien jurídico protegido (ej. homicidio). Conforme nos indica el profesor Luzón Peña[16]: "No deben confundirse con los delitos de resultado; pues en primer lugar, los delitos de lesión pueden ser tanto de resultado, material o ideal –así el homicidio o las injurias- (resultado que coincide con la lesión del bien jurídico o con la lesión suficientemente grave para realizar el tipo –o un tipo agravado-; aunque conceptualmente es posible que la propia conducta implique ya tal lesión, con independencia del resultado adicional requerido por el tipo), como delitos de mera conducta, activa u omisiva, en los que la propia conducta implica ya la lesión del bien jurídico (...)".

---

15 Bustos Ramírez, Juan.- "Manual de Derecho Penal Español - Parte General", 3° edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1984, p. 180.

16 Luzón Peña, Diego-Manuel.- "Curso de Derecho Penal – Parte General I", Editorial Universitas S.A., Madrid, 1996, p. 313.

- Delitos de peligro: para la consumación del delito no se necesita de la lesión, basta con que el comportamiento del sujeto activo ponga en peligro –inseguridad o probabilidad de lesión- el bien jurídico protegido, lo que implica adelantar la barrera de protección. Los delitos de peligro pueden ser de dos clases:

  1. Concreto: se exige la puesta en peligro de un determinado bien jurídico especificado en el tipo penal (ej. art. 128°). Se exige demostrar la existencia del peligro (real) para que se configure el tipo penal.

  2. Abstracto: basta que se realice la conducta descrita en la Ley sin que se deba probar que se haya puesto en peligro un bien jurídico determinado (ej. art. 274°)[17]. Esta técnica trae diversos problemas porque, conforme al título preliminar del Código penal, es necesario que el bien jurídico se encuentre ante un peligro real (no imaginario) o frente a una lesión. Como vemos, el derecho penal ha optado por un adelantamiento en la protección de ciertos bienes jurídicos, es decir, no va esperar a que se produzca el resultado dañoso para actuar.
     Como un punto adicional, debemos señalar que pueden coexistir en una misma figura penal la lesión y el peligro para el bien jurídico, por ejemplo: el art. 275° del

[17] Art. 274° del Código Penal: "El que encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor a 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de estupefacientes, conduce, opera o maniobra vehículo motorizado, instrumento, herramienta, máquina u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o treinta días-multa como mínimo y cincuenta días-multa como máximo e inhabilitación, según corresponda, conforme el artículo 36° incisos 6 y 7. Cuando el agente presta servicios de transporte público de pasajeros o de transporte pesado, la pena privativa de libertad será no menor de uno ni mayor de dos años o cincuenta días-multa como máximo e inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 6 y 7".

Código[18], el cual sanciona tanto la lesión como el peligro.

Según el número de bienes jurídicos protegidos, los tipos penales pueden ser simples, sólo un bien jurídico (ej. art. 106°)[19], o complejos, dos o más bienes jurídicos (ej. art. 188°)[20]. Pero, para ver la configuración del delito se debe observar si el tipo penal dispone de ellos en forma conjuntiva (que se realicen los dos) o, en forma alternativa (basta que se realice uno sólo de ellos).

b) Acción típica:

El finalismo tiene un criterio unitario acerca de la acción[21], es inseparable el nivel objetivo y subjetivo, por eso ambos se analizan en la tipicidad. Se plantea que todo comportamiento humano tiene una finalidad.

La teoría finalista se caracteriza por un concepto de acción basada en la dirección del comportamiento del autor a un fin previamente fijado por éste. De esta manera, un concepto causal de acción, que sólo tiene en cuenta la producción del resultado, se opone

---

18 Art. 275° del Código Penal: "La pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años cuando en la comisión del delito previsto en el artículo 273° concurre cualquiera de las siguientes circunstancias:
1. Si hay peligro de muerte para las personas.
2. Si el incendio provoca explosión o destruye bienes de valor científico, histórico, artístico, cultural, religioso, asistencial, militar o de importancia económica.
3. Si resultan lesiones graves o muerte y el agente pudo prever estos resultados".

19 Art. 106° del Código Penal: "El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años".

20 Art. 188° del Código Penal: "El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años".

21 Cuando en el finalismo se hace referencia a la acción se debe entender que también incluye a la omisión.

al concepto final de acción, que también considera los fines perseguidos por el autor.

La acción típica es entendida entonces como el comportamiento humano -acción u omisión- que se dirige a lograr una determinada finalidad. Esto constituye el núcleo del tipo, generalmente es definido conforme al verbo rector -ejm: matar, apoderarse, etc.-.

Cuando el art. 11° de nuestro Código penal señala: "Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley", establece que el delito es una especie de género del comportamiento humano[22].

Cuando el delito exige la realización sin más de la acción, nos encontramos ante los delitos de mera actividad –que implican en sí mismos una lesión al bien jurídico, por ejemplo: art. 274°: conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad; art. 279°: tenencia ilegal de armas-; cuando se exige junto a la realización de la acción la producción de un resultado material nos encontramos frente a lo que conocemos como los delitos de resultado -ejm: art. 106°: homicidio-. Cuando se habla de resultado se alude a la modificación producida en el mundo exterior, distinta idealmente de la acción misma[23].

La acción descrita en el tipo plantea en ciertos casos que se usen diversos medios como son: veneno, escalamiento, etc. En otros casos se tienen que dar varias acciones que configuran la acción típica -delitos complejos- descrita por el tipo, ejm: art.188: se necesita apoderamiento del bien y violencia sobre la persona.

Cuando se analiza la acción, resulta indispensable tratar al verbo rector, el cual aclara cual es la conducta sancionada. Según el verbo

---

22 El hecho que nuestro derecho penal acepte el delito como obra de un ser humano no se debe a razones ontológicas ni a la naturaleza de las cosas, sino a una decisión del derecho positivo.

23 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit., p. 295.

rector los delitos pueden ser:

1. Delitos simples: en los que hay un solo verbo rector (ej. homicidio -matar-).
2. Delitos compuestos: en los que hay dos o más verbos rectores. Pueden ser :

    2.1. Complejos: Cuando se exige que se cumplan todos los verbos rectores para que quede configurado el delito (ej. hurto -sustracción y apoderamiento-).
    2.2. Mixtos: Basta que se realice sólo uno de los verbos rectores para que quede configurado el delito (ej. art. 159 -penetrar o permanecer-).

c) Los Sujetos:

En el tipo penal se manifiesta la presencia de tres sujetos en forma directa: el sujeto activo y el sujeto pasivo –aquellos entre los que se ha producido el conflicto-, y el Juez como representante del Poder Judicial encargado de aplicar la ley. El Juez se encarga de juzgar al procesado, teniendo la potestad de absolverlo o condenarlo a una pena o medida de seguridad previamente establecida en el Código Penal.

Puede darse casos en los que el Estado sea el agraviado, en delitos como falsificación de documentos, contra la administración de justicia, tráfico ilícito de drogas, etc., casos en los que actuará a través de un Procurador Público.

La forma de redacción del tipo penal en general es impersonal, por tal motivo usa denominaciones como "el que" o "quien"; estos son **delitos comunes** porque pueden ser realizados por cualquier persona, por ejemplo: art. 106°: el que mata a otro (...), pero también existen los llamados **delitos especiales** -que sólo pueden ser realizados

por personas determinadas-, por ejemplo: el art. 393°: "El funcionario o servidor público que (...)". A su vez, en los delitos especiales se distingue entre: propios, que no cuentan con una figura paralela entre los delitos comunes, como el delito de prevaricato (art. 418°) e; impropios, que cuentan con un tipo común paralelo, como el parricidio (art. 107°) con el homicidio (art. 106°).

La mayoría de los tipos penales tienden a ser unisubjetivos, es decir se señala a un solo autor pero; también hay tipos plurisubjetivos, que exigen la intervención de dos o más sujetos, los que a su vez pueden distinguirse como delitos de conducta *unilateral* o de *convergencia*, en los que los comportamientos de los sujetos se dirigen al mismo objetivo típico, como: en el delito de conspiración para rebelión, sedición o motín (art. 349°), la asociación ilícita (art. 317°), el aborto consentido (art. 115°); y delitos de conductas bilaterales o de encuentro, en que las conductas, aunque complementarias, persiguen un objetivo distinto y tienen también distinto sentido, como el cohecho pasivo y activo (art. 393° y 398°).

c.1. **El sujeto Activo.**- Es el individuo que realiza la acción u omisión descrita por el tipo penal. Cabe hacer una distinción con el término: *"autor"*, calificación que se le da al sujeto cuando se le puede *imputar* el hecho *como suyo* luego de haberse desarrollado el proceso penal respectivo.

c.2. **El sujeto Pasivo.**- Es el individuo que recibe el comportamiento realizado por el sujeto activo. Puede distinguirse entre: *sujeto pasivo de la acción* -persona que recibe en forma directa la acción u omisión típica realizada por el sujeto activo-; y el *sujeto pasivo del delito* -es el titular o portador del interés cuya esencia constituye la del delito, bien jurídico protegido-. Generalmente, los sujetos coinciden, pero hay casos en los que se los puede distinguir, como por ejm: art. 196°, referido a la

estafa, una persona puede ser engañada -sujeto pasivo de la acción- y otra recibir el perjuicio patrimonial -sujeto pasivo del delito-. Caso diferente se presenta en delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, donde necesariamente el sujeto pasivo de la acción y del delito coinciden.

Distinguir al sujeto pasivo no sólo posee importancia constructiva, sino también trascendencia práctica[24], de quien sea el sujeto pasivo puede depender:

1. La impunidad o no del autor (art. 208°: excusas absolutorias)
2. La posibilidad de atenuar o agravar la pena, por ejemplo: infanticidio (art. 110°), parricidio (art. 107°)
3. Que se brinde el consentimiento (art. 20° núm. 10)
4. Otros efectos legales, por ejemplo el homicidio culposo cuando son varias las víctimas (art. 111°, 2 p)

c.3. El Juez (Magistrado representante del Poder Judicial).- No es parte de la estructura del tipo, es consecuencia de la división de poderes según el cual se rige la República. Aunque no es parte del tipo penal, cabe recalcar que es el encargado de aplicar la sanción penal y la reparación civil. El Juez al aplicar el derecho no lo hace en forma mecánica, si bien en un principio reciente se partió de la prohibición de que el Juez desarrollara una labor creadora, de que era posible aplicar el derecho sin, por así decirlo, transformarlo, dejando tal cual, de que ello era posible a través de silogismos formales y neutros, de que el catálogo de cánones de la interpretación era cerrado y de que el derecho no presentaba lagunas. Ahora, en nuestros tiempos nos hemos dado cuenta que el Juez al momento de aplicar la ley tiene que interpretarla y, dado que toda interpretación

[24] Mir Puig, Santiago.- op. cit., p. 197.

implica una interacción entre el sujeto intérprete y el objeto interpretado, podemos afirmar que el Juez desarrolla y crea derecho en cada una de sus sentencias[25].

d) Relación de Causalidad:

El análisis de la relación de causalidad sólo tiene sentido en los delitos de resultado[26], es decir, aquellos en los que encontramos un lapso de tiempo entre el momento de la acción y el resultado. Es justamente el análisis de lo que sucedió en este lapso de tiempo el que se denomina como nexo causal o relación de causalidad.

Existen diversas teorías para la determinación de la relación de causalidad, entre las más importantes tenemos: la equivalencia de condiciones y la causalidad adecuada:

d.1. Teoría de la Equivalencia de las condiciones:

Para esta teoría es causa toda condición –sin importar su mayor o menor proximidad o importancia- que ha intervenido o influenciado de una forma u otra en la producción de un resultado concreto. Para esto se empleó la fórmula llamada *"condicio sine qua non"* (condición

---

25 Vid. Baldó Lavilla: "Con el cambio de paradigma se han abandonado los antiguos postulados anteriormente señalados y ya no se parte de la prohibición de que el Juez desarrolle una labor creadora, de que no es posible aplicar el derecho sin su legítimo desarrollo continuador del Derecho, de que, consecuentemente con ello, esta labor no es posible a través de silogismos formales y neutros, de que el catálogo de cánones de interpretación no es cerrado y que el derecho penal presenta lagunas necesitadas de integración, elementos normativos, cláusulas generales y otros términos legales necesitados de concreción, etcétera". En el artículo "Observaciones metodológicas sobre la construcción de la Teoría del Delito" de "Política Criminal y nuevo derecho penal" - Libro homenaje a Claus Roxin, Bosch, Barcelona, 1997, p. 359.

26 Algunos autores como el profesor Mir Puig consideran que en todo tipo de delitos existe la relación de causalidad.

sin la cual no se habría producido el resultado): consistente en suprimir mentalmente la conducta investigada, para saber si el resultado hubiera sucedido de todas maneras o no. La pregunta clave entonces para aplicar esta teoría es: ¿si yo no hubiera realizado esa conducta, se habría producido el resultado?. En caso de que no se hubiera producido el resultado, se considera que tal conducta es "causal".

Para esta teoría todas las causas son equivalentes, no hay causa de mayor ni menor valor que otra, de aquí entonces su nombre, equivalencia de condiciones.

Crítica: Si toda causa es equivalente, se podría dar el regreso al infinito en busca de las causas de un hecho, así todos tendríamos responsabilidad penal. Es una teoría demasiado amplia y no satisfactoria. Por ejemplo: si "A" mata a "B" disparándole en la cabeza, fuesen responsables: "A" por haber disparado, los padres de "A" por haberlo engendrado, la persona que le dio o le prestó el arma a "A", el que descubrió la pólvora y etc.

Fuera del inconveniente anteriormente mencionado la fórmula de la *"condicio sine qua non"* nos lleva a ciertas contradicciones, negando la causalidad cuando debería afirmarla y viceversa. Algunos casos se presentan cuando:

- **Causalidad Cumulativa.-** Este caso surge cuando dos o más condiciones independiente y suficientes entre sí producen un resultado, en este caso no sirve para nada suprimir mentalmente una de ellas, dado que, igual se produciría el resultado. Por ejemplo cuando dos fábricas ubicadas en la rivera de un río vierten sus deshechos contaminantes en el mismo, es decir, las dos fábricas contaminan el mismo río. Aplicando la fórmula de la *"condicio sine quanon"*, se suprimiría la conducta de una de las fábricas y, sin embargo el resultado persiste. Otro ejemplo, más conocido, cuando dos personas disparan sobre un tercero al mismo tiempo y

se determina que cada uno de los disparos era suficiente para matar al sujeto. Si se suprime mentalmente una de las conductas, igual se produciría el resultado muerte.

- **Causalidad hipotética.-** Surge cuando la causa "A" produce un resultado que de todas maneras se iba a producir por la causa "B". Si se aplica la formula suprimiendo mentalmente la causa "A", el resultado persiste, pues la causa "B" lo hubiera producido de todas maneras. Las causas deben ser iguales. Un ejemplo clásico es cuando dos personas quieren matar a otra mediante veneno, una de ellas vierte el veneno, la segunda se abstiene, pero de no haber vertido el veneno la primera lo hubiese hecho la segunda. Si suprimimos mentalmente la acción de la primera persona, el resultado se habría producido igual porque la segunda persona hubiera actuado.

- **Falta de conocimiento sobre la condición.-** Surge cuando se desconoce si el resultado es a ciencia cierta producto de la acción. Conocido es el caso alemán respecto del fármaco llamado "contergan", el cual era un somnífero aparentemente normal, pero luego se produjo entre las mujeres en gestación que lo consumieron, la muerte del feto o el nacimiento con deformaciones. Se hicieron las investigaciones del caso, pero no se pudo llegar concluir que la causa de las deformaciones y muertes era producto de la ingestión del medicamento.

- **La Causalidad Adelantada.-** Se da cuando dos o más causas se dirigen a la consecución del resultado, pero una de ellas lo produce antes que la otra. Por ejemplo dos personas quieren matar a otra, la primera le da un veneno que le producirá la muerte en una hora, y la segunda le dispara antes de que el veneno actúe. En este caso si suprimimos mentalmente el disparo, el resultado se hubiera producido de todas maneras en un momento posterior, por el veneno.

- **Desviación del curso causal o cursos causales indirectos o mediatos.-** se da cuando una causa da origen a otra, la cual provoca el resultado. Por ejemplo, "A" le dispara a "B" con el propósito de matarlo, pero no lo consigue y sólo lo hiere, frente a esto "B" es trasladado a un hospital, el cual se incendia diez minutos después de que "B" es ingresado, muriendo todos los pacientes. Si suprimimos mentalmente la acción de "A" no se hubiera producido la muerte de "B", pero esto sería totalmente descabellado porque, se estaría haciendo responsable a "A" del incendio del hospital, que fue en realidad la causa que produjo la muerte.

Una conclusión importante respecto de esta teoría, nos la brinda Hans-Joachim Rudolphi[27] al señalar: "decisivo para la relación de causalidad entre una determinada acción y un resultado concreto, no es la circunstancia de que la acción no pueda abstenerse sin que el resultado concreto se produzca, sino sólo el hecho de que entre acción y resultado concreto exista una relación natural jurídica. Entonces, una acción es causal siempre para un determinado resultado típico, cuando este resultado sigue temporalmente a la acción y está unido con ella natural y jurídicamente *(Fórmula de la condición legal)*. Por ello debe averiguarse siempre si existe una ley natural conforme a la cual fenómenos como el resultado típico concreto resulta por circunstancias como la acción típica concreta".

d.2. Teoría de la Causalidad Adecuada:

Al observarse las deficiencias de la teoría de la equivalencia de condiciones, surgieron nuevas teorías, con formulaciones más restringidas y con el propósito de obtener resultados más reales. Así

---

27 Rudolphi, Hans-Joachim.- "Causalidad e imputación objetiva", traducción de Claudia López Díaz, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1988, p. 16.

apareció la teoría de la causalidad adecuada, defendida por A. Von Kries (1886 y 1889), según la cual no toda condición es causa, penalmente hablando, sino aquella que según la "experiencia general"[28], habitualmente, produce el resultado; es decir, el comportamiento del sujeto para ser considerado causa debe ser adecuado para producir el resultado. Una conducta es adecuada cuando una persona normal colocada en la misma situación hubiese podido *prever* que dicho resultado se produciría inevitablemente, de no ser así, no existiría relación de causalidad. Además de la previsibilidad, se exige que el sujeto no haya actuado con la *diligencia debida*. Por ejemplo, si "A" le da de beber a "B" cicuta, de acuerdo a nuestra experiencia sabemos que dicho tóxico produce graves daños orgánicos que pueden desembocar en su muerte, por lo cual la acción de "A" es *adecuada* para producir el resultado, no interesa para nada saber quien le dio el veneno a "A", ni quienes fueron sus padres, cuestiones que si tomaba en cuenta la teoría de la equivalencia de condiciones. Otro ejemplo, si un sujeto golpea con el periódico la cabeza de una persona que tiene un tumor cerebral, sin saberlo, y le produce la muerte; es *imprevisible* que dicha acción sea *adecuada* para producir el resultado, por lo que no habría relación de causalidad. Cosa diferente afirmaría la teoría de la equivalencia de condiciones para la cual, si existiese en este caso relación de causalidad.

Mir Puig[29], hace una síntesis de esta teoría diciendo que: "(...) sólo deberán tomarse en consideración aquellas condiciones que, para el espectador objetivo y prudente retrotraído al momento de la acción (ex ante), con todos los conocimientos de la situación de que disponía

---

28 La experiencia general se identifica con el criterio de sí es adecuado o no. Vid. Velásquez: "Es un criterio valorativo (el de la experiencia general) que permite el desplazamiento del dogma causal hacia terrenos normativos acudiendo a pautas gaseosas, no siempre verificables, que tampoco resuelven diversas hipótesis de la vida práctica". En "Derecho Penal – Parte General". 2° edición, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 347.

29 Mir Puig, Santiago.- op. cit., p. 229.

el autor al actuar, además de aquellos que hubiera tenido el observador (pronóstico posterior objetivo) apareciesen como adecuadas para producir el resultado. No lo serán cuando apareciese como muy probable que produjesen el resultado y no pudiese contarse con su causación. Lo previsible debe ser el concreto resultado, con sus circunstancias esenciales".

Debemos tener en cuenta que los criterios de previsibilidad y falta de diligencia debida deben ser aplicados al hombre promedio, pero cuando éste tenga conocimientos especiales deben ser tomados en cuenta[30]. Por ejemplo: Un científico que tiene un conocimiento superior en su materia, distinto al que poseen el común denominador de las personas, quiere matar a su enemigo para lo cual se vale de un virus descubierto en su laboratorio, realiza una "conducta adecuada" para la producción del resultado, pero ello sale fuera de la "experiencia general".

Actualmente, además de la relación de causalidad, se exige la *imputación objetiva*. Entonces, para que una persona sea responsable penalmente tiene que darse: la relación de causalidad y la imputación objetiva.

e) Imputación Objetiva:

Esta teoría tiene sus antecedentes en los trabajos de K. Larenz y ONG, retomados y continuados por Roxin. Esta teoría se basa en el criterio del riesgo; existe imputación objetiva cuando la conducta realizada por el sujeto crea un riesgo no permitido o aumenta uno ya existente -aceptado- más allá de los límites permitidos y como consecuencia ocasiona un resultado que está dentro del ámbito de protección de la norma. Esto no es válido cuando el riesgo es socialmente aceptado. En otras palabras,

---

30 Este es un ajuste a la primigenia teoría de la adecuación pues, ella no tenía en cuenta los conocimientos especiales de las personas y sólo usaba sus criterios en base al conocimiento normal promedio de las personas.

la imputación objetiva requiere que:

- La acción humana produzca un riesgo o lo aumente más allá de lo permitido por la ley, es decir debe ser desaprobado legalmente.
- El riesgo debe haberse realizado en el resultado.
- Debe estar dentro del ámbito de protección de la norma.

Siempre que falte la relación de causalidad según la teoría de la equivalencia de condiciones, faltará la imputación objetiva por la ausencia de la creación del riesgo, más no toda causa del resultado estará en directa relación con el riesgo[31], es decir no implicará la imputación objetiva. Debemos decir que, la teoría de la imputación objetiva no es una teoría de la causalidad, sino que va más allá, analizando la imputación de un hecho al sujeto que la produjo[32].

El supuesto lógico de imputación objetiva es que el sujeto activo cree o aumente un riesgo más allá de los límites permitidos, pero la realidad nos puede presentar diversos casos que convienen aclarar:

---

31 Vid. Roxin.- "La imputación objetiva en el derecho penal", Editorial IDEMSA, Lima, 1997, p. 21.

32 Vid. Jescheck en contrario: "La imputación objetiva no coincide siempre en el Derecho Penal con la causalidad. *De un lado,* hay casos en los que ha de estimarse la imputación objetiva incluso fuera de la relación causal, por lo que la causalidad *no* constituye condición *indispensable* de la imputación. Ejemplo importante de ello son los delitos impropios de omisión. De otro lado se da una verdadera causación del resultado cuando alguien impide una tentativa de salvación todavía en curso, y se produce por ello el resultado lesivo. En ambos casos hay una causalidad hipotética (transmitida mentalmente), para la que debe bastar el juicio de probabilidad (...) Por eso la doctrina más reciente subraya con razón la independencia y, en su caso, también la primacía del *baremo normativo* de la imputación objetiva frente a la *categoría científiconaturalista* de la causalidad. No obstante, debe quedar claro que los desvíos de la fundamentación de la imputación objetiva mediante la causalidad son excepciones. En los supuestos normales de la práctica diaria, es necesario y bastante para la imputación objetiva del resultado típico que el autor haya contribuido a causarlo. Ello está justificado por el injusto típico de los delitos de resultado consistente en la producción de la lesión del objeto de la acción prevista en el tipo". Op. cit., pp. 250-251.

- **Casos en los que no hay un riesgo jurídicamente relevante.-** Son los casos en los que "aparentemente" hay un riesgo pero, profundizando el caso concreto, vemos que el bien jurídico no ha corrido peligro; para determinar esto debemos recurrir a la teoría de la adecuación, la cual nos debe indicar que el resultado no es objetivamente previsible. De lo dicho, se desprende que: *la teoría de la adecuación funciona como un límite en la aplicación de la teoría de la imputación objetiva.* Por ejemplo: cuando un sujeto quiere matar a su nuera, motivo por el cual le compra varios pasajes de avión, en las aerolíneas que tienen la mayor incidencia de accidentes, para que de la vuelta al mundo. Vemos que el sujeto crea un riesgo, pero resulta imprevisible si el avión va a tener el accidente, por lo que no habría imputación objetiva. En el caso expuesto existe relación de causalidad, pero también nos encontramos frente a un riesgo permitido (viajar en avión).

- **Casos en los que el riesgo es aceptado.-** En este caso la sociedad entiende que se expone a un riesgo pero, dadas diversas circunstancias de orden social, económico o moral las acepta como permitidas. Por ejemplo: la sociedad acepta cierto nivel de contaminación para así lograr ciertos beneficios económicos. Otro ejemplo es la aceptación del tráfico rodado, todos sabemos que es peligroso conducir un vehículo, pero en virtud de obtener beneficios lo aceptamos. En este sentido el profesor Silva Sánchez[33] nos dice: "(...) la sociedad actual aparece caracterizada, de un lado, por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad. El extraordinario desarrollo de la técnica ha tenido y sigue

[33] Silva Sánchez, Jesús-María.- "La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales", Editorial CIVITAS, Madrid, 1999, pp. 21-22.

teniendo, obviamente, repercusiones directas en un incremento del bienestar individual. Sin embargo conviene no ignorar sus consecuencias negativas. De entre ellas, la que aquí interesa resaltar es la configuración del *riesgo de procedencia humana como fenómeno social estructural.* En otras palabras, el hecho de que buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provengan precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos: riesgos para el medio ambiente o para los consumidores o usuarios que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la biología, la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etc."

- **Casos de aumento del riesgo permitido.-** Cuando el agente crea con su acción una situación de riesgo para el bien jurídico. Por ejemplo: una persona que dispara sobre otra y le causa lesiones, crea un riesgo sobre la integridad de dicha persona. Puede darse el caso en que el sujeto activo cree un riesgo y a su vez el sujeto pasivo lo aumente. Por ejemplo: un sujeto va conduciendo su automóvil por la carretera en forma descuidada y temeraria y, en sentido contrario, va un ciclista ebrio. En este caso el conductor del vehículo aumenta un riesgo –conducir- y, el ciclista crea un riesgo al manejar la bicicleta ebrio. Este caso es de difícil solución, se podría hablar de una compensación de culpas, por lo que no habría imputación objetiva y todo se resolvería civilmente.

- **Casos de disminución del riesgo.-** En este caso no habría imputación objetiva, pues se pasa de un resultado grave a uno menos grave. Por ejemplo, cuando un sujeto empuja a otro al cual le iba caer una piedra en la cabeza –de haberle caído la piedra en la cabeza lo hubiera matado-, pero producto del empujón sufre lesiones en su cuerpo. En este caso no hay

imputación objetiva. Por otro lado, es lógico pensar que la Norma Penal no puede prohibir acciones que mejoren la situación del bien jurídico.

- **Casos en los que el sujeto pasivo crea o aumenta el riesgo.-** No existe imputación objetiva y, por tanto, no se podría procesar penalmente al supuesto sujeto activo del delito, por ejemplo: si "A" conduce su vehículo, en forma responsable y adecuada, por la vía expresa y "B" -peatón- cruza borracho, por lo que "A" atropella a "B", a nuestro criterio no habría imputación objetiva porque es "B" el que aumenta el riesgo.

Por último, esta teoría establece que se debe dar dentro del ámbito de protección de la norma, es decir que, pese haberse dado un aumento del riesgo, la imputación objetiva también puede ser negada si el resultado producido no era aquél que la norma quería evitar; por ejemplo, el art. 106° trata el delito de homicidio el cual tiene como finalidad proteger la vida, pero sólo en una esfera de inmediatez con la acción típica, si "A" mata a "B", y la anciana madre de la víctima al recibir la noticia fallece de un paro cardíaco, no puede decirse que la muerte de la madre le sea imputable objetivamente a la acción homicida de "A", ya que dicha muerte queda fuera de la esfera de protección de la norma penal, cosa distinta sería si "A" mata a "B" sabiendo que esto le produciría un infarto a la madre anciana, es decir, cuenta con que se produzca la muerte de la madre; en este supuesto si existiría imputación objetiva. Así, el profesor Bacigalupo[34] dice: "No es imputable objetivamente el resultado que se produce *fuera del ámbito de protección de la norma penal.* Se trata de casos en los que el resultado de la acción va más allá del objeto de protección de la norma. Cabe analizar desde este punto de vista los casos en los que la acción produce un resultado típico y *como consecuencia de este* se produce

[34] Bacigalupo, Enrique.- op. cit., p. 101.

otro resultado típico. Ejemplo: *A* mata *E*; al comunicársele a la madre de la víctima del hecho, esta muere de un síncope cardiaco. Probablemente en este caso las teorías de la causalidad admitirían la existencia de la causalidad *también* respecto del segundo resultado. Sin embargo, *no* cabría hablar de imputación objetiva si se parte de la base de que el ámbito de protección de la norma sólo se extiende hasta la concreción *inmediata* del peligro representado por la acción".

f) Objeto material:

Es aquello sobre lo cual recae la conducta del sujeto activo. El bien jurídico es ideal, el objeto material es real (ej. en hurto de dinero el bien jurídico es la posesión y el objeto material es el dinero; en homicidio, el bien jurídico es la vida, el objeto material es el cuerpo de la víctima). Conforme dice le profesor Fernando Velásquez[35]: "Es la persona o cosa material o inmaterial sobre la cual recae la acción del agente, esto es, puede tratarse de un hombre vivo o muerto, consciente o inconsciente, de una persona jurídica o ente colectivo, de una colectividad de personas, del ente estatal mismo, toda cosa animada o inanimada de carácter material o no. Sin embargo, pareciera más preciso entender por tal *todo aquello sobre lo cual se concreta la trasgresión del bien jurídico tutelado y hacia el cual se dirige el comportamiento del agente*".

El objeto material sobre el que recae físicamente la acción típica es el objeto del delito. Como sabemos los bienes jurídicos no aparecen como objetos aprehensibles en nuestra realidad, ya que son valores inmateriales del orden social sobre el que descansa la armonía, el bienestar y la seguridad de la vida en sociedad.

El objeto material se presenta claramente en los delitos de resultado de lesión y de peligro concreto.

---

[35] Velásquez Velásquez, Fernando.- op. cit., p. 353.

g) Elementos descriptivos y normativos:

Los elementos descriptivos apuntan a lograr una definición del tipo en forma concluyente, absoluta, con exclusión de la variable de valoración judicial. Es por eso que, nuestro Código Penal usa términos como: matar, sustraer, etc. Son conceptos que pueden ser tomados por igual del lenguaje diario o de la terminología jurídica, y describen objetos del mundo real. Son susceptibles de una constatación fáctica[36]. En cambio, en el caso de los elementos normativos, el juez, de manera expresa o tácita, requiere efectuar una valoración de los conceptos dados, por lo que recurre a los métodos de interpretación de que dispone, se remite entonces a normas y padrones valorativos ajenos al tipo penal, se refiere entonces a premisas que sólo pueden ser imaginadas y pensadas con el presupuesto lógico de una norma, por ejm: ajeno, veneno, crueldad, perjuicio patrimonial, etc. En este sentido, Gómez Benítez[37] dice: "Los elementos normativos del tipo son aquellos conceptos aludidos en la descripción típica que *requieren de una complementación valorativa de naturaleza jurídica o social.* Es decir, que su significado no se deduce directamente de juicios de experiencia, sino a través de juicios de valoración jurídica o social. Por eso se dice que su naturaleza es estrictamente normativa".

Conforme dice el profesor Carlos Creus[38]: "(...) los elementos normativos no son tanto elementos de la acción en sí misma, cuanto valoraciones con las que se caracterizan ciertos elementos descriptivos. Ellas pueden recaer sobre el núcleo de la acción (...); sobre el objeto material (...); sobre el sujeto pasivo (...); sobre el sujeto activo (...)".

Los elementos descriptivos son aquellos que el autor puede conocer y comprender predominantemente a través de sus sentidos; puede verlos,

---

36 Jescheck, Hans-Heinrich.- op. cit., p. 243.

37 Gómez Benítez, José Manuel.- "Teoría Jurídica del Delito – Derecho Penal. Parte General", Editorial CIVITAS S.A., Madrid, 1988, p. 193.

38 Creus, Carlos.- op. cit., p. 207.

tocarlos, oírlos, etc. -Ejm: bien mueble en el caso del delito de hurto-; mientras que los elementos normativos, son aquellos en los que predomina una valoración que no es perceptible sólo mediante los sentidos -Ejm: el concepto de "ajeno" en el delito de hurto (art. 185° CP). Se trata de elementos cuyo conocimiento no se exige de una manera técnico-jurídica: es suficiente con la "valoración en la esfera del profano". También pertenecen a este grupo aquellos términos que requieren una valoración empírico-cultural del autor, como el término "perturba la tranquilidad pública" en las faltas contra las buenas costumbres (art. 449° CP). Como se observa, el legislador introduce en el tipo conceptos jurídicos indeterminados, en los que hay una remisión a difusos criterios extrajurídicos, en estos casos sólo cabe cumplir la exigencia de la vinculación del juez a la ley haciendo que la valoración responda exclusivamente a los conceptos valorativos de la colectividad.

Muchas veces, la diferencia entre ambos elementos se oscurece, dado que, los elementos descriptivos del tipo también necesitan de un cierto nivel de interpretación; es así por ejemplo que la diferencia entre bien mueble e inmueble que tiene el derecho penal es diferente al que posee el derecho civil.

5. Tipo y Antijuricidad.

La antijuricidad es un concepto amplio, el cual indica que se está actuando en contra del ordenamiento jurídico, sin embargo no todo comportamiento antijurídico es relevante para el derecho penal. De acuerdo al orden de los elementos de la teoría del delito y según el principio de legalidad, para que un comportamiento sea antijurídico primero debe ser típico. Pero, no toda conducta típica se puede calificar de antijurídica, motivo por el cual se dice que la tipicidad es sólo un indicio de la existencia de la antijuricidad -función indiciaria del tipo-. Por ejemplo, si "A" mata a "B", realiza una conducta típica -art.106°- pero todavía no podemos afirmar que su conducta es antijurídica, ya que puede podría presentarse una legítima defensa.

De acuerdo a los profesores Cobo del Rosal y Vives Antón:[39] "(...) no todos los hechos que el ordenamiento jurídico considera injustos interesan al derecho penal, sino solamente aquellos que se hayan explícitamente tipificados. Los tipos penales expresan, pues, la desvalorización objetiva que el ordenamiento jurídico penal atribuye a ciertas clases de hechos. Pero, la antijuricidad no es una relación establecida entre el tipo y el ordenamiento jurídico, sino entre *una determinada relación del tipo y el derecho*".

6. Tipo y Adecuación Social.

Hay ciertas conductas que típicamente son delitos pero que socialmente se consideran atípicos (ej. las lesiones en los deportes). Esta adecuación depende de la cultura de la sociedad. Debe quedar claro que este no es un caso de falta de acción, sino que una conducta típica es socialmente permitida y por lo tanto no se sanciona.

Es lógico sostener que todo comportamiento humano ajustado a las pautas de convivencia de la sociedad deviene en atípica, ésta es la idea principal de Hans Welzel, aunque formalmente puedan subsumirse dentro del texto legal.

La adecuación social, hasta el día de hoy, no ha podido determinar su ubicación dentro de la teoría del delito, la doctrina está dividida; para algunos es causa de atipicidad, otro sector plantea que es una causa de justificación derivada de la costumbre y, finalmente, algunos la consideran como eximente de culpabilidad (excusa absolutoria). Lo característico de la Adecuación Social es que el daño al bien jurídico debe ser mínimo, se presenta un riesgo jurídicamente irrelevante o en algunos casos un riesgo permitido.

---

[39] Cobo de Rosal M. y Vives Antón T.S. - "Derecho Penal - Parte General", 3° edición, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1990, p. 235.

7. Causas de Atipicidad.

Las causas de atipicidad son aquellas que impiden la formación del tipo penal y, por tanto, excluyen la tipicidad de la conducta. Así encontramos diversos casos:

1. **El error de tipo (art. 14°, primer párrafo).-** Nuestro Código Penal señala: "*El error sobre un elemento del tipo penal o respecto de una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley*".

   El error de tipo ataca directamente la existencia del dolo, lo que impediría la formación de la tipicidad subjetiva. Debemos mencionar, que si el error es invencible su efecto es la desaparición del dolo y la culpa respecto del comportamiento realizado por el sujeto, lo que conlleva a la desaparición total de la tipicidad.
   Si el error de tipo es vencible, el delito será sancionado si existe la forma culposa en forma expresa en nuestro Código Penal. Lo cual nos lleva a que no todos los comportamientos que presenten un error de tipo vencible sean atípicos, por ejemplo: si el sujeto comete un delito de aborto (art. 114°), bajo la influencia de un error de tipo vencible, se producirá el mismo efecto que en un error de tipo invencible, dado que, no existe la figura culposa en el delito de aborto; caso contrario, si el comportamiento del sujeto bajo la influencia del error de tipo vencible produce un homicidio (art. 106°), el agente será sancionado por un tipo culposo (art. 111° - homicidio culposo-).
   El desarrollo del tema *Error de Tipo* se tratará más detalladamente en el Capítulo de los Delitos de Comisión dolosa.

2. **Obrar por disposición de la ley o en cumplimiento de un deber (art. 20° núm. 8).-** El artículo en mención contiene tres supuestos, pero sólo los dos enunciados son interesan por ser considerados como causas de atipicidad.

El actuar bajo el amparo de la ley o en cumplimiento de un deber (ordenado por la ley) implica que el actuar es jurídicamente correcto, adecuado y obligatorio, motivo por el cual el comportamiento nunca podrá ser típico, mucho menos antijurídico.

Al respecto, el profesor Villavicencio[40] señala: "Obrar por disposición de la ley supone el cumplimiento de un deber que la ley ordena (...) creemos que se trata de una causa de atipicidad pues "las causas de justificación se generan a partir de un precepto permisivo, en tanto que en el cumplimiento de un deber jurídico hay sólo una norma preceptiva (una orden)" a continuación añade: "cuando haya una obligación específica de actuar para el sujeto, no se trata ya de un permiso, sino que cometería delito si no actuara. En estos casos se presentaría una grave contradicción: no actuar sería tan típico como actuar, de ahí que consideremos que efectivamente es una causa de atipicidad. Ejemplo: el policía que tiene la obligación de detener".

Los supuestos del Código tienen como base actuar el cumplimiento de la ley, lo que en ningún caso puede ser considerado como delito; así:

- Obrar por disposición de la ley.- Se traduce en la práctica en órdenes de actos legítimos de la autoridad y en actos que la ley faculta a ejecutar. En esencia se puede decir que la ley ordena y el sujeto debe obedecer; esto se presenta generalmente en el actuar de los funcionarios públicos.

---

40 Villavicencio Terreros, Felipe.- "Código Penal", Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1992, p. 137.

Toda ley que ordena o permite la lesión o la amenaza de un bien jurídico ordinariamente protegido por el derecho, excluye, por sí misma, el carácter delictuoso del acto que en su nombre se realizó. Como dijimos anteriormente, nos encontraríamos ante un acto atípico.

- En cumplimiento de un deber.- Se trata del cumplimiento de un deber jurídico. El que realiza una conducta jurídicamente obligatoria no puede quedar sometido a responsabilidad criminal alguna, por la sencilla y obvia razón de que su actuar no puede ser calificado de antijurídico[41]. En este sentido el profesor Berdugo[42] dice: "Si el ordenamiento jurídico (en cualquiera de sus sectores) establece un deber de actuar u omitir respecto a un sujeto o grupo de sujetos, incluso lesionando con ello bienes jurídicos penalmente protegidos, es claro que debe primar el cumplimiento de ese deber sobre la evitación de daños a dichos bienes". Por lo expuesto, somos de la opinión que nos encontramos frente a una causa de atipicidad.
  Generalmente el cumplimiento de un deber recae sobre los funcionarios públicos y las fuerzas armadas, pero nada impide que un particular se encuentre alguna vez en una situación a la cual se le pueda aplicar esta causa de atipicidad.

3. **El Consentimiento (art. 20° núm. 10) .-** Nuestro Código Penal señala: *"El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición"*.
   Tradicionalmente se ha tratado al Consentimiento como una causa de justificación, lo que, en nuestro concepto, es erróneo dada la redacción de nuestro Código Penal. El consentimiento surge cuando el sujeto activo realiza una conducta típica

41 Cobo del Rosal, M. y Vives Anton, T.S. op. cit., p. 366.

42 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros. "Lecciones de Derecho Penal Parte General", 2° edición, Editorial Praxis, Barcelona, 1999, p. 236.

autorizada expresa o tácitamente por el titular de un bien jurídico de libre disposición -sujeto pasivo-. Como vemos, de acuerdo a nuestro código, el consentimiento se tiene que dar antes del comportamiento del sujeto activo, produciendo que su comportamiento no atente contra el bien jurídico protegido y, por tanto, no existe tipicidad. En estos casos la norma cede, como consecuencia de la renuncia del titular del bien jurídico amenazado, a la protección jurídica. De acuerdo al profesor Berdugo[43]: "(...) el consentimiento debe reunir una serie de condiciones para que tenga relevancia excluyente de la prohibición penal; condiciones que se pueden sintetizar en la exigencia de libertad en su emisión, sin coacciones de ninguna clase y con perfecta conciencia del alcance de la decisión (...)". En la práctica el uso del consentimiento no tiene mucha aplicación, sólo en los casos en que el bien jurídico amenazado está en toda su dimensión, tanto desde el punto de vista general como concreto, en el ámbito de dominio privado del individuo; y esto solo sucede en un pequeño grupo de intereses.

Existe disyuntiva en la doctrina sobre la naturaleza jurídica del consentimiento. Para algunos autores es causa de atipicidad y para otros es causa de justificación. Como ya hemos mencionado, en nuestro concepto, el consentimiento excluye la tipicidad cuando el tipo penal describe una acción cuyo carácter ilícito reside en el obrar contra la voluntad del sujeto pasivo. Son los casos en que la ley condiciona expresamente la tipicidad a la ausencia de conformidad con el sujeto pasivo, por ejemplo: la violación de domicilio -art. 159°– y; aquellos en que tal ausencia se deduce implícitamente del contexto o del objeto de protección de la ley, por ejemplo: cuando se utiliza el automóvil de un amigo para auxiliar al hijo del mismo, ya que, ha sufrido un accidente.

---

[43] Ibid. p. 239.

Nuestro Código Penal no admite, de acuerdo a su redacción, que el consentimiento sea posterior al comportamiento realizado por el sujeto activo. Pero, sin embargo si esto sucediera, el consentimiento estaría convalidando un comportamiento prohibido, se lo podría calificar, con las reservas del caso, como una causa de justificación.

Cabe hacer una distinción entre los términos "acuerdo" y "consentimiento". En el *acuerdo*, la "acción típica" se centra, exclusivamente en la voluntad de la "víctima"; es decir, si éste está de acuerdo, el hecho se considera como normal dentro de la sociedad, por tanto, la acción se convierte en atípica. Por ejemplo: en el delito de violación de domicilio –art. 159° del Código Penal-, si el propietario del inmueble da su conformidad con la presencia del agente, no se ha cometido ninguna acción típica y, por tanto, no hay delito alguno. Caso distinto es el del *consentimiento*, en el cual aunque el afectado puede disponer del bien jurídico, la acción típica no le afecta únicamente a él, sino que se afecta el significado que tiene dicho bien jurídico para la sociedad; es decir, la conformidad de la víctima no constituye que el hecho sea aceptado como normal para la sociedad. Por ejemplo: en el delito de violación, la víctima puede otorgar su consentimiento pero, igualmente la sociedad se siente consternada frente al hecho producido. De acuerdo a lo expresado, el acuerdo seria una causa de atipicidad y el consentimiento una causa de justificación. Así, podemos decir que, en nuestro ordenamiento jurídico, se utiliza el término "consentimiento" en forma indistinta, tanto en un sentido propio como para referirse al "acuerdo".

Requisitos para invocar el consentimiento:

a) El ordenamiento jurídico debe reconocer la facultad de consentir del sujeto pasivo, siempre y cuando el bien jurídico sea de libre disposición. Lo que nos lleva a pensar que el consentimiento en ataques a bienes de la colectividad resulta inimaginable; no

cabe concebir, un consentimiento en la amenaza a valores estatales o supraestatales.

El consentimiento no puede operar sobre los bienes jurídicos irrenunciables, por ejemplo: la vida. El profesor Maurach[44] añade: "(...) se debe excluir, asimismo, aquellos tipos penales en los que el consentimiento del titular del lesionado bien jurídico privado, pertenece al *tipo legal*. En la *usura*, por ejemplo, el consentimiento del sujeto pasivo no puede, en caso alguno, producir efecto justificante sin que se llegue pues a plantear siquiera la ulterior cuestión, a la que en la práctica debe siempre darse una respuesta afirmativa, de sí concurre un apreciable vicio de voluntad en la víctima".

b) El sujeto que otorga el consentimiento debe tener la capacidad de disponer del bien jurídico. El sujeto, de manera racional debe otorgar su consentimiento, es así que incluso un menor de edad podría darlo, por ejemplo: en el delito de violación opera el consentimiento de la víctima a partir de los 14 años a más.

El consentimiento no funciona si la persona está incapacitada, como por ejemplo en el caso que esté ebrio o drogado. Tampoco opera cuando se lesionan bienes jurídicos personalísimos, por ejemplo: nadie puede consentir que otra persona lo mate. Un caso curioso presenta el Código Penal respecto de las lesiones culposas leves en las que sí opera el consentimiento (art. 124°, primer párrafo). A esto el profesor Maurach[45] añade: "Un consentimiento, obtenido subrepticiamente, o afectado por un vicio de voluntad (error, por ejemplo), tiene tan poca importancia, para el derecho penal, como el consentimiento de un inimputable (por ejemplo, de un sujeto fuertemente embriagado)".

---

44 Maurach, Reinhart.- "Tratado de Derecho Penal", Traducción y notas de derecho penal español por Juan Córdova Roda, T.I. Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p. 406.

45 Ibid, p. 409.

c) El consentimiento debe ser previo al hecho delictivo conforme lo dispone la redacción de nuestro Código Penal, por lo que no incluye un consentimiento posterior a la realización del hecho típico.
Respecto al aspecto subjetivo: el agente debe haber actuado con conocimiento de la libre disposición que tiene el sujeto pasivo respecto del bien jurídico y, en base a éste debe realizar su comportamiento.

4. **Adecuación social de la conducta.-** Como hemos referido anteriormente, hay ciertos comportamientos que típicamente son delitos pero que socialmente se consideran atípicos (se debe incluir en este rubro a los llamados delitos de bagatela: hechos insignificantes). En este sentido el profesor Luzón Peña[46] nos dice: "(...) mayoritariamente se la considera como una causa de atipicidad por entender que si una conducta aparentemente subsumible en un tipo legal (...) se considera socialmente correcta, adecuada, entonces realmente no es jurídicopenalmente relevante la perturbación del bien jurídico y por ello no supone un indicio de antijuricidad".

5. **Conductas realizadas sin dolo de afectar al bien jurídico.-** Nos encontramos frente al caso de comportamientos destinados a salvar o proteger al bien jurídico de una lesión o puesta en peligro; por ejemplo: no existe conducta típica cuando un médico encuentra a un sujeto que ha sido atropellado por un vehículo y, de inmediato le presta auxilio haciendo su máximo esfuerzo por salvarlo, sin embargo la persona muere en sus brazos. Así, se aceptan todas las conductas destinadas a mejorar la salud de la persona, para lo que en algunos casos se tendrá que recurrir a las operaciones quirúrgicas. En conclusión, se excluye el tipo subjetivo.

---

46 Luzon Peña, Diego Manuel.- op. cit; p. 561.

6. **Falta de algún elemento del tipo.-** La congruencia entre el tipo penal y el comportamiento del sujeto debe ser completa, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, de lo contrario la conducta es atípica. Aquí, el principio de legalidad funciona como garantía para el sujeto, dado que éste no puede ser procesado por la realización de comportamientos diferentes a los establecidos por el ordenamiento jurídico. En este sentido tenemos el art. 11° el que señala: *"Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley"*. Se requiere la existencia de dolo o la culpa para que el comportamiento realizado por un sujeto sea pasible de calificarse como típico y; además, la existencia del comportamiento prohibido u ordenado. Sí el cumplimiento del tipo penal es parcial la tipicidad no existe.

7. **Delito putativo.-** Surge cuando el sujeto cree que está realizando un comportamiento delictivo, pero que en realidad no está prohibido por el derecho, por tanto, es atípico.

CAPÍTULO IX

DELITOS DOLOSOS DE COMISIÓN

Las conductas lesivas de los bienes jurídicos pueden ser de dos clases: dolosas o culposas. En el primer caso, el sujeto es consciente de que quiere dañar el bien jurídico y quiere hacerlo; es decir, los delitos dolosos de comisión se caracterizan porque existe una identidad entre lo que el autor hace objetivamente –tipo objetivo- y lo que quiere realizar –tipo subjetivo-. La mayor parte de los artículos de la parte especial son dolosos, siendo los delitos culposos un grupo reducido que se sancionan siempre que el Código lo disponga en forma expresa (art. 12° del Cp). El tipo subjetivo es mucho más difícil de probar que el tipo objetivo, ya que refleja una tendencia o disposición subjetiva que se puede deducir, pero no observar[1]. En el segundo caso, el sujeto no busca ni pretende lesionar el bien jurídico, pero por su forma de actuar arriesgada y descuidada produce la lesión. Como señala el profesor Berdugo[2]: "(...) las dolosas son conductas dirigidas por la voluntad contra la propia norma de prohibición a atentar contra el bien jurídico de que se trate, y las conductas imprudentes se limitan a desconocer la norma de cuidado. Por lo tanto, los comportamientos dolosos e imprudentes comportan una gravedad diferente, un diferente

---

1 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- "Derecho Penal – Parte General", 4° edición, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 302.

2 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- "Lecciones de Derecho Penal – Parte General", 2° edición, Editorial Praxis, Barcelona, 1999, p. 195.

desvalor de acción, del que el legislador da cuenta al prever una pena para el delito imprudente sensiblemente inferior que para el delito doloso".

Debemos aclarar que los tipos penales presentan una estructura diferente dependiendo del comportamiento que se realice –por comisión o por omisión- y de acuerdo al aspecto subjetivo –por dolo o por culpa-; así se puede presentar el siguiente esquema:

a) Tipos de Comisión { dolosos / culposos }

b) Tipos de Omisión { dolosos / culposos }

1. Tipo Objetivo y Tipo Subjetivo.

El análisis del tipo objetivo se ha realizado dentro del capítulo referido a la Tipicidad, en el cual se han detallado cada uno de los elementos que la conforman. En este lugar procederemos al estudio del Tipo Subjetivo.

Tipo Subjetivo.

La tipicidad incluye un aspecto objetivo y uno subjetivo. El subjetivo se refiere al actuar del sujeto, pudiendo ser este por dolo o por culpa; aquí veremos el tratamiento del dolo, sus elementos y sus clases, y dejaremos la culpa para el capítulo referido a los delitos de comisión culposa.

2. Tipicidad Subjetiva: Dolo y clases.

Como primera anotación debemos señalar que analizaremos el dolo desde el punto de vista de la *teoría finalista*. Existe dolo cuando el sujeto realiza el acto con conciencia y voluntad de realizar el tipo

objetivo, es decir, el sujeto sabe lo que hace y lo quiere hacer. La *conciencia* es el conocimiento de estar realizando el tipo objetivo, debe ser actual, es decir debe estar presente en el momento que se realiza el hecho; el conocimiento no tiene que ser exacto o científico, sino el propio de un profano –persona promedio-. No se exige que el sujeto conozca que ese hecho esta en contra del ordenamiento jurídico. La *voluntad* es querer realizar los elementos objetivos del tipo. En palabras del profesor Berdugo[3]: "Se debe distinguir en el dolo la doble dimensión de *conocimiento* y *voluntad.* Sólo el que sabe lo que ocurre puede querer que ocurra, es decir aplicar su voluntad a conseguir el resultado que tenga en la cabeza. El sujeto debe ser consciente de que concurren todos los elementos del tipo objetivo".

El dolo incluye el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto, y no requiere que se advierta que dicha relación es antijurídica -no incluye la conciencia de la antijuricidad-[4]. Por ejemplo: en el homicidio, un sujeto sabe que disparando un arma de fuego sobre una parte vital del cuerpo humano de otro le causará la muerte y, aún así, dispara porque quiere matarlo. Este tipo de dolo es denominado por la doctrina como *dolo natural,* el cual se centra sobre los hechos típicos y, no toma en cuenta si el sujeto conoce lo antijurídico de su actuar. En contra posición a esto, debemos señalar que la corriente causalista sostiene el denominado *dolo malo*, el cual incluye el conocimiento de la antijuricidad.

Debemos distinguir dolo de móvil; en algunos casos pueden coincidir, pero casi siempre el móvil es irrelevante para el Derecho Penal, ya que se refiere a la finalidad -lo que se quiere obtener, el provecho- con que se actuó y no a la determinación con que se hizo la

---

3 Ibid. p. 196.

4 Bramont Arias, Luis Alberto y Bramont-Arias Torres, Luis Alberto.- "Código Penal Anotado", 4° edición, Editorial San Marcos, Lima, 2001, pp. 162-163.

acción propiamente dicha. El móvil puede adquirir relevancia en el ámbito de la culpabilidad cuando se analiza el grado de reproche que se le puede dar al comportamiento de la persona. Por ejemplo: un sujeto comete un hurto de dinero con el móvil de utilizarlo para pagar una operación de urgencia que requiere su madre, el comportamiento que realiza es típico y antijurídico, pero a nivel de la culpabilidad se puede considerar éste móvil como atenuante de su comportamiento.

Clases de Dolo.

El dolo puede variar de acuerdo a la intensidad en torno a la conciencia o voluntad en el comportamiento del agente:

a. **Dolo Directo o de primer grado**, cuando el agente busca realizar un hecho y lo hace. Hay coincidencia entre lo que quiere y lo que hace -es el dolo propiamente dicho-. Conforme el profesor Fernando Velásquez[5]: "(...) hay dolo cuando el agente realiza la conducta tipificada en la ley sabiendo que lo hace y queriendo llevarlo a cabo, de donde se desprende que está conformado por dos momentos: uno intelectual, cognitivo o cognoscitivo; y otro voluntario, voluntativo o volitivo". Por ejemplo: "A" quiere matar a "B" y lo hace.

   Conforme señala el profesor Santiago Mir Puig[6], en el dolo de primer grado predomina el elemento voluntativo –la intención-, pues el agente persigue la realización del delito. Sus características son:

   - No interesa que el autor esté seguro o estime como posible que se va a producir el resultado –lesión o puesta en peligro del bien jurídico-.

---

5 Velásquez Velásquez, Fernando.- "Derecho Penal – Parte General", 2° edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 362.

6 Mir Puig, Santiago.- "Derecho Penal – Parte General", 5° edición, Impreso por TECFOTO, Barcelona, 1998, p. 244.

- No interesa que sea el único fin que mueve su actuación. Por ejemplo, no interesa si el delito es un medio para obtener otro fin, de todas maneras se sanciona.

b. **Dolo de Consecuencias Necesarias o dolo de segundo grado,** cuando el sujeto activo sabe que para realizar un hecho *necesariamente* tendrá que producir una consecuencia adicional que se encuentra ligada al resultado. El sujeto asume las consecuencias generadas por el hecho que comete. En este caso prima el elemento intelectual –el conocimiento-, pues el sujeto advierte que su comportamiento trae consigo otro delito. Por ejemplo: "A" quiere matar a "B" que está en un ferrocarril y lo descarrila moviendo las agujas de la línea férrea, "A" tiene dolo directo de matar a "B" y dolo de segundo grado respecto a todos los demás pasajeros.

c. **Dolo Eventual**, cuando el sujeto no quiere producir un resultado, pero considera que éste es de probable producción. El sujeto no quiere el resultado pero cuenta con él, asume el riesgo[7]. De acuerdo al profesor Santiago Mir Puig: "Si en el dolo directo de segundo grado el autor se representa el delito como consecuencia *inevitable*, en el *dolo eventual* (o dolo condicionado) se le aparece como resultado *posible* (eventual)". Por ejemplo, un delincuente ha decidido asaltar un banco y sabe que hay un vigilante de 80 años, sabe también que, de amordazarlo este puede morir por asfixia, pese a todo lo hace y al día siguiente en los periódicos aparece la noticia de que el vigilante murió de la forma descrita. Existen problemas para diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente, dado que

---

7 Si en el dolo directo de segundo grado el autor se representaba el delito como consecuencia *inevitable*, en el dolo eventual (o dolo condicionado) aparece como resultado *posible*.

tienen una estructura común:

- En ninguno se desea el resultado y,
- En ambos el autor conoce de la posibilidad de que se produzca el resultado.

Existen diversas teorías con la intención de diferenciar claramente el dolo eventual de la culpa consciente, tres son las más aceptadas:

a. **Teoría del consentimiento.-** La distinción entre dolo eventual y culpa consciente está en que el autor consienta la posibilidad del resultado, en el sentido que lo apruebe. Se debe, entonces, preguntar al agente: ubicándose en un punto anterior al hecho y sabiendo que su comportamiento provocaría el resultado típico ¿habría realizado igual la acción?. Si la respuesta es positiva, hay dolo eventual. Si la respuesta es negativa, es decir si el agente realiza su conducta abrigando la posibilidad de que no se va a producir el resultado típico, hay culpa consciente.

b. **Teoría de la probabilidad o de la representación.-** Lo decisivo para esta teoría es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor. Cuando la probabilidad es alta surge el dolo eventual, si es baja hay culpa conciente. Esta teoría puede ser criticada porque se pueden presentar casos intermedios.

c. **Teoría Ecléctica.-** Surge de la combinación de las dos anteriores. Se exige que el sujeto tome en *serio* la posibilidad del delito y, al mismo tiempo, que se conforme con dicha *posibilidad.* Tomar en serio la posibilidad es no descartar que se pueda producir (cierto

conocimiento) y conformarse con dicha posibilidad significa resignarse a ella. De cumplirse con estos dos puntos existiría dolo eventual.

3. Ausencia de Dolo: Error de Tipo.

Conviene recordar las palabras de los profesores Cobo del Rosal y Vives Antón[8]: "*No hay delito sin tipo.* Las exigencias materiales del principio de legalidad se concretan, en un primer momento, en la subsunción del hecho realizado bajo el tipo de injusto correspondiente a una figura legal determinada. El tipo, según se ha visto, juega, junto a un papel *fundamentador* del injusto, otro *delimitador* de la esfera de lo penalmente relevante. Los intereses del derecho penal encuentran así una frontera insalvable: sólo lo que queda dentro del ámbito del tipo de injusto puede desencadenar consecuencias jurídico penales".

En un primer momento debemos hacer la distinción entre "error" e "ignorancia"; el error surge cuando el sujeto tiene un conocimiento que no se ajusta a la realidad (falsa representación) o no entiende en forma correcta el significado social o jurídico; en cambio, la ignorancia implica una falta de conocimiento total de algo. Ahora bien, para efectos penales, surge una equiparación entre el tratamiento del error y la ignorancia.

El **error de tipo** recae sobre un elemento objetivo del tipo[9], el sujeto piensa que esta realizando un hecho lícito, atípico, pero objetivamente ha realizado un tipo penal. El error de tipo puede ser

---

8 Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T.S.- "Derecho Penal – Parte General", 3° edición, Tirant lo blanch derecho, Valencia, 1990, p. 345.

9 Vid. Quintero Olivares: "El error de tipo se refiere a los elementos que forman parte del mismo, que pueden ser fácticos, valorativos, e incluso normativos (...)". En: "Curso de Derecho Penal – Parte General", Cedecs Editorial, Barcelona, 1996, p. 350.

vencible o invencible. Conforme señala el profesor Santiago Mir Puig[10]: "Si el dolo requiere conocer y querer la realización del tipo de injusto, el error determinará su ausencia cuando suponga el *desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto*". Es **vencible** si el agente, actuando con la diligencia debida, se hubiese dado cuenta de su error, aquí se elimina el dolo pero subsiste la culpa y será sancionado como un delito culposo, siempre que esté contemplado por el Código Penal (art.12°). Es **invencible** cuando, aun actuando con la diligencia debida, el sujeto no hubiese podido darse cuenta de su error, aquí el sujeto queda exento de responsabilidad, pues se elimina tanto el dolo como la culpa, (atipicidad).

El error de tipo, de acuerdo al primer párrafo del artículo 14° del Código Penal surge cuando en la comisión del hecho se desconoce: "(...) un elemento del tipo penal o r*especto a una circunstancia que agrava la pena, si es vencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley*". Con el término "elementos" se alude a los componentes de la tipicidad objetiva del tipo legal -elementos referentes al autor, la acción, al bien jurídico, causalidad e imputación objetiva y los elementos descriptivos y normativos.

El tratamiento del error de tipo, reitera Jescheck, descansa en un sencillo principio fundamental, a saber: "(...) puesto que el dolo presupone el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo y en el error de tipo falta ese conocimiento total o parcialmente, el mismo excluye el dolo"[11]. Ahora bien: si el error citado fuese vencible,

---

10 Mir Puig, Santiago.- op. cit., p. 253.

11 Jescheck, Hans-Heinrich.- "Tratado de Derecho Penal - Parte General", traducción y adiciones del Derecho penal español por Mir Puig y Muñoz Conde, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 415 y ss.

desaparecería el dolo pero se sancionaría a título de culpa la responsabilidad penal. Tal como señala Muñoz Conde[12]: "(...) el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de alguno de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo".

Por ejemplo, Miguel estaba de caza en un lugar donde se encontraba permitido realizar dicha actividad, dispara sobre Juan que regresaba de una fiesta de disfraces vestido como un oso; Miguel mata a Juan creyendo que es un animal, dada las circunstancias en que se produce la acción, surge un error de tipo invencible porque en ningún momento Miguel pudo imaginarse ni representarse que Juan no era un oso. Pero, si la acción se hubiese producido en un lugar donde no se practicase la actividad de caza de animales y que por el contrario es usado como lugar de esparcimiento familiar, y pese a esto, Miguel dispara sin tomar ninguna precaución sobre los arbustos que se mueven creyendo que se trataba de un animal y mata a Juan, Miguel responderá por homicidio culposo, dado que se ha presentado un error de tipo vencible; ya que de haber actuado con mayor diligencia Miguel no habría matado a Juan.

Por sus efectos, el error se divide en esencial -que excluye el dolo respecto del objeto al que se afecta-, y accidental[13]. Conforme Gómez Benitez[14]: "(...) en caso de error sobre elementos *esenciales* queda excluido el dolo de realizar el tipo, mientras que en el caso de

---

12 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit., p. 313.

13 Son elementos accidentales del tipo objetivo los elementos cualificados específicos y las circunstancias atenuatorias específicas previstas en los tipos objetivos respectivos. No se trata pues, de circunstancias agravantes o atenuantes genéricas de la responsabilidad criminal, sino de elementos agravantes o atenuantes específicos de determinados tipos penales, que se denominan: tipos privilegiados y tipos cualificados con relación a un tipo básico que contiene los elementos esenciales.

14 Gómez Benítez, José Manuel.- "Teoría Jurídica del delito – Derecho Penal. Parte General", Editorial CIVITAS S.A., Madrid, 1988, p. 221.

error sobre elementos *accidentales* queda excluido sólo el dolo de realizar la agravante o atenuación específica del tipo –es decir, de realizar el tipo cualificado o privilegiado, pero no el de realizar los elementos esenciales del tipo, es decir el dolo de realizar el tipo básico". Por otro lado, en el derecho penal existen errores que son tratados de una forma especial como: el error in persona o el objeto, aberractio ictus, error sobre las circunstancias que modifican la pena.

El error esencial, a su vez, se subdivide en vencible -que puede ser eliminado mediante el recurso al esfuerzo de conciencia exigible al sujeto, es decir, se pudo evitar si se hubiese observado el debido cuidado-, en este caso se responde por culpa –el delito culposo debe estar en forma expresa en la ley-; e invencible -que no puede ser eliminado con dicho esfuerzo de conciencia, o sea, que no hubiese logrado evitarse ni aplicando la diligencia debida-. Al ser invencible se excluye tanto el dolo como la culpa, el hecho es atípico y, por tanto, impune.

Conforme nuestro Código Penal, el error de tipo puede alcanzar a las circunstancias que modifican la pena, como es el error sobre las agravantes, al señalar el art. 14° del CP. que el error invencible sobre un elemento que agrava la pena excluye la agravación; por ejemplo, si el agente comete un delito de violación contra un descendiente menor de catorce (14) años (art. 173°) ignorando dicha condición, no podemos aplicar la agravante porque no existe dolo con respecto de esa circunstancia. Igual interpretación se puede dar si el error recae sobre una circunstancia atenuante, la cual no se puede aplicar si el agente no conoce la atenuación.

Bustos Ramírez[15] destaca que: "(...) este precepto resulta sumamente confuso, pues pone en un mismo plano situaciones

[15] Bustos Ramírez, Juan.- "Manual de Derecho Penal", Parte General, 3ra. Edición, Editorial Aries S.A., Barcelona, 1984, pp. 263-264.

diferentes, el error invencible sobre un elemento esencial de la infracción penal y el error sobre un elemento accidental (agravante). En primer lugar, la clasificación de error invencible o vencible tiene sentido respecto a un elemento constitutivo, pues se trata de determinar si la realización del hecho ha sido dolosa o culposa o bien sólo producto del caso fortuito o de una imprudencia no tipificada, pero tal clasificación no es posible aplicarla a un elemento accidental, como una agravante, ya que el injusto como tal siempre permanecerá, esto es, la realización del hecho no puede desaparecer por el error sobre la agravante. Sólo los tipos pueden realizarse dolosa o culposamente, no una agravante". Y concluye: "En definitiva se trata de una disposición que no tiene una fundamentación comprensible y que debería desaparecer."

Siempre debe tenerse en cuenta si el autor tenía pleno conocimiento de la norma prohibitiva general y del tipo por él realizado. Si lo tenía y su error consistía en el desconocimiento de una causal de justificación existente, se discute arduamente si se debe condenar por delito consumado o por tentativa. Por el contrario, si el autor creía en forma equivocada que su actuar, en realidad no prohibido, lo era efectivamente y que estaba sujeto a sanción, entonces no comete infracción alguna, de tal modo que no llega a plantearse la cuestión de la tipicidad y, con ello, de la penalidad (es un delito putativo).

Del error de tipo deben distinguirse los supuestos de desconocimiento de las condiciones objetivas de punibilidad de la culpabilidad o de alguna causa personal de exclusión de la pena[16]. Dado que las condiciones objetivas de punibilidad no están comprendidas dentro de la conciencia y voluntad de que trata el dolo, el error acerca de las mismas es intrascendente, es decir irrelevante y,

[16] Mir Puig, Santiago.- op. cit., p. 253.

por tanto, carece de efectos penales. También, se debe distinguir entre el error de tipo y el error de hecho, pues el error de tipo puede referirse tanto a elementos de hecho como de derecho –elementos normativos-; mientras que el error de hecho sólo se refiere a los hechos.

4. Casos Especiales de Error.

Dentro del tema del Error de Tipo, se presentan ciertos casos que merecen nuestra especial atención, dado el especial análisis que requieren y la complejidad del tema:

a. Error sobre el objeto de la acción (error in objecto vel persona).- En principio, es irrelevante la cualidad del objeto o de la persona sobre los que recae la acción. Se excluye el dolo del autor sí falta equivalencia típica entre el objeto representado y el objeto efectivamente atacado. De acuerdo a Gómez Benítez[17]:"Se trata de casos de error sobre el objeto de la acción, que puede ser una persona o un objeto material. El sujeto activo yerra sobre las características o identidad del objeto de la acción. Es decir, la acción recae sobre el objeto al que se dirigía, pero éste resulta ser de otra identidad o características". Por ejemplo, el sujeto dispara contra su enemigo, pero resulta que se confundió y mato a otra persona; en este caso, el dolo se da por la conciencia y voluntad de matar a una persona, no interesa que sea su amigo o su enemigo. Por lo tanto, el error en este caso es irrelevante.

En otras palabras, lo importante es que los objetos sean típicamente equivalentes u homogéneos, pues da lo mismo que "A" se apodere del automóvil de "B" que creía propiedad de "C", o que mate a "D" en lugar de a "Z".

---

[17] Gómez Benítez, José Manuel.- op. cit., p. 225

Si el resultado es más grave que el pretendido, la situación es diferente a la primera. Esto se da cuando no hay identidad entre el objeto o persona que se quería dañar y el dañado, siendo el objeto o persona dañado de mayor valor. En este caso, el error es relevante y, por tanto, excluye el dolo del tipo realizado. Ejm: una persona le dispara a lo que parece un ciervo entre los matorrales pero, en realidad, era una persona. En este caso el dolo iba enfocado a matar un animal y no ha una persona, por lo que el error hace desaparecer el dolo de homicidio. Otro ejemplo surge cuando una persona hurta un bien, art. 185° del CP-, sin saber que dicho bien tiene un valor histórico –art. 230° del CP-, la confusión se debió a un error sobre el objeto.

Asimismo, puede darse que el resultado producido sobre el objeto o persona sea más leve que aquel que inicialmente se quería. En este caso, el agente responde por el tipo correspondiente al resultado más leve. Por ejemplo, "A" quiere matar a su padre, se confunde y mata a un tercero; "A" sólo responde por homicidio simple y no por parricidio.

b. Error sobre el nexo causal.- Las desviaciones no esenciales o que no afectan a la producción del resultado querido por el autor, son *irrelevantes*. Es decir, se produce cuando entre la representación del autor de un determinado desarrollo del suceso y el suceso que realmente se produce como consecuencia de la acción, existe coincidencia en lo esencial, por lo que el dolo no resulta excluido (por ejemplo, "A" quiere matar a "B" en forma instantánea mediante un disparo con arma de fuego; sin embargo "B" muere, después de varias horas de agonía, circunstancia que no es esencial sino secundaria). Por el contrario, cuando entre la representación del autor y el suceso acaecido hay una divergencia esencial, esto es, si el resultado se produce de un modo totalmente desconectado de la acción

del autor, el hecho sólo podría imputarse como tentativa de homicidio (en el ejemplo anterior, sí "B" muriese posteriormente a consecuencia del incendio del hospital al que fue llevado). Para el análisis de este caso, es de suma importancia el manejo de la teoría de la Imputación objetiva, que se basa tanto en la creación como en el aumento del riesgo, y si éste es imputable al sujeto activo; de no ser así no existiría tipicidad objetiva y mucho menos delito.

Conforme con lo expuesto, el profesor Gómez Benítez[18] manifiesta: "(...) el sujeto actúa con dolo de producir un resultado y, por tanto, con *previsión de un determinado curso causal*, pero, sin embargo, el resultado se produce por causas inmediatas distintas. Dicho resultado entra dentro del riesgo implícito en la misma acción y, por tanto, le *es objetivamente imputable al autor*. En caso contrario, el caso sería de curso causal irregular, cuya solución corresponde a la teoría de la imputación objetiva".

En otras palabras, el sujeto realiza un comportamiento porque quiere obtener un resultado y, para lograr esto requiere necesariamente conocer –por lo menos en forma genérica- la relación causal que vincula a su acción con el resultado. Dado que, la relación de causalidad en muchos casos no puede ser totalmente conocida, puede surgir desviaciones en su desarrollo, cuando esta desviación tiene un carácter *esencial* nos podemos encontrar frente a un error de tipo –error sobre el curso causal-, si la desviación *no es esencial* entonces no existe error.

c. Error en la ejecución (aberratio ictus o error en el golpe).- Surge cuando el autor queriendo producir un resultado determinado

[18] Ibid. p. 232.

ocasiona con su acción un resultado distinto del que quería alcanzar. Aquí, encontramos la diferencia con el error in persona vel in objeto, pues en éste el resultado se produce en *el mismo objeto*, aunque la identidad sea distinta; mientras que en el aberractio ictus el resultado se produce en *otro objeto*[19]. Por ejemplo, si alguien dispara sobre Luis, y por mala puntería, o por un movimiento inesperado, el proyectil da muerte a Marco. Como se advierte, más que un error hay una desviación material del curso causal previsto, que determina en definitiva una disconformidad entre lo representado y lo acaecido. La doctrina esta dividida en cuanto a la punibilidad de estas situaciones. Para algunos, se trata de un concurso entre tentativa del delito querido, con la forma culposa del resultado. Para otros, debe reprimirse por el resultado producido, como doloso, ya que la ley protege en general la vida humana, y por eso castiga el homicidio, y eso es lo que ha ocurrido en el hecho. La primera es la posición de la doctrina alemana, en general; y la segunda es sustentada en España y en Latinoamérica. El profesor Mir Puig[20], respecto de este caso, dice: "La solución depende del concepto de bien jurídico que se maneje. Si por bien jurídico se entiende un valor abstracto (así, "la" vida, "la" salud, etc., como valores abstractos), será coherente la solución de estimar irrelevante el error y admitir un delito doloso consumado: porque se quería lesionar ese valor y se ha conseguido, aunque sobre un objeto material distinto. Pero si, como parece más correcto, se entiende por bien jurídico un *objeto empírico* dotado de ciertas características típicas que lo hacen valioso, no será relevante el error sobre características

19 Como nota aclaratoria debemos decir que en el *error in persona vel in objeto* corre peligro un bien jurídico; mientras que, en el *aberractio ictus* corren peligro dos o más bienes jurídicos.

20 Mir Puig, Santiago.- op. cit., p. 261.

no típicas como la identidad de la víctima *a la que se dirige el ataque, a sabiendas* de que la misma reúne las condiciones típicas –así la confusión de Juan con Pedro en el error *in persona* irrelevante-, pero sí el error sobre la dirección del ataque al objeto empírico: será relevante que no se alcance el objeto empírico atacado (así la persona a la que se apuntó), sino a otro cercano equivalente (así, otra persona), porque en tal caso *la agresión dolosa no se habrá dirigido a este bien jurídico.* Desde esta concepción del bien jurídico lo coherente es, pues, la solución de apreciar tentativa respecto del ataque al objeto no alcanzado en eventual concurso con delito, imprudente –si ocurre imprudencia y ésta es punible- respecto al objeto lesionado".

d. Error sobre el curso causal en el caso del "dolus generalis". El autor no yerra aquí sobre el objeto de la acción que lesiona, sino sobre el desarrollo de la acción. Es decir, el 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 (matando, por ejemplo a Fernando), en tanto que el resultado sólo se ha producido con el segundo acto realizado para ocultar el hecho (arrojando al lago a Fernando, creyendo que había muerto). En este caso, el autor cree haber consumado el delito, cuando en realidad se produce por un hecho posterior. En este caso el delito se consuma de forma distinta a como cree el autor, pero éste es el que, en todo caso, lo consuma, es decir, el que aporta también la última y definitiva causa.

Se habla de un dolo general porque abarca al hecho total, y no sólo a la acción inicial con la que el agente creyó haber consumado el delito, por lo que su dolo se mantiene intacto, siendo irrelevante el error sobre el curso causal. Por ejemplo, José dispara sobre Luis, para darle muerte, pero por una

desviación del curso causal yerra y sólo lo hiere. Creyendo que Luis ha fallecido, José decide ocultar su delito y arroja al río el cuerpo inanimado de su víctima. Luis muere por asfixia a causa de la inmersión. Según la teoría del dolus generalis, ambos actos constituyen un suceso unitario, en cuya segunda parte existe todavía el dolo homicida[21]. Desde este punto de vista, se da un hecho doloso consumado.

Un sector de la doctrina está en desacuerdo con esta posición y sostienen que, en los dos actos del suceso existen dos acciones independientes, con elementos subjetivos diferentes. Estiman que, al realizarse la segunda acción, el dolo homicida se ha borrado y de esta manera llega al resultado de que se da un homicidio tentado y un homicidio culposo con pluralidad de hechos[22].

En la práctica, Muñoz Conde[23] señala que, parece más justo apreciar un solo delito consumado doloso: el sujeto quería matar a la persona y lo ha conseguido.

La primera solución merece preferencia. Bacigalupo esclarece que "la cuestión depende de sí el autor al realizar la primera parte del hecho ya había tomado la decisión de realizar la segunda parte del mismo: en este caso habrá una sóla acción y un solo hecho consumado. Si, por el contrario, la decisión es posterior, habrá dos acciones, una de tentativa en la primera parte del hecho y otra de homicidio culposo en la segunda. En este caso, es decir, admitidas dos acciones, no es posible imputar a la primera un resultado que no se produjo"[24].

---

21 El dolo inicial se mantiene en la segunda acción y, sirve para confirmar el primero.

22 Cury Urzúa, Enrique.- "Orientación para el estudio de la Teoría del Delito", Ediciones Nueva Universidad, Santiago de Chile, 1973, p. 86.

23 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit., p. 316.

24 Bacigalupo, Enrique.- "Manual de Derecho Penal - Parte General", 4° reimpresión, Temis, Bogotá, 1998, p. 111.

e. El error sobre los elementos accidentales determina la no apreciación de la circunstancia agravante o atenuante o, en su caso, del tipo cualificado o privilegiado. Lo expresado encuentra su sustento en el art. 14° del Código Penal, pero cabe destacar que cualquier tipo de error –vencible o invencible- sobre la agravante produce que esta sea inaplicable.

5. Elementos Subjetivos del Tipo.

Además del dolo, algunos tipos penales requieren de *elementos subjetivos* adicionales para poder configurarse; se trata de intenciones específicas que estipula la Ley. Con esto el legislador busca establecer de una manera mucho más precisa la *finalidad* del autor. Por ejemplo, en el delito de hurto se necesita además de conocer y querer apoderarse de un bien mueble ajeno –dolo-, el obtener provecho de él -ánimo de lucro-.

Los elementos subjetivos del tipo son componentes de la acción típica, en tanto que detallan en forma más clara -específica- la voluntad del sujeto; con estos elementos el legislador ha querido por alguna razón restringir el ámbito de punición propia del tipo doloso, por tanto, de no cumplirse con este requerimiento dentro de la acción, ésta no llega a ser típica. Conforme dice Gómez Benítez[25]: "Las razones por las que dichos elementos subjetivos específicos pertenecen a la tipicidad del hecho pueden resumirse en una: el significado jurídico-penal de esas acciones no se descubre sin la concurrencia de esos elementos subjetivos. Y, si el contenido de significación social del tipo penal desaparece, entonces desaparece también su contenido desvalorativo, y, *en consecuencia, el efecto preventivo general o motivacional que su mera existencia comporta*". Generalizando se

[25] Gómez Benítez, José Manuel.- op. cit., p. 237.

podría decir, según Mir Puig[26], que los elementos subjetivos del tipo son todos aquellos requisitos de carácter subjetivo distintos del dolo que el tipo exige, además de éste, para su realización.

En algunos supuestos, los elementos subjetivos aunados al dolo aparecen más o menos específicos, como por ejemplo en los delitos contra la libertad sexual, en el cual se requiere el ánimo lúbrico. Otro caso, lo encontramos en los delitos contra el honor en el delito de injuria se requiere el animus injuriandi.

No todos los componentes de un precepto penal que descubren factores anímicos son elementos subjetivos del tipo, se debe distinguir entre éstos y los elementos del tipo de culpabilidad[27]. Para distinguirlos se debe tener en cuenta el concepto de injusto y culpabilidad. Los elementos subjetivos de un precepto penal únicamente interesan en el injusto cuando caracterizan la voluntad de acción del autor en tanto afectan la forma de realización del hecho, al objeto de la acción protegida por el tipo o al bien jurídico (Ejm: art.185°: Hurto, en este caso el elemento subjetivo sería la búsqueda del provecho). Constituyen, por el contrario, elementos de la culpabilidad todas aquellas circunstancias que se refieren a la formación de la voluntad del sujeto (los móviles), en cuanto ubican la actitud interna de éste (estrecha relación con la imputabilidad y la exigibilidad de otra conducta), de la que nace la decisión del hecho (Ejm: art.109°: Homicidio por emoción violenta).

Existen diversas clases de elementos subjetivos, entre los que tenemos:

a. **Los delitos de tendencia interna trascendente**, requieren de un motivo o finalidad que trasciende la mera realización dolosa de la acción. En otras palabras, el sujeto intensifica su acción.

---

26 Mir Puig, Santiago.- op.cit., p. 263.

27 Jescheck, Hans-Heinrich.- op.cit., p. 286.

Por ejemplo: matar a una persona con crueldad (art. 108° del Cp: asesinato). Esta clase de elementos subjetivos da lugar a dos casos:

1) **Los mutilados en dos actos**, en los que el primer acto sirve para realizar uno segundo por el mismo sujeto, cuya realización no exige el tipo, al cual le basta el primero cuando ha sido llevado a cabo con la intención de realizar el segundo. Es decir, se utiliza la primera conducta como un instrumento para alcanzar la finalidad última. Por ejemplo: el sujeto que seduce a una persona para entregarla a otro con el propósito de que éste le practique el acto sexual (art. 181° del Cp). Otro ejemplo, es el agente que secuestra a un funcionario público para que éste ponga en libertad a un detenido amigo suyo (art. 152° núm.7 del Cp).
2) **Los delitos de resultado cortado** tipifican una acción con la que el sujeto pretende alcanzar un resultado ulterior, que el tipo no requiere que se llegue a realizar. El resultado ulterior es extratípico, es decir no está incluido dentro de la tipicidad. Por ejemplo: el delito de rebelión (art. 340° del Cp).

b. **Delitos de tendencia interna intensificada**, en este caso la ley no exige que se persiga un resultado ulterior a lo previsto por el tipo penal, sino que el sujeto confiere a su acción típica un determinado sentido subjetivo. Así, el profesor Jescheck[28] nos dice: "La característica de este grupo consiste en que la acción del hecho se halla sujeta a la dirección de la voluntad del autor, que es la que le confiere su particular carácter o la especial peligrosidad para el bien jurídico protegido".

---

[28] Ibid. p. 287.

Los elementos subjetivos del tipo se utilizan sólo en los delitos de comisión dolosa; no son admitidos en los delitos de comisión culposa. También cabe señalar, que en la co-autoría los elementos subjetivos que dispone el tipo penal deben ser cumplidos por cada uno de los sujetos, ya que, la imputación recíproca del delito implica que todos realicen el mismo tipo penal.

En el caso que se presente la ausencia del elemento subjetivo del tipo dispuesto por el tipo penal, se pueden optar por dos soluciones de acuerdo al caso:

1) Atipicidad y, por tanto, impunidad del comportamiento realizado por el sujeto; sobre la base de no haberse cumplido con la exigencia que dispone el tipo penal (principio de legalidad).

2) Aplicar otro tipo penal, si el comportamiento realizado por el sujeto -sin el elemento subjetivo- puede configurar otro delito. Por ejemplo: un sujeto toma un bien mueble ajeno con el fin de venderlo, pero es sorprendido por un vigilante, por lo que decide destruir el bien; en el presente caso en un principio quería apoderarse del bien para obtener un provecho –Hurto: art. 185°- pero, cuando es descubierto y decide destruirlo, comete el delito de daños. Otro caso, se da cuando un sujeto toma un bien sin el ánimo de apoderarse del mismo sino, porque requiere utilizarlo; en este caso no se produce un hurto simple sino un hurto de uso (art. 187°).

CAPÍTULO X

DELITOS CULPOSOS DE COMISIÓN

La conducta o comportamiento humano puede darse sobre una base culposa. De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico deben ser declaradas en forma expresa -art.12°-. Se sigue entonces el sistema de los números clausus. La premisa básica para la existencia de un delito culposo es la lesión efectiva al bien jurídico, el cual no se quería lesionar; es decir, producir un resultado sin querer hacerlo. Tal como señala el profesor Berdugo[1]: "(...) la conducta imprudente o culposa es la acción peligrosa emprendida sin ánimo de lesionar el bien jurídico, pero que por falta de cuidado o diligencia debida causa su efectiva lesión".

Nuestro Código Penal no establece una definición sobre la culpa, por lo que es el Juez, al momento de administrar justicia, el encargado de cerrar el concepto. La culpa es entonces un **tipo abierto**, ya que debe ser completado -cerrado- por la autoridad judicial; para que se pueda dar esta operación, se debe analizar el deber objetivo de cuidado que debió tener el sujeto activo.

1. Naturaleza de la Culpa.

Antiguamente, en los delitos culposos, sólo se analizaba la

---

[1] Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- "Lecciones de Derecho Penal – Parte General", 2° edición, editorial Praxis, Barcelona, 1999, p. 205.

acción culposa del sujeto, examinando el nexo que se presentaba en relación al resultado. Fue Engisch, en 1930, quien planteó que esto no era suficiente para analizar un delito culposo, sino que, también se debería analizar si el sujeto actuó con el debido cuidado.

Diversas teorías fundamentan la naturaleza de los delitos culposos, entre ellas tenemos:

- **La no previsión de lo previsible.-** De acuerdo a la doctrina clásica, el resultado lesivo se ha producido porque el agente no reflexionó, como era su deber, sobre los efectos que podía producir su actividad. La culpa se presenta entonces como un vicio sobre la inteligencia y la voluntad, porque estando en la posibilidad de poder evitar la producción del resultado típico, el sujeto no actuó.
- **La culpa proviene de un defecto de la inteligencia**.- Es decir se plantea una deficiencia en la asociación de ideas, lo cual llevado al extremo nos conduciría a que ciertos casos no se sancionen.
- **La culpa es un vicio o defecto de la atención.-** Es decir, el agente no ha prestado la atención a la que estaba obligado.
- **La concepción normativa de la culpa**.- Afirma que su reproche se basa en la valoración del deber de diligencia, atención y cuidado indispensables para evitar que de nuestra actividad consciente, incluso perfectamente lícita, deriven consecuencias previsibles, dañosas para los demás.

2. Fundamento y casos de incriminación de comportamiento culposo.

Una vez más debemos decir que el derecho penal sólo debe intervenir en la protección de los bienes jurídicos de mayor importancia, y sólo cuando los demás medios de control han fracasado. Y, como señala Muñoz Conde[2]: "(...) parece evidente que las infracciones

[2] Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- "Derecho Penal - Parte General", 4° edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 321.

imprudentes son cualitativamente menos graves que las dolosas. En ellas hay, pues, un menor grado de rebelión contra el Ordenamiento jurídico y, en consecuencia, un menor grado de reprochabilidad social, por más que los daños cualitativamente puedan ser mucho más graves que los causados dolosamente". No se quiere decir que la culpa es una forma menos grave de dolo, sino algo distinto al dolo. La culpa se centra en el desvalor de la conducta que incumple el agente, es decir, el incumplimiento de la exhortación que le hace el ordenamiento jurídico diciéndole que sea *cuidadoso* en su actuar.

El estudio de los delitos culposos no ha recibido la misma atención que los delitos dolosos. Los delitos culposos han cobrado vigencia con el continuo desarrollo de los procesos de industrialización –accidentes de trabajo-, con el fenómeno del tráfico rodado y, por supuesto con el desarrollo de sustancias y productos elaborados de modernos procesos técnico biológicos. Por ejemplo, si se produce un accidente de tránsito entre dos vehículos y ambas partes sufren lesiones, lo importante es saber cuál de los dos actuó sin observar el deber objetivo de cuidado. Coincidimos en que ninguno de los dos ha querido producir el accidente, pero uno de los dos puede ser el causante por **negligencia o imprudencia o impericia**[3]. De aquí que, el punto

[3] Debe aclararse que en otros ordenamientos jurídicos como por ejemplo el español, se utiliza para denominar a los "delitos culposos" el término "delitos imprudentes", lo que, si bien en nuestro ordenamiento jurídico son considerados como términos sinónimos, el significado es diferente.
Vid. Cuello Calón: "La imprudencia existe cuando el agente, aun previendo las posibles consecuencias dañosas que pueden derivarse de su hecho, prescinde de ejecutarlo con la cautela y previsión debidas. Negligencia equivale a descuido y se refiere a la omisión de atención y diligencia debidas, pero ambas presentan el carácter común de falta de la previsión debida. Por otro lado, también señala la impericia como: equivalente a ineptitud o inexperiencia en la profesión, oficio o arte ejercidos por el agente, pues los dedicados a una profesión u oficio deben poseer la preparación y la aptitud necesaria para ejercerlos sin perjuicio ni daño ajeno, y deben, además, realizar los actos profesionales conforme a las reglas de su arte o profesión y con la prudencia que éstas exigen". En "Derecho Penal I – Parte General", T.I, Librería Bosch, Barcelona, 1929, p. 271.

central a analizar en el delito culposo no sea el desvalor de resultado -la lesión-, sino el **desvalor de acción -falta del deber objetivo de cuidado-**[4].

La esencia del delito culposo está en incumplir la norma de cuidado, la cual es objetiva y general y, por tanto, normativa. Si una persona cumple con las normas de cuidado y manifiesta su diligencia para cumplir las exigencias del ordenamiento, no se le puede exigir ningún tipo de responsabilidad penal por el resultado que se haya producido. Como vemos, el delito culposo es un tipo independiente: en su *aspecto objetivo*: se debe haber producido un resultado típico a causa de la infracción del deber objetivo de cuidado y; en el *aspecto subjetivo*, el sujeto debe haber podido prever la realización del resultado típico. Conforme señala el profesor Hurtado Pozo[5]: "No es suficiente que la violación del deber de prudencia dé lugar al resultado (en caso que éste sea un elemento del tipo legal). Es necesario aún que este resultado sea previsible. Además, esto supone que sea igualmente previsible el proceso material que provoca dicho resultado. Por eso, la ley se refiere a la culpa como una *imprevisión culpable*".

Conforme nos indica el profesor Berdugo[6], la razón de incriminación de los delitos culposos responde a dos aspectos:

- **El desvalor de la conducta**, es decir que comporta la infracción de la norma de cuidado, por crear o incrementar el peligro de la vida social.
- **El desvalor del resultado típico**, es decir la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

---

4 Vid. Welzel: "Derecho Penal Alemán", traducido por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 4° edición, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 155 y ss.

5 Hurtado Pozo, José.- "Manual de Derecho Penal – Parte General", 2° edición, Eddili, Lima, 1987, p. 453.

6 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- op. cit., p. 206.

Existen dos clases de culpa:

a. **Culpa consciente o con representación:** cuando el sujeto si bien no quiere causar el resultado *–daño al bien jurídico-* advierte la posibilidad *-le es previsible-* de que éste se produzca, pero confía en que no sea así. En otras palabras, el sujeto prevé el resultado de que el bien jurídico sea dañado si infringe la norma de cuidado. De acuerdo al profesor Santiago Mir Puig[7]: "La culpa consciente se da cuando, si bien no se quiere causar la lesión, se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa: se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en que no dará lugar al resultado lesivo. Si el sujeto deja de confiar en esto, concurre ya dolo eventual".

b. **Culpa inconsciente o sin representación:** no sólo no se quiere el resultado lesivo, sino que el sujeto ni siquiera prevé su posibilidad: no advierte el peligro. Si esto es así, se podría afirmar que al no existir *previsibilidad* no hay delito culposo, pues falta uno de los elementos del tipo objetivo. Desde otro ángulo Bacigalupo[8] afirma: "la culpabilidad de la culpa inconsciente no es obvia. *No es seguro que sea compatible con el principio de culpabilidad.* En verdad el autor que no se representa el peligro de su acción, difícilmente podrá motivarse para la corrección del curso de la misma", por tanto, no tuvo posibilidad de elegir la conducta adecuada al mandato y, por ello, su responsabilidad no ingresa sino en un cuadro de objetividad".

Sin embargo, en nuestro concepto, el fundamento del castigo de la culpa inconsciente radica en que el sujeto *no previó lo*

---

7 Mir Puig, Santiago.- "Derecho Penal – Parte General", 5° edición, Impreso por TECFOTO, Barcelona, 1998, p. 270.

8 Bacigalupo citado por Carlos Creus.- "Derecho penal – Parte general", 3° edición, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1992, p. 263.

previsible, es decir el sujeto no tomo el debido cuidado en una situación en la que una persona promedio si lo hubiera tomado. En este sentido, el profesor Quintero Olivares[9] indica: " (...) En relación con la culpa inconsciente, parte de la doctrina se ha planteado complejos problemas técnicos por entender que la ausencia de previsión del resultado dejaría incompleta la estructura del delito imprudente en esos casos si se entiende que la previsibilidad es un elemento esencial de la imprudencia. Realmente, si se quiere explicar que en la culpa inconsciente hay también una voluntad dirigida a un fin y, además, el resultado se sitúa como parte implícita de la norma de cuidado que se infringe, no habrá manera de salir del atolladero técnico, salvo que situemos la exigencia del cuidado debido en el momento que se inicia una actividad, en la que el sujeto ni siquiera se interesa por las reglas mínimas de prudencia, entre otras porque en la culpa inconsciente el autor no sólo deja de plantearse el resultado posible sino que incluso puede desconocer la norma de cuidado que concurriría. En lo que concierne a la *previsibilidad del resultado* no hay otro remedio que negarle su condición de elemento esencial de la imprudencia, reduciéndolo a la de ***elemento aleatorio***, pues ésta y no otra debe ser la conclusión, de sostener que aquí la previsibilidad es <la que hubiera tenido el término medio de los hombres>, ya que ésa, por definición, no es la que tuvo el autor; y tampoco puede decirse que los momentos personales o subjetivos pertenecen al injusto en la culpa consciente y no en la culpa inconsciente".

La diferencia entre culpa consciente e inconciente radica en la *previsibilidad* que pueda tener el hombre medio. Si el sujeto que realiza

---

9 Quintero Olivares, Gonzalo.- "Curso de Derecho Penal – Parte General", Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1996, p. 302.

el comportamiento puede prever el resultado existirá culpa consciente pero, si el sujeto no prevé el resultado pudiendo haberlo previsto –conforme la visión del hombre medio- nos encontraremos frente a la culpa inconsciente. Si el hecho no podía ser previsto, bajo ningún punto de vista, entonces no existe culpa, sino que el hecho es fortuito. Esta primera parte del análisis se llama previsibilidad objetiva. Además de la previsibilidad objetiva se debe analizar el cuidado objetivo -si se dieron las reglas de cuidado o no-, si no hay reglas específicas se recurre a las reglas de la experiencia -Lex Artis- las cuales son dadas por expertos. La parte subjetiva del análisis recae en la capacidad individual del sujeto, es decir, si tiene información o conocimientos adicionales que lo hacen más o menos responsable para con la víctima.

Nuestro Código Penal no hace la diferencia entre las clases de culpa, pero esta diferencia es importante para diferenciar entre el dolo eventual y la culpa consciente: en el primero asumo el peligro, en la segunda confió en que el resultado no se produciría. Además, el juzgador puede tomar estos criterios al momento de determinar la pena.

Por último, debemos mencionar que, nuestro Código Penal admite los delitos culposos por comisión u omisión –impropia-.

3. Tipo Objetivo: La Acción Típica, el Deber Objetivo de Cuidado y el Resultado.

Si bien existen ciertos elementos que coinciden con la estructura del tipo objetivo doloso, existen otros que le dan una característica especial, independiente y autónoma; así tenemos: la acción típica, el deber objetivo de cuidado y el resultado.

La tipificación y sanción del delito culposo gira en torno a varios puntos:

- Sólo se sanciona a título de culpa, si el delito está expresamente tipificado en la ley (art. 12°, 2do. párrafo del Cp).

- El comportamiento del agente debe infringir una norma de cuidado.
- Se debe analizar si el comportamiento del agente era el *objetivamente debido* en la situación que se le ha presentado para evitar la lesión del bien jurídico. Se debe tener en cuenta el criterio de previsibilidad.
- La capacidad del agente. Se le exige el comportamiento objetivamente debido teniendo en cuenta sus características y capacidades individuales.
- Debe existir relación de causalidad –teoría de la equivalencia de condiciones- entre el comportamiento del agente y el resultado efectivamente producido. Además, se debe comprobar la existencia de la **imputación objetiva**.
- De no haberse producido un resultado lesivo para el bien jurídico no se sanciona el delito culposo.
- No existe tentativa en los delitos culposos.

3.1. La Acción Típica.

La acción típica en los delitos culposos va dirigida a un fin que no concuerda con el resultado producido (lesión del bien jurídico). Es decir, se viola la norma – de mandato o de prohibición- dada por el ordenamiento jurídico penal, pero sin querer hacerlo y, justamente, esta conducta se encuentra descrita en el tipo penal. En este sentido, Jescheck[10] dice: "*Imprudentemente actúa*, quien realiza el tipo de una ley penal a consecuencia de la vulneración *no* querida de una norma de cuidado, sin advertirlo, pese a que debía o considerándolo posible pero confiando contra su deber en que el resultado no se produciría".

---

10 Jescheck, Hans-Heinrich.- "Tratado de Derecho Penal – Parte General", traducción y adiciones del Derecho español de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Vol. II, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, p. 776.

Como hemos dicho anteriormente, los tipos penales en nuestro Código, por regla general, han sido redactados en forma dolosa, es decir, se presume el dolo en cada uno de ellos pero, como excepción, aparecen los tipos culposos, los cuales sólo se sancionan de acuerdo al art.12° en los casos expresamente establecidos por la ley -sistema de los numerus clausus-.[11]

La definición del delito culposo no ha sido determinada legalmente, no existe un concepto exacto de culpa, es lo que la doctrina denomina un tipo abierto. En términos generales podemos decir que actúa culposamente el que no observa el cuidado requerido; en otros términos, el que no cumple con el *deber objetivo de cuidado* y, a la vez, no previene –debiendo hacerlo- el resultado lesivo para el bien jurídico. Dada las características de la acción típica, el órgano administrador de justicia -el magistrado- está encargado de establecer si existió una violación del deber objetivo de cuidado y analizar si, desde la posición del agente, le era previsible el resultado típico. En otras palabras, el magistrado y no el legislador –emisor de la ley-, es el encargado de cerrar el tipo; esto puede llevarnos a conflictos con el principio de legalidad.

3.2. El Deber Objetivo de Cuidado.

Se analiza desde criterios objetivos: se debe valorar la conducta realizada por el sujeto desde el punto de vista de un observador imparcial y teniendo en consideración los conocimientos -de acuerdo a las circunstancias- del hombre medio. Debemos tener en cuenta el cuidado objetivo y el normativo:

---

[11] Cabe anotar, que ciertos ordenamientos jurídico penales acogen un sistema de incriminación abierta *(numerus apertus)*, en los que a través de cláusulas generales se permite que cada uno de los artículos que definen delitos dolosos, permiten una punición general por culpa.

- **Objetivo:** No interesa el cuidado que en el caso concreto ha tenido el autor, sino cuál es el cuidado requerido en la vida de relación social respecto del hecho acaecido.
- **Normativo o valorativo:** Este surge de la confrontación entre la conducta que hubiera seguido un hombre razonable y cuidadoso en la situación del autor y la realizada por el autor realmente.

Los elementos del juicio normativo son:

1. **Intelectual:** Se debe practicar un juicio de *probabilidad objetiva*, es decir se debe tener en cuenta todas las consecuencias de la acción que razonablemente eran de probable producción.
2. **Valorativo:** Sólo es contraria al cuidado aquella conducta que este por debajo de la medida adecuada socialmente.

Al respecto el profesor Muñoz Conde[12] señala que: "El núcleo del tipo de injusto del delito imprudente consiste, por tanto, en la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente, era necesario observar".

Conforme Jescheck[13], el primer deber exigible es advertir el peligro para el bien jurídico protegido y valorarlo correctamente, esto se denomina *cuidado interno*. A esto le sigue el deber de realizar un comportamiento externo correcto con objeto de evitar la producción del resultado típico, esto se entiende como *cuidado externo*.

El cuidado externo se logra:

---

12 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit., pp. 322-323.

13 Jescheck, Hans-Heinrich.- op. cit., pp. 797-802.

- **Omitiendo acciones peligrosas**.- resulta lógico tratar de evitar acciones que nos pongan en peligro por ejemplo: evitar la conducción de un automóvil bajo los efectos de bebidas alcohólicas.
- **Actuación prudente en situaciones peligrosas (riesgo permitido).-** Dado el gran desarrollo de la sociedad moderna, se nos presentan situaciones que merecen especial atención. Por ejemplo: la conducción de un vehículo motorizado, la utilización de maquinaria pesada en la industria, la utilización de productos farmacéuticos, etc.
- **Cuidado como cumplimiento de un deber de información.-** El sujeto debe tener los conocimientos, la experiencia y la capacitación necesaria para realizar su actividad, de lo contrario su actitud sería irresponsable por el riesgo que encierra. Por ejemplo: la extracción de un riñón necesita conocimientos especiales en el médico que va a practicar dicha operación.

El *deber de cuidado* nos obliga a adoptar conductas cuidadosas o a prohibir conductas que pueden ser peligrosas para el bien jurídico (ejm: la utilización de reglamentos, el código de tránsito). Pero, resulta obvio que existen muchos casos en los cuales el deber de cuidado no puede determinarse acudiendo a las reglamentaciones jurídicas. Se ha planteado, entonces, **la posibilidad de incluir dentro del deber de cuidado la consideración de los conocimientos y capacidades especiales del agente**; esto nos llevaría a ampliar en algunos casos el deber de cuidado, por ejemplo: no se le puede exigir lo mismo a un piloto de aviones de combate que a un deportista de ala delta. En ciertos casos se podrían presentar conflictos con el principio de legalidad.

3.3. El Resultado.

En los delitos culposos el desvalor se centra en la acción, es decir en el comportamiento descuidado del sujeto que viola la norma

de cuidado. Siendo ésta la premisa que guía el análisis de este tipo de delito culposo, resulta contradictorio exigir la existencia de un resultado lesivo para el bien jurídico para poder sancionar la conducta. Se puede considerar, que es igual de negligente o imprudente la conducta de conducir un vehículo a alta velocidad por la puerta de un colegio sin producir víctima alguna, como produciéndola. La gravedad del comportamiento es la misma en ambos casos, en este sentido el profesor Mir Puig[14] nos dice: "(...) la gravedad de la imprudencia depende, sí, del bien jurídico a que afecta, pero no de su efectiva lesión".

Entre los fundamentos que justifican el requerimiento de la existencia de un resultado para sancionar un delito por culpa tenemos:

- **Garantía de seguridad.-** Dado que sirve de prueba en un proceso para demostrar la afectación que ha sufrido la víctima. Además, la existencia del resultado limita la responsabilidad del sujeto pues, sólo responde en base al daño o lesión que ha ocasionado.
- **Sobre el peligro.-** Resulta complicado demostrar la existencia de peligro sobre el bien jurídico si éste no ha sido afectado. Así, el resultado se vuelve un *indicio* del peligro del comportamiento realizado por el sujeto.

Teniendo en cuenta estos fundamentos y, sobre la base de los principios de *seguridad jurídica* e *indubio pro libertate,* resulta necesario exigir la presencia de un resultado que afecte al bien jurídico para sancionar una conducta culposa.

El resultado no debe haber sido previsto ni aceptado, pero es el resultado causal de la acción del agente: La forma esencial de la culpa es aquella en la cual *no se prevé* el resultado -culpa inconsciente o sin representación-; pero también es culpa la representación del resultado

[14] Mir Puig, Santiago.- op. cit., p. 281.

con un rechazo de éste, es la situación en la que uno prevé un resultado como posible pero considera que es capaz de evitarlo, es decir cree poder llegar a evitar que el resultado se produzca -culpa consciente o con representación-.

Entre la acción y el resultado, se presenta la relación de causalidad, la que en los delitos culposos gira sobre la teoría de la Equivalencia de Condiciones -toda causa es condición de un resultado-, a esto se debe *añadir el criterio de la imputación objetiva.* La producción del resultado se da por la inobservancia del deber objetivo de cuidado, el cual debe poderse imputar objetivamente al agente. Es decir, **en el delito culposo no basta que la acción descuidada sea la causa del resultado, sino que debe poderse imputar objetivamente al autor cuando la infracción del deber de cuidado haya constituido precisamente su presupuesto específico**, ya que lo injusto de la acción del delincuente imprudente radica únicamente en la infracción del deber de cuidado. Además, el resultado debe caer dentro del ámbito de protección de la norma[15].

Cerezo Mir señala que: "es necesario que se demuestre, con una probabilidad rayana en la certidumbre, que el resultado se hubiera evitado en caso de haberse observado el deber de cuidado".

Resulta un requisito indispensable para la configuración de este tipo de delitos el que se dé una concreta afección al bien jurídico, no existiendo en ningún caso una tentativa culposa[16]. La producción del resultado no es una condición objetiva de punibilidad, no basta con que se produzca, éste debe ser imputado al autor de la falta al deber

---

15 Respecto de la imputación objetiva, ésta teoría se ha desarrollado en el capítulo referido a los delitos dolosos de comisión.

16 Resulta contradictorio hablar de tentativa en un delito culposo, ya que, la tentativa va asociada al dolo, es decir, se centra en lesionar un bien jurídico trazando toda una línea de actuación -premeditado-, lo cual, es imposible que se de en un delito culposo porque, en ellos no se quiere producir el resultado.

objetivo de cuidado, debe existir una determinada relación entre éste y el resultado, debido al riesgo que se ha creado o aumentado -imputación objetiva-.

4. Tipo Subjetivo: Posibilidad de conocer el peligro que la conducta ocasiona para los bienes jurídicos, previsibilidad y deber de evitar el resultado dañoso.

Se debe analizar cual es la relación concreta que existe entre el sujeto y el proceso que ha desencadenado. Examinando la conciencia del individuo respecto del proceso que se ha dado nos llevará a una graduación de la culpa, es aquí donde cobra importancia la diferencia que se ha señalado anteriormente entre culpa consciente -con representación- e inconsciente -sin representación-.

En este punto se pueden dar cruces entre la culpa consciente y el dolo eventual; en el primero existe una actitud de confianza -dada por las circunstancias-, en el segundo el sujeto cuenta con el suceso -probable- para afectar al bien jurídico. Tal como señala el profesor Bustos Ramírez[17]: "(...) la culpa admite también ciertos elementos subjetivos del tipo, como son estos de carácter situacional-psicológico, dados por una actitud del sujeto frente a la situación y, en el fondo de siempre aceptados, sobre la base de plantear "la confianza en" la culpa consciente, a lo que ahora se agrega, en la culpa consciente llamada dolo eventual "el contar con o el decidirse por".

En ciertos casos se debe ver si el sujeto tiene un conocimiento especial sobre las circunstancias, el cual lo hace responsable de su actuar. Un ejemplo claro de esto se presenta en el caso del médico que somete a un paciente a una operación, y el paciente muere; esto aunque

---

17 Bustos Ramírez, Juan.- "Manual de Derecho Penal Español - Parte General", 3° edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1984, p. 270.

sea previsible no es suficiente, se debe ver si el médico actuó cumpliendo todas las reglas de conducta que le impone realizar una operación.

Para que el sujeto responda a título de culpa, le debe haber sido previsible que actuando de tal manera podía afectar al bien jurídico, es decir, de haber actuado con mayor diligencia habría tenido en sus manos la posibilidad de evitar el daño causado. En este sentido el profesor Fernando Velásquez[18] dice: "el sujeto a de haber tenido la posibilidad de conocer la amenaza que la conducta representa para los bienes jurídicos, y de prever el resultado de acuerdo con ese conocimiento". El agente al ser consciente que va afectar un bien jurídico conoce la antijuricidad de su acto, es este conocimiento antijurídico el que viola el deber de cuidado; por ende este conocimiento se determina a través de la *previsibilidad del resultado típico*. El conocimiento al que nos referimos puede tener un carácter potencial, es decir basta con que el autor haya tenido la posibilidad de conocer el peligro que podía generar su conducta. En el delito culposo, el agente tiene voluntad, pero ésta no coincide con lo dispuesto por el tipo objetivo porque, el delito culposo se refiere a una causalidad, previsible, pero no aceptada en sus consecuencias por el autor.

Al agente de un delito culposo se le exige, en todo momento, que haya hecho todos los esfuerzos necesarios para evitar que el resultado típico se produzca; es decir, no basta con el no querer el resultado, sino que el agente está en la obligación de tratar de impedirlo hasta donde le sea posible.

5. Delitos Preterintencionales.

El normal desarrollo del delito supone una concordancia entre el fin del comportamiento del delincuente y el resultado efectivamente

---

[18] Velásquez Velásquez, Fernando.- "Derecho Penal – Parte General", 2° edición, Editorial TEMIS S.A., Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 390.

producido. Pero, esto no ocurre en el delito preterintencional, pues el dolo de la acción produce un resultado más grave que el previsto, es decir hay dolo en la acción y culpa en el resultado.

El sujeto quiere realizar un hecho pero el resultado que produce es mayor que el que quiso causar. Este resultado más grave será sancionado como culposo si pudo ser previsto por un hombre medio -siempre que esté contemplado como delito culposo[19] en forma expresa en la ley-. El resultado que *quiso ocasionar* será sancionado como doloso.

Si el resultado no pudo preverse, según la mayoría de la doctrina debe penarse solamente el hecho doloso, pero se exige al menos, que las consecuencias dañosas se consideren como una circunstancia agravante del hecho. En nuestro concepto, si el resultado se produjo sin intención –dolo- y sin previsión –culpa-, el sujeto no debe responder por éste, dado que el resultado ha sido fortuito; de lo contrario se estaría violentando el art. VII del Título Preliminar –está proscrita la responsabilidad objetiva- y, el art. 11° del CP -sólo son delitos las acciones u omisiones dolosas o culposas-.

En el delito preterintencional el resultado se presenta como efecto, no del querer del delincuente, sino de la acción; por esta razón la preterintencionalidad no se puede confundir con el dolo eventual. Conforme el profesor Labatut Glena[20]: "Para la existencia del delito preterintencional se requiere que la acción inicial sea dolosa y falte la intención respecto del resultado más grave, por lo cual la preterintencionalidad es inconcebible en los cuasidelitos *–delitos culposos-*".

---

19 Al ser considerado como un delito culposo, debe reunir todos los elementos expuestos en las líneas anteriores (previsibilidad, diligencia debida, etc.).

20 Labatut Glena, Gustavo.- Derecho Penal , T.I.; 9° edición actualizada por el profesor Julio Zevallos Vargas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, p. 128.

Las penas de los delitos preterintencionales se presentan en nuestro Código Penal como una agravante del delito base, es decir la pena es más grave por el resultado producido. Por ejemplo: el delito de secuestro (art. 152°) es sancionado con una pena entre los 10 y 15 años de pena privativa de libertad, pero si el agraviado resulta con graves daños en el cuerpo o en la salud física o mental, o muere durante el secuestro, o a consecuencia de dicho acto, la pena será de cadena perpetua.

En nuestro concepto, esta figura que aún es sostenida en ciertos puntos de nuestro Código Penal como por ejemplo en el Capítulo de lesiones -art. 123°, último párrafo: lesiones graves seguidas de muerte-, es totalmente innecesaria, ya que, puede ser reemplazada mediante las figuras del concurso. Esta figura es un rezago histórico del Código Penal de 1924.

CAPÍTULO XI

DELITOS DE OMISIÓN

1. Concepto y clases.

Al igual que el desarrollo de los delitos culposos, los delitos de omisión han tenido un tratamiento relativamente reciente; además, se le aplicaban las mismas reglas que a los delitos de comisión. El desarrollo de los delitos de omisión se debe a la evolución de la vida moderna y al aumento de la población, la cual requiere para lograr su convivencia en forma armónica que se cumplan una serie de deberes de parte del ciudadano. Estos deberes están destinados a la protección de los bienes jurídicos[1]. Al respecto señala el profesor Berdugo Gómez de la Torre[2]: "(...) el legislador ha introducido en el Código Penal *un principio de solidaridad social* en virtud del cual se responsabiliza al sujeto que omite realizar determinada prestación conducente a la salvaguarda de un bien jurídico, o que no impida la producción de un resultado típico estando obligado a ello".

En nuestro ordenamiento penal existen normas prohibitivas -la mayoría- y normas imperativas o de mandato. El transgredir las normas prohibitivas -hacer lo que la Ley prohíbe- se sanciona como

---

1 Vid. Bustos Ramírez, Juan.- "Manual de Derecho Penal Español – Parte General", Editorial Ariel, Barcelona, 1984, p. 278.

2 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- "Lecciones de Derecho Penal – Parte General", 2° edición, Editorial Praxis, Barcelona, 1999, p. 177.

delito de acción dolosa o culposa. Quien transgrede una norma imperativa comete un delito de omisión, es decir es castigado por no hacer lo que ordena la norma. Como dice el profesor Bustos Ramírez[3]: "(...) detrás de la estructura típica de omisión hay siempre una *norma de mandato* de una determinada acción".

Así, el profesor Muñoz Conde[4]: "La omisión en sí misma no existe, la omisión es la omisión de una acción que se puede hacer y, por eso mismo, está referida siempre a una acción determinada, cuya no realización constituye su esencia. No existe una omisión en sí, sino, siempre y en todo caso, la omisión de una acción determinada".

La omisión, al igual que la acción, es una forma de conducta, ésta se puede entender como un "no hacer" ó "hacer algo diferente a lo que debía hacer". En términos generales, la omisión es la conducta de no hacer lo que se debía. El concepto de omisión que manejamos en materia penal es sumamente restringido, sólo se refiere a los comportamientos que producen consecuencias jurídicas y, que son resultado de un juicio normativo negativo. En otras palabras, el agente se encuentra frente a una norma que le indica que actué de una determinada forma, sin embargo, y estando en plena capacidad de hacerlo –física y mental-, no lo hace; a raíz de esto se produce una consecuencia jurídica. Después de lo mencionado, es obvio afirmar que la omisión es un concepto normativo[5]. En este sentido el profesor Von Liszt[6] señaló: "El concepto de omisión supone: que el *resultado* producido hubiera sido evitado por el acto, que, a pesar de ser posible

---

3 Bustos Ramírez, Juan.- op. cit., p. 278.

4 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- "Derecho Penal – Parte General", 4° edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 270.

5 Sólo serán omisiones aquellas conductas consistentes en no realizar determinada prestación o en no evitar la producción del resultado cuando así lo establezca el legislador.

6 Von Liszt, Franz.- "Tratado de Derecho Penal", T.II, 20° edición alemana, traducido por: Luis Jiménez de Asúa y Quintiliano Saldaña, Editorial REUS, Madrid, 1917, p. 303.

para el autor y esperado por nosotros, fue omitido por éste; por consiguiente, en este concepto se da una característica análoga a la causalidad de la acción, si bien no es la causalidad misma. Esta analogía se extiende, también, a la interrupción de la relación de causalidad: La omisión libre e intencional de un individuo responsable, se trata por el legislador, suponiendo que hay obligación jurídica de hacer, del mismo modo que la existencia de una nueva serie causal independiente. Por el contrario, la omisión del resultado (*A impide a B que salve a C que se está ahogando*), se considera como causación del mismo, por acción positiva, en cuanto que implica la anulación de una conducta existente, opuesta a dicho resultado".

Los presupuestos para que se de un delito de omisión -requisitos generales- son:

a. El sujeto debe conocer el mandato de la Ley o tener la oportunidad de conocerla; la cual le impone el deber de actuar de una determinada manera.
b. El sujeto debe tener la posibilidad de actuar.- Se presupone la capacidad psicofísica del sujeto, de otro modo el mandato no tendrá sentido.
c. Ausencia del comportamiento ordenado al sujeto.

Existen dos clases de omisión:

1. Omisión Pura o Propia.
2. Omisión Impropia o Comisión por Omisión[7].

[7] A lo largo del avance de la doctrina e incluso actualmente, autores como Mezger han sostenido que sólo la omisión *pura o propia* tendría que considerarse como delito de omisión, en tanto que la *impropia* pertenece al ámbito de los delitos de acción; otro sector de la doctrina, encabezado por Welzel, entienden que ambas ostentan una problemática común que obliga a tratarlas como dos formas de omisión. Ver bibliografía General.

1.1. Delitos de Omisión Pura o Propia.

En los delitos de omisión propia se sanciona la infracción de no actuar incumplimiento así la norma de mandato, equivale a los delitos de mera actividad, es decir no interesa si surgió o no un resultado objetivo; sin embargo, la simple inacción no es una omisión como tal[8], luego de haberse incumplido el dispositivo legal se debe observar si esa conducta es reprochable.

Los delitos de omisión impropia están dispuestos en forma expresa en la ley, por ejemplo: art.126°, referido a la omisión de socorro. Los delitos de omisión propia son siempre dolosos, de acuerdo a nuestro ordenamiento legal, ya que si fueran culposos tendrían que estar en forma expresa en el Código, lo cual no es así.

Existen ciertas conductas mínimas que deben ser realizadas por los individuos integrantes de una sociedad, dado que, el no realizarlas implica crear inseguridad entre los miembros de la misma. Es decir, la norma pretende motivar al individuo para que, sin exponerse a peligro, ayude a la protección de ciertos bienes jurídicos. Así, el profesor Quintero Olivares[9] afirma: "(...) la sociedad o, en su nombre, el sistema jurídico, esperaban del sujeto concreto un comportamiento positivo porque de la realización de ese comportamiento dependía la protección de un bien jurídico; bien jurídico que, a su vez, ha de ser custodiado en razón a consideraciones humanitarias (...)". Es así que, el fundamento del delito de omisión es la acción esperada por el derecho

---

8 Hay muchos comportamientos de "no hacer" que no constituyen por sí mismo omisiones y que son irrelevantes para el derecho por no lesionar bien jurídico alguno. La omisión no es simple inactividad. Vid. Von Liszt: "Sólo cuando un deber jurídico obliga a impedir el resultado puede equipararse al hecho de no impedirlo al hecho de causarlo. Sólo de la omisión contraria a derecho se siguen las circunstancias jurídicas de la acción". Op. cit., p. 303.

9 Quintero Olivares, Gonzalo.- "Curso de Derecho Penal – Parte General", Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1996, p. 305.

y, el fundamento de la imposición de la sanción se basa en que el sujeto no realizó dicha acción.

El sujeto que comete el delito de omisión propia está señalado por la ley en forma genérica o específica, por ejemplo: el art. 126° utiliza la fórmula genérica "el que" a diferencia del art. 377° que señala como agente al "funcionario público".

1.1.1. Tipo Objetivo.

El análisis del tipo objetivo es similar al de los tipos dolosos, pero se debe hacer hincapié en cuatro aspectos:

a. **Acción Esperada**: El sujeto debe "dejar de hacer algo" para cumplir con lo que establece el tipo penal, es decir el sujeto no realiza el comportamiento que le ordena el derecho. Tal como señala Hurtado Pozo[10]: "Él viola una norma preceptiva que lo obliga a ejecutar un acto, por ejemplo: socorrer a alguien en peligro. El sujeto frente a la situación de hecho debería realizar una acción, sin embargo no la ejecuta, omite pues la acción esperada para lograr la protección del bien jurídico". En otras palabras, el sujeto se encuentra frente a una situación típica que le establece actuar de una forma determinada, esta conducta varia de acuerdo al tipo frente al que nos encontremos. Por ejemplo, el art. 127° señala una serie de circunstancias como: a) encontrar a un herido en estado de grave e inminente peligro, b) la ausencia de riesgo propio o de tercero; si el sujeto frente a estas circunstancias omite actuar entonces se configura el delito, pues no cumple lo dispuesto por el tipo.

[10] Hurtado Pozo, José.- "Manual de Derecho Penal - Parte General", 2° edición, EDDILI, Lima, 1987, p. 348.

Un sujeto puede realizar muchas acciones, pero al derecho sólo le interesa que cumpla con la *acción esperada*, de lo contrario se lo sancionará; en otras palabras nuestro ordenamiento jurídico nos impone *el deber* de realizar ciertas conductas. El deber que se nos impone puede ser *genérico* –cualquier persona puede realizar la conducta-, o *específico* –sólo ciertas personas determinadas pueden ejecutar la conducta, por ejemplo: los funcionarios públicos, los médicos-.

b. Capacidad de Actuación: El sujeto que ha omitido actuar debe tener la capacidad física y psicológica para poder hacerlo, por ejemplo: no se le podría exigir a un paralítico que auxilie a una persona que se está ahogando en el mar. Se debe dejar claro que, si bien el sujeto debería actuar, esto no se exige cuando implica peligro para su persona, salvo que, esté obligado a soportarlo, pero eso nos llevaría al campo de la omisión impropia[11].
Sobre la capacidad personal de realizar la acción, el profesor Berdugo[12] señala: "Para ello, se requiere que concurran determinadas condiciones externas –cercanía espacial y temporal entre el sujeto y la situación típica, medios de salvamento, etc.- y personales, que el sujeto cuente con los suficientes conocimientos y facultades

11 Vid. Velásquez: "El sujeto activo debe tener la posibilidad efectiva de realizar la conducta ordenada, pues, de lo contrario, su comportamiento llevado a cabo de manera distinta será atípico; como dice la máxima jurídica: "a lo imposible nadie está obligado". Ejemplo: el bañista que en este momento se ahoga en las playas del parque Tayrona, así se puede presenciar el hecho por medio de la televisión, no puede ser salvado por uno de los lectores que sigue estas líneas, pues ninguno de ellos tiene la posibilidad de realizar la acción ordenada, no así el socorrista contratado para cuidar a los veraneantes.". En "Derecho Penal – Parte General", 2° edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 402.

12 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- op. cit., p. 180.

intelectuales para realizar la acción –un lego no sabe como contener una hemorragia-".
La comprobación de la omisión está dada por la comparación de la acción que realizó el obligado y la que requiere el cumplimiento del deber de actuar. Por lo que, en los delitos de omisión propia el deber de actuar nace con la presencia de la situación típica.

c. **Ausencia de realizar el comportamiento ordenado:** El sujeto no ha realizado conducta alguna o ha realizado una conducta diferente a la dispuesta por el ordenamiento jurídico. Este es el núcleo central del aspecto objetivo del tipo. No existirá tipicidad si el agente cumple con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico o si se esfuerza en lograrlo de manera seria sin resultado alguno.

d. **Relación de Causalidad:** En el tipo de omisión propia, no se presentan mayores problemas, dado que se trata como un delito de mera actividad, por tanto no interesa el resultado, *basta con la infracción de un deber de actuar* para que el delito quede consumado.

1.1.2. Tipo Subjetivo.

Como sabemos la omisión en general puede darse por dolo o culpa, pero en el caso de la omisión propia, en nuestro Código Penal, no existe la figura culposa, ya que esta tendría que darse de forma expresa. Una posible redacción de una omisión propia culposa sería: "El que por culpa omite (...)".

a. **Dolo**: No existe un dolo de omitir en el sentido de conciencia y voluntad del tipo objetivo, es decir en el sentido de los delitos de comisión. El dolo en los delitos

de omisión tiene una estructura propia que gira en torno a la obligación de actuar, analizando:

a.1 Si el sujeto conocía la situación de hecho a la que se enfrentaba –el tipo objetivo-, como señala Bacigalupo[13]: "(...) lo que significa básicamente conciencia de la amenaza de la producción del resultado y de la posición de garante."

a.2 Conocimiento de saber que puede actuar, sin embargo tiene la voluntad de no realizar la acción exigida.

Conforme señala el profesor Quintero Olivares[14]: "El dolo se integrará por la conciencia de la situación típica y por la decisión de no actuar. La concreta posibilidad de actuar o no, aunque sea de cariz culpabilista como se ha dicho, será determinante para afirmar la existencia o ausencia de tipicidad, ***lo cual no se desdice porque haya que valorar no sólo la capacidad de actuar <media>, sino también la del sujeto concreto***. Justamente ahí se encuentra la dimensión personal del injusto en el delito omisivo".

b. **Culpa**: Si bien en la actualidad no hay en nuestro Código Penal un delito de omisión propia culposa, este puede añadirse en cualquier momento mediante ley emitida por el Congreso de la República.
Conviene tener presente que la culpa va enfocada al incumplimiento del deber objetivo de cuidado, es decir, el autor infringe el cuidado debido cuando lo omite.

---

13 Bacigalupo, Enrique.- "Derecho Penal - Parte General", Editorial HAMMURABI, Buenos Aires, 1987, p. 396.

14 Quintero Olivares, Gonzalo.- op. cit., p. 306.

Los profesores Muñoz Conde y García Arán[15], respecto del aspecto subjetivo nos dicen: "En el ámbito subjetivo, la imputación a título de dolo requiere el conocimiento de la situación típica y de las posibilidades de intervención que el sujeto tiene y que se sustraiga voluntariamente, a pesar de ese conocimiento, a la obligación de actuar. La imprudencia, generalmente no punible de estos delitos de omisión pura, puede surgir tanto de la negligencia en la apreciación de la situación típica (creencia errónea en la falta de gravedad de un accidente) o de las propias posibilidades de intervención, como de la falta de cuidado en la ejecución de la acción mandada".

1.2 Delitos de Omisión Impropia o Comisión por Omisión.

Los delitos de omisión impropia implican una equivalencia entre: un delito de acción y una omisión, por lo que se rigen bajo los mismos parámetros. En este sentido el profesor Von Liszt[16]: "*(...) sólo cuando un deber jurídico obligaba a impedir el resultado, puede equipararse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo.* Sólo de la omisión CONTRARIA AL DERECHO se siguen las circunstancias jurídicas de la acción". Es así que los comportamientos de comisión por omisión, al igual que los delitos de comisión, responden por la infracción de una norma de prohibición.

La comisión activa y comisión por omisión aparecen como dos formas diversas ontológicamente, pero que, desde la perspectiva normativa, se hacen idénticas en su estructura y en su configuración material como modos de dominio (control) sobre el riesgo típico.

La omisión impropia o comisión por omisión se muestra como un caso de omisión cualificada por una especial intensidad del deber

---

15 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit., p. 274.

16 Von Liszt, Franz.- op. cit., p. 304.

(deber jurídico específico y cualificado –el llamado deber de garante-). **El garante –sujeto activo-**, tiene el deber específico de actuar con el propósito de evitar que se produzca el resultado, de no lograrlo comete un delito de omisión impropia. La omisión impropia es un delito de resultado, por lo que responde a una *norma de prohibición.*

En los delitos de omisión impropia o comisión por omisión el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo penal, pero puede deducirse de él[17]. Hay un juicio valorativo de equiparación entre lo que dice el tipo penal a modo de acción y la omisión. Por ejemplo, en el delito de homicidio, el art.106° establece: "El que mata a otro (...)", ésta conducta activa puede también realizarse por omisión, así si una enfermera con el dolo de matar no presta auxilio a un paciente grave que necesita tomar sus medicinas. Como manifiesta el profesor Silva Sánchez[18]: "(...) un sector doctrinal no esta de acuerdo con este planteamiento, sostienen que los tipos ordinarios de la Parte Especial del Código Penal se refieren a acciones causales y no abarcan omisiones; sentado esto, al sancionar por ciertas *omisiones de evitación del resultado típico* con la misma pena que la comisión activa no se estarían aplicando dichos tipos tal como el Código Penal los contiene, "sino más bien tipos no escritos que están en relación con los tipos legales". Por ello se propone la creación de *numerus clausus* de tipos específicos de comisión por omisión en los delitos que ello se estime procedente".

Nuestro Código Penal establece la omisión impropia o

---

17 Vid. Muñoz Conde: " (...) el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que sólo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero la más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalentes, desde el punto de vista valorativo y a incluir, por tanto, también en la descripción típica del comportamiento prohibido determinados comportamientos omisivos, que también contribuyen a la producción del resultado prohibido". Op. cit., p. 274 – 275.

18 Silva Sánchez, Jesús María.- "Consideraciones sobre la Teoría del Delito", AD-HOC, Buenos Aires, 1998, p. 83.

comisión por omisión en el art. 13° del siguiente modo:

"El que omita 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; y*
2. *Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.*

La pena del omiso podrá ser atenuada."

Analizando la estructura de este tipo penal podemos señalar:

- El que omita impedir la realización del hecho punible será sancionado.- Se parte de la idea que todos estamos llamados a realizar **acciones** que impidan lesionar un bien jurídico protegido. Se observa una alusión a un comportamiento de carácter positivo –acción- que este dirigido a impedir que se produzca una omisión; de ahí el nombre que algunos autores le dan a esta figura: comisión por omisión.
  En un primer momento se utiliza el término genérico "El que", con lo cual puede incluirse a cualquier persona dentro del supuesto, pero luego se limita con los numerales 1 y 2.

- El numeral 1 contiene dos postulados:

  A) Si tiene el deber jurídico de impedir el hecho punible, es decir tiene que existir algún tipo de vínculo jurídico de parte del sujeto con respecto al bien jurídico que va a ser afectado, esto lo obliga a actuar de una determinada manera (deber de garante). Nos encontramos frente a una restricción en la aplicación del tipo, dado que no todos los comportamientos pasivos constituyen delito, sino sólo los que omite la persona que tiene un deber especial. Por

consiguiente, el comportamiento pasivo –no hacer- de un sujeto, en algunos casos será relevante y en otros no; dependiendo de la existencia del deber; por ejemplo: un policía tiene el deber de proteger a los ciudadanos pero, no se le puede exigir lo mismo a ciudadano común y corriente, el cual sólo tiene el deber de comportarse conforme los cánones de la sociedad.

B) Creación de un peligro inminente que fuera propio para producir el hecho punible, es decir el sujeto crea un peligro que debe controlar de alguna manera para impedir el daño al bien jurídico. Conforme nos señala el profesor Mir Puig[19]: "La creación o aumento de un riesgo imputable en un momento anterior no es todavía típica (por ser anterior), pero permite afirmar que el omitente no es ajeno al peligro del bien jurídico, sino que es responsable de dicho peligro y está personalmente obligado a evitar que se convierta en lesión. Para ello no bastará que haya causado o aumentado el riesgo, sino además que lo haya hecho voluntariamente o en otras condiciones –como el desempeño de determinadas funciones familiares o sociales- que permitan atribuírselo (...)".

- Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer, con esta premisa se está equiparando la omisión a la acción, lo que apoya nuestra tesis de que ambos comportamientos son ontológicamente iguales. Sin embargo, no toda la doctrina está de acuerdo, así Quintero Olivares[20] dice: "(...) con la omisión impropia se castiga un

19 Mir Puig, Santiago.- "Derecho Penal – Parte General", 5° edición, TECFOTO, Barcelona, 1998, p. 307.

20 Quintero Olivares, Gonzalo.- op. cit., p. 308.

comportamiento pasivo igual que uno activo (...). Y esto no parece corresponderse fácilmente con el principio de igualdad. Por ello, la doctrina se ha visto obligada a incorporar un nuevo requisito, consistente en encomendar al intérprete, es decir al juez, ***que la omisión sea equiparable a la acción***, lo cual, por más que se vista con invocaciones de justicia material y valoración social, remite el problema a lo ***valorativo, es decir, a lo incierto***".

- La pena del omiso podrá ser atenuada, si bien es una facultad del Juez Penal disminuir la pena en el caso de la omisión impropia, resulta incongruente con lo dispuesto en el numeral 2 de este artículo, donde se señala la equiparación de la omisión a la acción, por lo que deberían ser tratadas de la misma forma. Tratando de dar una explicación a este párrafo podemos decir, que se rechaza con más firmeza lo que se ve, que aquello que no.

1.2.1. Tipo Objetivo.

Además de los requisitos generales, se exige que exista una posición de garante del sujeto activo con respecto al bien jurídico y que se dé una relación de causalidad entre la omisión y el resultado. La posición de garante surge cuando el sujeto activo tiene la obligación de actuar o el deber de evitar una lesión o daño al bien jurídico. Esto significa que sólo quien esté en posición de garante puede ser sujeto activo de un delito de omisión impropia, por lo que algunos autores consideran que el delito de omisión impropia es un delito especial –sólo puede ser cometido por ciertos individuos-.

Para establecer la **posición de garante** existen dos fuentes:

a. Función de Protección de Bienes Jurídicos.
b. Función personal de control de una fuente de peligro.

A. Situación Generadora del deber.

Cuando hablamos de deber nos referimos al deber de garante; si el comportamiento del sujeto no encaja en uno de ellos, no existe omisión impropia:

1. Función de protección de bienes jurídicos:

a) **Estrecha relación familiar** (padres, hijos, esposos, concubinos, etc). El obligado por estos preceptos tiene una posición de garante respecto a la vida, integridad física y la salud de sus familiares. Si incumple su obligación responde de los resultados que esto produzca.

b) **Casos de comunidad de peligro**, surge entre quienes realizan ciertas actividades peligrosas, éste grupo de personas forman una comunidad en la cual todos se obligan tácitamente a ayudarse (andinistas, mineros, etc.).

c) **Supuestos de asunción voluntaria**, cuando una persona asume la protección de otra bajo ciertas o determinadas circunstancias (lazarillo-ciego, niñera). Esto se da sobre todo en el ámbito de la medicina. Puede darse la específica obligación contractual de evitar el resultado. Por ejemplo, el caso del vigilante nocturno que se compromete a cuidar las viviendas de sus contratantes.

2. Función personal de control de una fuente de peligro:

a) **Actuar precedente o injerencia**. El riesgo voluntariamente creado por una persona implica la obligación de evitar un resultado lesivo a determinados bienes jurídicos. Sólo hay posición de garante cuando se ha actuado voluntariamente, si el riesgo creado es fortuito no hay posición de garante. Como señala el profesor

Muñoz Conde[21]: "Quien con su hacer activo, aunque sea sin culpa, ha dado lugar al peligro inminente de un resultado típico, tiene obligación de impedir la producción de un resultado".

b) **Deber de control de una fuente de peligro**. Los sujetos que tengan a su cargo elementos que puedan causar daño a bienes jurídicos se encuentran obligados a evitar el resultado que por causa del actuar de esos elementos resulte (Ejemplo: la tenencia o posesión de perros bravos).

c) **Responsabilidad por conductas de otras personas**. Hay casos en que ciertos sujetos se encuentran obligados a evitar una específica peligrosidad del vigilado (Ejemplo: los celadores frente a los prisionero).

B. No realización de la acción objeto del deber.

Luego de haberse constatado el deber de garante[22], se debe verificar la no realización de los actos de parte del agente, esto se realiza comparando su actuar con el que debió realizar. Se debe observar que, dada la posición de garante, el sujeto tiene un mayor grado de responsabilidad en la protección de los bienes jurídicos, motivo por el cual el sujeto muchas veces está obligado a soportar el peligro. Por ejemplo, el bombero que es llamado para apagar un incendio no puede decir que no actúa porque le tiene miedo al fuego.

Un sector de la doctrina plantea ampliar los supuestos de garante

---

21 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit., p. 281.

22 Como anotación debemos decir dos cosas: a) los tipos de omisión impropia requieren que el juez realice una valoración para determinar si una persona es garante o no, esto quiere decir que nos encontramos ante un tipo abierto; b) Al haberse determinado características específicas en el sujeto –dada por la posición de garante- podemos decir que nos encontramos frente a un delito especial.

con el fin de promover la solidaridad social e impedir que se produzcan lagunas de punibilidad. En nuestro concepto, esta posición es sumamente riesgosa, pues introduce en la sociedad la inseguridad jurídica. Por ejemplo, un médico que sale a caminar sería garante de la salud de todas las personas con las que se encuentra.

Cuando una persona tiene asumida la posición de garante, también se le pueden presentar puntos límites; por ejemplo, si un sólo policía está prestando vigilancia en un banco y es atacado por diez asaltantes muy bien armados, ¿Se le podría exigir al policía que defienda el banco, cuando se encuentra en una situación tan desventajosa?. Este problema enfrenta a la posición de garante con una causa de justificación, lo cual, a nuestro criterio, no tiene una respuesta definitiva.

C. Capacidad de poder realizar la acción.

Como hemos dicho antes, se debe ver si la persona está en condiciones físicas y psíquicas para poder actuar. A esto debemos añadir el caso en que fuerzas externas -de la naturaleza o de otras personas- puedan evitar que el sujeto actué. En principio, el garante siempre está obligado a actuar, pero qué sucedería si un salvavidas es impedido de salvar a un veraneante por el enemigo de éste.

D. Relación de Causalidad.

El vínculo entre la acción y el resultado en estos delitos esta dado por una causalidad hipotética, no real ni objetiva sino un análisis virtual. La pregunta es: ¿Qué habría pasado si el sujeto hubiera actuado?. En otras palabras, se examina si el comportamiento del sujeto por acción habría causado o no el resultado. Si de haber actuado pudo evitar el resultado, hay relación de causalidad. A todo esto, se debe sumar la teoría de la *Imputación Objetiva*, cuyo fundamento está de la

mano con la demostración del deber de garante y prácticamente se sobrentiende.

Respecto a la causalidad hipotética, el profesor Fernando Velásquez[23] nos ilustra con el siguiente ejemplo: la madre que teje calcetines mientras su hijo de pocos días de nacido perece de inanición en la cuna situada a su lado, no "causa" la muerte del párvulo en sentido físico, pues el comportamiento de tejer "causa" los calcetines pero no el deceso de la criatura; por ello entre la acción omitida –alimentar al bebé- y el resultado muerte existe una causalidad hipotética que es el presupuesto para poder predicar que la lactante ha quitado la vida. Nadie puede ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste no es consecuencia de su omisión.

En contra de la teoría de la causalidad hipotética, el profesor Quintero Olivares[24] señala: "(...) por ese camino tampoco se llegaría a soluciones convincentes: pensar en que, si el autor se hubiera comportado debidamente, lo sucedido hubiera o no acaecido, es entrar en un ámbito de especulaciones abstractas e inseguras, porque puede ocurrir que aun interviniendo hubiera acaecido el resultado y, pese a ello, resultar inapropiado calificar el comportamiento de <correcto jurídicamente>. Por eso en el mejor de los casos, no se podía sostener en tales supuestos otra cosa que el problema causal se resolviera en el fondo por analogía, lo cual entrañaba un grave inconveniente, cual era el del empleo de la analogía *in malam partem*". Así, en su momento Von Liszt[25] manifestó: "Y, en efecto, debemos convenir en que la relación que se da en nuestra conciencia entre la causa y el efecto, tiene, en la omisión, un objeto completamente distinto que en la acción: en ésta, el resultado efectivamente producido, esta en relación con un

---

23 Velásquez Velásquez, Fernando.- op. cit., p. 402.

24 Quintero Olivares, Gonzalo.- op. cit., p. 307.

25 Von Liszt, Franz.- op. cit., p. 307.

movimiento corporal efectivamente ejecutado, y , en aquélla, con un movimiento corporal que tan sólo nos hemos imaginado. Así, pues, empleamos, indubitablemente, una expresión impropia cuando hablamos de causar por omisión".

Por último, debemos mencionar que la omisión impropia admite tentativa, por lo que para ser sancionada basta con la puesta en peligro del bien jurídico protegido.

1.2.2. Tipo Subjetivo: Dolo y Culpa.

La Omisión Impropia al equiparar una omisión a un actuar, admite que se pueda dar por dolo o culpa. Tal como señala Mir Puig[26]: "La única particularidad es que, como es lógico, el dolo deberá abarcar no sólo la ausencia de acción debida, sino también la posibilidad y necesidad de evitación del resultado mediante aquella acción. Además, habrá de extenderse a la situación que determina la presencia de posición de garante, (...), en tanto que la conciencia de la misma da lugar a dicha posición de garante integra únicamente el conocimiento del significado antijurídico del hecho y su ausencia no constituirá error de tipo, sino de prohibición". Sobre esta última afirmación, no nos atreveríamos a decir que se trata de un error de prohibición, sino de un error de tipo porque la posición de garante es una cualidad que debe tener el agente para ser calificado como sujeto activo.

En otras palabras, el dolo en el delito de omisión impropia requiere:

- Conocimiento de que se encuentra en posición de garante.
- Conocimiento de la situación típica y del curso causal – causalidad hipotética-.
- La posibilidad de representación de la conducta debida.
- La evitabilidad del resultado.

---

26 Mir Puig, Santiago.- op. cit., p. 320.

Respecto de la omisión impropia culposa debemos tener en cuenta que no se encuentran tipificados pero, deben tratarse como equivalentes a los delitos de comisión culposos. Esto implica que sólo existirán en la medida en que el delito por comisión culposos se encuentre tipificado.

La culpa en la omisión impropia requiere:

- El sujeto debe conocer la posición de garante respecto del bien jurídico.
- El sujeto debe tener la posibilidad de prever que su omisión puede afectar al bien jurídico.

Finalmente, debemos indicar que la equivalencia entre la comisión y la omisión no puede surgir en todos los delitos, por ejemplo en el delito de violación de la libertad sexual se requiere el acceso carnal, el cual como es obvio sólo se puede dar por acción.

CAPÍTULO XII

ANTIJURICIDAD

1. Concepto. Antijuricidad formal y Antijuricidad material.

Luego de haberse hecho la valoración a nivel de la tipicidad, es decir, si el comportamiento realizado por el sujeto puede ser subsumido dentro de la conducta abstracta descrita por la ley, debemos examinar lo antijurídico del acto como un paso más para ver si existe responsabilidad penal. Al establecer los tipos penales, conductas prohibidas o exigidas, se nos presentan innumerables problemas, pues muchos comportamientos de la vida diaria pueden estar subsumidos en éste; pero, puede resultar que muchas de ellas –las conductas- sean conformes a derecho, por lo tanto, son jurídicas, de ahí que se deban emplear las causas de justificación. En otras palabras, la tipicidad de una acción ofrece únicamente una presunción refutable de su antijuricidad, la cual tiene como función establecer de forma clara y concreta si se esta actuando conforme a derecho, para así anular el efecto indiciario del tipo.

Cuando un hecho es típico surge el indicio de que también es antijurídico[1], debemos examinar entonces el contenido de la

[1] Vid. Reinhart Maurach: "Tal descripción y selección, como toda tipificación, se realiza en términos absolutos. Proporciona una tosca imagen del suceso. El juicio de desvalor del acto situado en el tipo es tan sólo general y provisional, constituye un "simple indicio de la antijuricidad". Muy numerosos son los casos que, si bien se adaptan a una imagen rectora contenida en la ley, no son antijurídicos". En: "Tratado de Derecho Penal", traducción y notas de Derecho Español por Juan Córdoba Roda, T. I, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p. 348.

antijuricidad para ver si logra esta calificación. Dependiendo de la existencia o no de normas permisivas -causas de justificación- la respuesta puede ser positiva o negativa. Como dice el profesor Reinhart Maurach[2]: "En interés de la seguridad jurídica, el cumplimiento de un tipo legal permite presumir el injusto de la acción, debiéndose recurrir a una causa de justificación para desplazar el provisional juicio sobre el hecho". El profesor Quintero Olivares[3] nos dice: "Las leyes penales, los tipos delictivos, no son pues creaciones arbitrarias, o no deben serlo, sino que han llegado a la positivización merced a que la sociedad, a través de su modo democrático de expresarse, ha querido proteger ciertos objetos, valores o intereses, que conocemos como bienes jurídicos frente a determinados ataques que por su gravedad se entienden mayoritariamente intolerables. Para ello se recurre al Ordenamiento Jurídico, y, dentro de éste, al Derecho Penal, creando los correspondientes tipos delictivos. Claro está que el Derecho ha de procurar no albergar en su seno contradicciones entre leyes punitivas y leyes permisivas, por una parte, y por otra, no puede ser contradictorio con las finalidades que se le han asignado. Esta plural dimensión del problema ha conducido tradicionalmente a formular, en el ámbito de las definiciones de la antijuricidad, la distinción entre la ***antijuricidad formal y la antijuricidad material***".

La afirmación de la antijuricidad significa que el autor al realizar la conducta típica ha infringido una norma vigente del ordenamiento jurídico; en cambio, la negación de la antijuricidad significa que no ha existido una infracción normativa.

En esencia el término antijuricidad expresa la contradicción entre la acción u omisión realizada y las exigencias del Ordenamiento

---

2 Maurach, Reinhart.- Ibid. p. 349.

3 Quintero Olivares, Gonzalo.- "Curso de Derecho Penal – Parte General", Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1996, p. 239.

jurídico[4]. La antijuricidad es un concepto válido en cualquier rama del derecho pero, dependiendo de la rama en la que nos encontremos, tendrá diferentes caracteres. Dado que, el derecho penal selecciona comportamientos, los cuales se expresan en los tipos penales, es lógico decir que esta selección es correlativa en el ámbito de la antijuricidad.

Un tema conflictivo es el referido a las conductas socialmente adecuadas, como mencionamos en el Capítulo VIII, algunos solucionan el problema señalando que falta el tipo, pero otro sector de la doctrina considera que nos encontramos frente a una causa de justificación. Las conductas socialmente adecuadas, son consideradas como "normales" por la comunidad, pero pueden encuadrarse perfectamente en un tipo penal. Se considera que falta la antijuricidad, por el hecho de *no existir un ataque prohibido* originador de responsabilidad. Un caso paralelo, lo encontramos en los delitos de bagatela er los que la insignificancia del ataque ha procurado ser solucionado por medio de la falta de tipo[5].

En resumen, para que un hecho sea considerado como antijurídico se debe dar:

- Un comportamiento típico
- La ausencia de las causas de justificación.

Antijuricidad:

1. **Formal.-** Es la contrariedad al derecho presentada por un comportamiento consistente en la no observancia de la prohibición o el mandato contenidos en la norma. Es decir, la

---

4 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- "Derecho Penal - Parte General", 4° edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 341.

5 Vid. Carlos Creus: "Esquema de derecho penal – Parte general", Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1993, pp. 86-87.

contradicción entre el comportamiento –acción u omisión- realizado por el sujeto activo y el ordenamiento jurídico. El profesor Hurtado Pozo[6] define la antijuricidad formal como: "(...) la oposición del acto a la norma prohibitiva o preceptiva, que se encuentra implícita en toda regla jurídico penal (por ejemplo, "no matar" con relación al art. 106° del Código Penal)". Así, el profesor Luzón Peña[7]: "En sentido formal la antijuricidad es una relación entre la acción o conducta y el Derecho, concretamente la contrariedad a Derecho de la conducta. La acción es antijurídica si es contraria a las normas jurídicas y por tanto es prohibida y desvalorada por las mismas. Ha de comprobarse que la conducta que realiza el tipo en sentido estricto o indiciario no esta cubierta por ninguna causa de justificación para que no sea permitida, sino prohibida o antijurídica".

2. **Material.-** Se examina si el hecho típico afectó realmente al bien jurídico. Pero, esto no basta, se requiere establecer el *grado de afectación* del bien jurídico, esto puede darse a dos niveles:

a) Lesión del bien jurídico.
b) Puesta en peligro del bien jurídico.

No podemos dejar de mencionar las palabras del profesor Von Liszt[8]: "El acto contrario al derecho es un ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad, protegidos por las normas jurídicas; por consiguiente una lesión o riesgo de un bien jurídico. Pero esta regla debe ser interpretada

---

6 Hurtado Pozo, José.- "Manual de Derecho Penal – Parte General", 2° edición, EDDILI, Lima, 1987, p. 368.

7 Luzón Peña, Diego-Manuel.- "Curso de Derecho Penal – Parte General I", Editorial Universitas S.A., Madrid, 1996, p. 323.

8 Von Liszt, Franz.- "Tratado de Derecho Penal", traducido de la 20° edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, T. II, Editorial REUS, Madrid, 1917, pp. 324 - 325.

restrictivamente. (...) que la lesión o riesgo del bien jurídico sólo será materialmente *contraria a derecho* cuando esté es contradicción con los fines del orden jurídico que regula la vida común; esta lesión o riesgo será materialmente *legítima*, a pesar de ir dirigida contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que corresponda a esos fines del orden jurídico, y, por consiguiente, a la misma convivencia humana".

Los últimos avances de la doctrina no se conforman, a nivel de la antijuricidad material, con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico sino que, van más allá, se valora también el modo que tuvo el autor de comportarse. El comportamiento que lesiona o pone en peligro al bien jurídico puede haber sido doloso, culposo, producto de un caso fortuito o fruto de la imprudencia del sujeto pasivo. Por ejemplo:

a) "A" quiere matar a "B" y lo hace con un disparo de arma de fuego.
b) "A" por descuido atropella a "B" y lo mata.
c) "A" resbala de las escaleras y cae sobre "B" matándolo.
d) "A" conduce su vehículo prudentemente por la carretera cuando un suicida se lanza a las ruedas, matándolo instantáneamente.

Como vemos, en los cuatro casos se ha lesionado el bien jurídico "vida", pero el desvalor de acto es completamente diferente en cada caso.

Para poder calificar una acción de antijurídica debe ser tanto en el ámbito formal como material. En este sentido el profesor Muñoz Conde[9] señala: "Una contradicción puramente formal entre la acción

[9] Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit., p. 343.

y la norma no puede ser calificada como antijurídica, como tampoco puede ser calificada como tal la lesión de un bien que no esté protegido jurídicamente. La esencia de la antijuricidad es, por consiguiente, la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción". Por ejemplo, no es antijurídico imitar la firma de un personaje famoso por diversión; tampoco es antijurídico la confección de una letra de cambio en una clase de Títulos Valores con un fin educativo.

2. Lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos.

De acuerdo a nuestro Código Penal, en su art.IV del Título Preliminar -principio de lesividad-, sólo existe responsabilidad penal cuando se lesiona o pone en peligro algún bien jurídico.

2.1. **Lesión del bien jurídico.-** La lesión se da cuando hay un daño real al objeto material, existen casos en los que esto es de difícil aplicación, ejm: en la injuria. Pero, debemos entender que la lesión de un bien jurídico es un concepto normativo, con lo cual la lesión no sólo es destrucción o daño del objeto material, sino que también puede atacar a los bienes jurídicos de tipo ideal, los cuales no tienen un sustrato material –por ejemplo: el honor-.

2.2. **Puesta en peligro del bien jurídico.-** Aquí se debe dar un juicio de probabilidad, se deben examinar dos elementos:

2.2.1. Análisis de la situación real -concreta-.

2.2.2. Las reglas de experiencia -si con la acción u omisión del sujeto era probable que se ponga en peligro el bien jurídico.

3. Lo objetivo y subjetivo de la Antijuricidad.

Tal como dice Zaffaroni[10], las normas jurídicas configuran un orden -orden normativo, de normas-, pero el orden jurídico no se agota en las normas prohibitivas sino que se integra también con preceptos permisivos, es decir, el orden jurídico se compone del orden normativo completado con los preceptos permisivos. En este sentido el profesor Fernández Carrasquilla nos dice: "La antijuricidad de un hecho depende, en el derecho en general, de la correlación entre normas jurídicas prohibitivas y permisivas, y, en el específico campo del derecho penal, de la correlación lógica entre tipos prohibición (tipos de injusto) y tipos permisivos (causas de justificación)". El tipo permisivo presupone para su aplicación una tipicidad prohibitiva, porque no puede pensarse en tratar de averiguar si una conducta está justificada cuando no se ha comprobado aún su tipicidad. Así, el profesor Quintero Olivares[11]: "Positivamente la antijuricidad supone que un acto (típico) ha ofendido material y formalmente a un bien jurídico, lo ha dañado, vulnerado, destruido o puesto en peligro; ese acto se corresponde con una de las especies de ataque a ese bien jurídico legalmente amenazadas de pena (tipos). Negativamente la antijuricidad se manifiesta a través de lo que se conoce como causa de justificación. Cuando una de esas concurre, aquel acto que por ser típico era, en principio (indiciariamente), antijurídico resultará justificado".

Las Causas de Justificación -el tipo permisivo- son causales de la exclusión de la antijuricidad porque transforman en jurídica una conducta que de otra manera sería contraria al derecho. Éstas presentan la siguiente estructura:

---

10 Zaffaroni, Eugenio Raúl.- Manual de Derecho Penal - Parte General, T.II, 4° edición, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1986, p. 479.

11 Quintero Olivares, Gonzalo.- op. cit., p. 367.

1. **Objetivo:** La antijuricidad es un juicio de valor, su verificabilidad y controlabilidad dependen de que posea, en la medida en que ello sea posible, un carácter empírico-objetivo, esto es, que sea por naturaleza una apreciación o estimación contrastable y refutable[12]. Para lograr esto, es el Código Penal el encargado de señalar los requisitos que necesitan cada una de las causas de justificación. Por ejemplo: el art. 20° núm. 3, referido a la legítima defensa, establece que se deben cumplir tres requisitos: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación.

2. **Subjetivo:** El sujeto debe haber conocido la concurrencia de la situación justificante del hecho y haber actuado en el ejercicio de la facultad que le confiere, o bien en cumplimiento del deber que le impone[13]. Es decir, el agente debe saber que está actuando en defensa de un bien jurídico -propio o de tercero- (en el caso de la legítima defensa). El aspecto subjetivo no implica que se tenga conocimiento conforme a derecho, porque tal conocimiento es absolutamente innecesario para que opere la justificación o tipicidad permisiva. Al respecto el profesor Berdugo[14] señala: "La configuración de este elemento subjetivo se asemeja, simétricamente, a la del dolo; en efecto, se requiere, como en éste, un conocimiento referido a la situación en sí (al presupuesto) y no a su valoración jurídica; por otro lado, el elemento volitivo se plasma ahora en esa consciente respuesta a la situación, aunque sea a costa de lesionar un bien jurídico".

---

12 Fernández Carrasquilla, Juan.- "Derecho Penal Fundamental, Teoría General del delito y punibilidad", T.II, Editorial Temis, Bogotá, 1989, p. 210.

13 Jescheck, Hans-Heinrich.- "Tratado de Derecho Penal – Parte General", traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Vol. 1, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 1981, p. 447.

14 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- "Lecciones de Derecho Penal Parte General", 2° edición, Editorial Praxis, Barcelona, 1999, p. 221.

Por ejemplo: en el caso de la legítima defensa -art.20° núm.3-, basta con que la persona reconozca la agresión de que es objeto y el peligro que corre, actuando con la finalidad de defenderse.
Puede darse el caso en que el sujeto actúe sin saber que se encuentra objetivamente dentro de una causa de justificación, conforme la opinión mayoritaria de la doctrina, en este caso se le debe castigar como si se hubiese realizado una tentativa. En principio, se acepta que el tipo penal se ha realizado en su totalidad -incluyendo el resultado-, pero éste no resulta desvalorado en la misma forma que un delito consumado por encontrarnos dentro de una causa de justificación, por tal motivo sólo se la sanciona como si fuera una tentativa. Por ejemplo: "A" ha decidido matar a "B" y va a su encuentro, sin conocer esta circunstancia "B" –enemigo de "A"- al ver que se acerca "A" decide acabar con él. Momentos antes de que "A" saque el arma, "B" se adelanta y dispara causándole la muerte. En este caso "B" actúa objetivamente dentro de una legítima defensa sin saberlo, por lo que será sancionado sólo como tentativa de homicidio, a pesar de que el delito quedo consumado.

Así como el tipo prohibido requiere una congruencia entre sus aspectos objetivos y subjetivos, también lo requiere el tipo permisivo. Es así como se pueden presentar diversos casos:

1. Cuando existe elemento subjetivo y no objetivo: Se produce el error de prohibición.
2. Cuando existe elemento objetivo y no subjetivo: Se pena como si fuera una tentativa, es decir, no se aplica la causa de justificación, pero se reduce la sanción.

4. Causas de Justificación. Principios Justificantes.

Los hechos típicos son prohibidos pero el legislador en algunos casos permite que se den, en cuanto hay razones políticas, sociales y

jurídicas que así lo aconsejan. En estos casos, el indicio que nos da la tipicidad sobre la existencia de la antijuricidad queda desvirtuado.

Como *presupuesto para aplicar una causa de justificación* es necesario que se produzca una amenaza sobre los bienes jurídicos y que sea ésta la que impulsa la acción lesiva del sujeto. Las causas de justificación hacen que un hecho que en principio era típico, se convierta en un hecho lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico, siempre que se cumplan con los requisitos que exige la ley. No debemos olvidar, como hemos mencionado en el punto anterior, que para que se de una causa de justificación perfecta se requiere cumplir con el aspecto objetivo -requisitos que impone el Código Penal-, y el aspecto subjetivo -el sujeto debe saber que actúa para proteger un bien jurídico, propio o de tercero- de la misma.

Principios justificantes.

Para el derecho penal no es suficiente con que se cumplan los presupuestos objetivos y subjetivos de una causa de justificación; además, se le exige al sujeto que ajuste su comportamiento a una serie de principios: proporcionalidad y prohibición de exceso. La respuesta del sujeto no puede ser descontrolada pues, de lo contrario se podría crear un conflicto mayor al que inicialmente se iba a producir.

En base a lo mencionado se debe tener en cuenta:

1. *Frente a un acto justificado no cabe legítima defensa.* El agente que actúa bajo una causa de justificación lo hace por encontrarse en una situación que lo pone en peligro a él o a un tercero, se da pues una necesidad de actuar. Por tal motivo, el sujeto que recibe la acción justificada, no puede alegar en su favor que también actúa justificadamente. En este sentido el profesor Reinhart Maurach[15] señala: "(...) de concurrir una causa de

[15] Maurach, Reinhart.- op. cit., p. 367.

justificación, el sujeto afectado por la acción no está autorizado a rechazarla: una acción justificada no integra jamás una "agresión antijurídica" en el sentido propio de las disposiciones referentes a la legítima defensa, se descarta una legítima defensa ejercida contra la acción justificada".

2. *La participación en un acto justificado también se justifica.* Esto surge en virtud del principio de accesoriedad, ya que al no existir conducta antijurídica del autor, tampoco puede haberla respecto de los partícipes.
3. *Al actuar justificadamente no se impone ningún tipo de sanción* -pena o medida de seguridad- ni reparación civil. Esto es lógico porque, se esta actuando conforme a una autorización de parte del ordenamiento jurídico.
4. *Al declarar el hecho como justificado no interesa el análisis de la culpabilidad.* Dado que, el análisis de la antijuricidad es anterior al de la culpabilidad.
5. *Los excesos en las causas de justificación serán sancionados independientemente.* Este caso sale del marco permitido, es decir, el sujeto ya no se encuentra dentro de la causa de justificación, la cual originó su actuar –el sujeto va de lo permitido a lo no permitido-, esto trae como consecuencia que sea sancionado por la acción no permitida.
6. *Si se produce intencionalmente la situación en la que cabría actuar justificadamente, se excluye la justificación del hecho provocado.* Esto ha sido recogido en forma explícita en el caso de la legítima defensa cuando se señala entre los requisitos la falta de provocación (art. 20° num.3 lit. c).
7. *El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación.* Se tratará como un error de prohibición, incluyéndose aquí los supuesto de error sobre la existencia misma o los límites de una causa de justificación.

5. Causas de Justificación en Particular.

El Código Penal señala dentro de su art. 20° una serie de causas de justificación, pero éstas no son las únicas que se pueden dar. Al respecto el profesor Muñoz Conde[16]: "(...) parece claro que el catálogo de las causas de justificación no es un catálogo cerrado, por cuanto las causas de justificación no son un problema específico del derecho penal sino un problema general del ordenamiento jurídico. Cualquier acto lícito, desde el punto de vista del derecho público o privado, puede serlo también para el Derecho Penal, y, a la inversa, cualquier acto justificado en el Derecho penal es también un acto lícito para las restantes ramas del ordenamiento jurídico".

Las causas de justificación del art. 20° del Código Penal son:

5.1. Legítima defensa: art. 20° núm. 3
5.2. Estado de necesidad justificante: art.20° núm. 4
5.3. Obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo: art. 20° núm. 8
5.4. Obediencia Jerárquica: art.20° núm. 9

5.1. Legítima Defensa.

Se presenta cuando el sujeto ejecuta una acción típica racionalmente necesaria para repeler o impedir una agresión ilegítima no provocada por él y dirigida contra su persona o un tercero. Lo que pretende la legítima defensa es lanzar un mensaje al agresor, con el fin de motivarlo para que no ataque pero, de hacerlo, va a obtener una respuesta que se encuentra amparada por el derecho (la respuesta puede incluso llegar a eliminar la vida del agresor). Como vemos este mensaje tiene un carácter preventivo-general, tratando de intimidar al agresor.

---

16 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit., p. 353.

Desde el punto de vista psicológico la legítima defensa se observa sobre la base del instinto de conservación, no entendido solo como la defensa de la vida y la integridad física, sino también para proteger otros intereses jurídicos, tales como el patrimonio, el honor, etc.

La legítima defensa se encuentra establecida en el art. 20° núm. 3:

"El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla; y,

c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa".

Los elementos objetivos de la legítima defensa son:

1. **Agresión Ilegítima:** La agresión debe ser actual, inminente, real, dolosa o culposa -algunos autores sólo aceptan la agresión dolosa- y basta con que ponga en peligro el bien jurídico. En este sentido señala el profesor Berdugo[17]: "Por agresión se entiende cualquier ataque a bienes jurídicos o derechos cuyo titular sea una persona (...) la agresión tiene que suponer un peligro serio e inminente de lesión del bien jurídico de que se trate. No basta con una lejana percepción del peligro por parte de la víctima; el peligro debe ser *real, serio y grave* (en el sentido de que pueda menoscabar el bien jurídico)". En otras palabras, la agresión debe ser contraria a derecho. Por ejemplo; habría agresión ilegítima cuando un sujeto toma el arma y se dispone a disparar sobre otra persona sin motivo alguno, pero no existiría si la víctima sospecha que el sujeto se ha ido a su casa a buscar el arma con la cual piensa matarlo.

---

[17] Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- op. cit., p. 227

Al referirnos a una agresión *ilegítima* se está remarcando su carácter antijurídico, debe estar prevista por la ley como delito y ser ajena a cualquier causa de justificación.

El requisito de la *actualidad y la inminencia* impide considerar a la utilización de medios mecánicos -*offendículas*[18]- como actos de defensa, ya que estos tienen un carácter permanente, no en relación a una agresión actual o inminente. Por ejemplo: el caso de los cercos eléctricos. Al respecto el profesor Von Liszt[19] señala: "(...) *actual*, es decir, inminente, o haber comenzado ya. No es, pues, necesario esperar, por una parte, el *comienzo* de la agresión, mientras que, por otra, también puede ser repelida la agresión comenzada en cuanto continúa (...) no se admite la legítima defensa contra una agresión *que sólo amenaza en lo porvenir*. Las medidas de protección contra ataques futuros, como trampas, armas automáticas, cepos, etc., están permitidas, *cuando* su acción no comienza hasta el momento de la agresión, y en cuanto no traspasen *los límites de la defensa necesaria*". Todo esto implica que frente a una agresión consumada, es decir acabada no cabe invocar la legítima defensa, se debe tener en cuenta siempre el criterio de inmediatez. Por ejemplo, no se puede decir que una persona

---

18 La doctrina denomina como "offendincula" a la utilización de medios mecánicos predispuestos, así tenemos las cercas eléctricas, los muros que tienen púas o vidrios en su parte alta, armas diseñadas para activarse en ciertas situaciones; la característica de estos mecanismos es su carácter permanente para agredir. Se puede decir incluso que esperan el ataque. Vid. Estrada Vélez : "Para que el daño ocasionado por los affendicula se justifique es preciso que haya cierta proporción entre el peligro que implican los aparatos predispuestos, y el bien jurídico que se pretende preservar. Por eso como dice BETTIOL que "se observa que debe existir siempre una relación de proporción entre el bien que se trata de tutelar y aquél que del obrar del offendicula puede resultar eventualmente lesionado. Así, no será lícito predisponer armas de fuego automáticas para garantizar la seguridad de un gallinero (...)". La cuestión, además, debe ser analizada caso por caso, teniendo en cuenta las particulares circunstancias, (...)". En: "Manual de Derecho Penal", Editorial Salesina, Medellín, 1972, p. 132.

19 Von Liszt, Franz.- op. cit., p. 334.

actúa en legítima defensa de su hermano si a éste lo mataron hace un año.

La agresión debe ser *real*, de lo contrario habría un error del que se defiende y podría darse el caso de una legítima defensa putativa. Pero, no se puede exigir al sujeto que esté seguro plenamente del ataque que va a recibir para luego defenderse, basta con que se de una creencia racional.

La agresión puede ser culposa porque, desde el punto de vista de los fundamentos de protección y mantenimiento del orden jurídico, la defensa ha de ejercerse tanto si la agresión es dolosa como culposa, dado que, en ambos casos se pone en peligro un bien jurídico, que es lo fundamental para definir el concepto de agresión[20]. Así, Jescheck[21]: "Aunque en leguaje ordinario se entienda por agresión un comportamiento doloso y activo, jurídicamente no se requiere ni lo uno ni lo otro. La "agresión" no necesita realizarse intencionalmente ni tampoco con dolo eventual, antes bien, basta ya un comportamiento imprudente, o incluso por completo inculpable y ni siquiera objetivamente contrario al deber, siempre que aparezca como una amenaza de lesión a un interés jurídicamente protegido (...)".

El peligro debe provenir de una conducta humana -también entonces queda comprendido el inimputable (tanto el loco como el menor de edad)-, en caso contrario surge el estado de necesidad.

La agresión ilegítima puede darse por acción como por omisión impropia -comisión por omisión-, por ejemplo: cuando el dueño de un perro no detiene el ataque del mismo a otra persona ó en el caso del art.159° del Código Penal -violación de domicilio-

---

20 Bustos Ramírez, Juan.- "Manual de Derecho Penal Español - Parte General", Editorial Ariel, Barcelona, 1984, p. 234.

21 Jescheck, Hans-Heinrich.- "Tratado de Derecho Penal – Parte General", 4° edición, Editorial COMARES Granada, 1993, p. 303.

cuando la persona permanece en el domicilio.
En la agresión ilegítima es necesario que exista un bien jurídico amenazado, cualquier bien jurídico puede ser defendido; de acuerdo a los términos de la ley se puede defender a la persona o a sus derechos.
Cabe señalar que la utilización del término "agresión ilegítima" implica la existencia de agresiones legítimas, como por ejemplo la ejecución de un embargo, el cual ha sido dispuesto por el Juez competente; por otra lado, cabe tener presente la excepción del art. 368° respecto de la defensa de la libertad personal.

2. **Necesidad racional del medio empleado.** A diferencia del punto anterior, aquí se analiza la acción del sujeto que se defiende. La defensa debe ser *necesaria* y *racional*, es necesaria si era la única forma con la cual evitaría la lesión al bien jurídico; es racional, si la acción del agredido es la menos dañosa de cuantas estaban a su disposición para rechazar la agresión en la situación concreta[22]. Para examinar este punto se debe tener en cuenta:

- La naturaleza del ataque -si el agresor está armado o no-.
- La naturaleza del bien jurídico atacado.
- Posibilidades de salvación del bien atacado.

La necesidad debe ser racional, dependiendo de las circunstancias del caso. No se debe buscar una proporción matemática entre el ataque y la respuesta, sino que el medio bajo las circunstancias que se daban era el más adecuado y eficaz. Como señaló Von Liszt[23]: "(...) la defensa no debe

---

22 Bramont Arias, Luis y Bramont-Arias Torres, Luis Alberto.- "Código Penal Anotado", 4° edición, Editorial San Marcos, Lima, 2001, p. 185.

23 Von Liszt, Franz.- op. cit., pp. 335-336.

traspasar los *límites* de la estricta necesidad. La medida de la defensa necesaria, se encuentra en la violencia del ataque. La conservación de un interés preponderante no se exige, pues para la legalidad del acto de legítima defensa. Si la agresión no puede ser repelida de otro modo, el bien jurídico más insignificante puede ser protegido por medio de la muerte del agresor. La posibilidad de sustituir por otro, el acto de la defensa, no es exigible. La legalidad del acto de legítima defensa no se excluye por la posibilidad de huir". De lo dicho se puede afirmar, que existe legítima defensa aunque quien la ejerza se valga de un medio más poderoso que el que posee el agresor, siempre que la situación lo amerite; debemos observar la proporcionalidad no referida a los medios que se utilizan, sino a la situación en la que se encuentra el sujeto. De existir un exceso en la respuesta a la agresión, se castiga el exceso, pero se debe tener en cuenta el análisis emocional de la persona -en la culpabilidad-.

3. **Falta de provocación suficiente.** El agredido no debe provocar la agresión. Se debe tener en cuenta la naturaleza de la provocación, por ejemplo: si una persona sabiendo que físicamente es superior a su enemigo lo provoca con el fin de que lo ataque para así poder lastimarlo con sus puños; pero, luego de la provocación, el individuo no reacciona defendiéndose con los puños, sino que, saca un arma de fuego. En nuestro concepto, se puede tratar como una legítima defensa a pesar de que en un principio existió provocación, pues se ha producido una desproporcionalidad sustancial en la respuesta. De existir la provocación ésta debe ser adecuada, no se aceptan las provocaciones insignificantes. El límite de la provocación suficiente está en el concepto de la agresión ilegítima, es decir, si la provocación tiene la suficiente intensidad para ser considerada como una agresión ilegítima, el presunto agredido

se convierte en agresor frente al cual el provocado puede actuar en legítima defensa (se invierten los papeles de agredido a agresor y de provocado a víctima)[24].

Respecto al **aspecto subjetivo** de la legítima defensa: el sujeto debe dirigir su actuación a la protección de un bien jurídico propio o de tercero. Como señala el profesor Berdugo[25]: "Parece que al legislador no le basta con que la persona defienda bienes jurídicos, sino que exige que el móvil de su acción resida precisamente en esa protección. Pero es suficiente con que el sujeto perciba la agresión y actúe en consecuencia". Es decir, se le exige que su conducta venga motivada por la apreciación de la presencia del presupuesto de la causa de justificación y no por otros motivos (conoce la situación y en consecuencia actúa).

Luego de analizar los requisitos para que exista la legítima defensa, debemos hacer unos comentarios. En *primer lugar*, se habla de la defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, resulta obvio que se refiere a los bienes jurídicos individuales, pero cabría preguntarnos si incluye a los bienes jurídicos colectivos. Dado que, el artículo en cuestión no hace ninguna restricción podremos entender que si. Apoyando nuestra posición, el profesor Von Liszt[26] dijo en su momento: "La agresión tiene que ir dirigida contra una *situación existente*. La ley no hace ninguna diferencia entre los bienes jurídicos atacados. Es injusto querer limitar la legítima defensa a los ataques contra la persona y la propiedad; también debe admitirse para la protección de todos los demás bienes jurídicos, ya pertenezcan a los particulares, ya a la colectividad, pero no contra la simple violación

---

24 Vid. Gómez Benitez.- "Teoría Jurídica del Delito – Derecho Penal – Parte General", Editorial CIVITAS, Madrid, 1988, pp. 360 - 365.

25 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- op. cit., p. 229.

26 Von Liszt, Franz.- op. cit., p. 335.

de un contrato. Es muy dudoso el derecho de legítima defensa contra las acciones desleales".

Por ejemplo, en los delitos contra el medio ambiente, el bien jurídico es de carácter difuso –nos pertenece a todos y a nadie en exclusiva-, por lo que, ante una agresión sobre éste podríamos reaccionar en legítima defensa. Concretando el ejemplo, podría darse una situación en la cual "A" esté vertiendo residuos tóxicos en un río contaminando así la flora y fauna, al ver esto "B" decide intervenir, por lo que le da un golpe dejándolo inconsciente e impidiendo que siga contaminando. Al despertar "A" denuncia a "B" por lesiones graves, ¿Podría alegar "B" a su favor que actúo en legítima defensa?. Si examinamos el código penal, éste establece como presupuesto para la legítima defensa la actuación a favor de uno mismo o de terceros, en este caso se defiende tanto él como a terceros porque el bien jurídico medio ambiente pertenece a todos. Entre los requisitos objetivos se requiere:

- Una agresión ilegítima, la cual viene constituida por el actuar contaminante de "A".
- Necesidad racional del medio empleado para impedirla, si "A" no se detuvo frente a la interpelación de "B", el darle un golpe para impedir que siga contaminando el medio ambiente puede ser calificado como racional.
- Falta de provocación, obviamente en el caso no existe provocación porque "B" en ningún momento insto a "A" a que lo agreda a él o al medio ambiente.

En *segundo lugar*, podemos preguntarnos si el art. 20° núm. 3 incluye la defensa de los derechos de las personas. A nuestro entender, el bien jurídico-penal se encuentra en íntima relación con la protección de los derechos más importantes de las personas como: el derecho a la vida, la integridad física, la posesión, el patrimonio, etc. Por lo que, a

nuestro parecer, se puede afirmar que la persona puede actuar en legítima defensa de sus derechos o los de terceros. Por ejemplo, si un empleador, utilizando amenazas, no les da a sus obreros las condiciones adecuadas de seguridad e higiene para que cumplan con su trabajo y, además no les da sus remuneraciones (art. 168°)[27]; los obreros al contemplar la situación se sienten agredidos y deciden tomar el local de la empresa hasta que el empleador cumpla con sus obligaciones. Al verse en esta situación el empleador denuncia a los obreros por delito de usurpación (art. 202° núm.3)[28]. La pregunta es si los obreros podrían alegar legítima defensa a su favor. De acuerdo al código, están actuando en defensa de su derecho a la libertad de trabajo –es un derecho-; además, sobre los requerimientos de la legítima defensa:

- Han sufrido una agresión ilegítima la cual consiste en trabajar en situaciones no adecuadas y no haberles remunerado su trabajo
- Sobre la necesidad racional del medio empleado, debemos

---

27 Artículo 168° del Código Penal: "Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años el que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a realizar cualquiera de las conductas siguientes:
1. Integrar o no un sindicato.
2. Prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución.
3. Trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad.

La misma pena se aplicará al que incumple las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente; y al que disminuye o distorsiona la producción, simula causales para el cierre del centro de trabajo o abandona éste para extinguir las relaciones laborales".

28 Artículo 202° del Código Penal: "Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años:
1. El que, para apropiarse de todo o parte de un inmueble, destruye o altera los linderos del mismo.
2. El que, por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real.
3. El que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble".

entender que los obreros ya no tenían otra alternativa para hacer valer sus derechos, motivo por el cual decidieron tomar por la fuerza el local de la empresa.

- En ningún momento han provocado la agresión, es el empleador que ha decidido violar los derechos de trabajo de los obreros.

Entendemos que, en ambos supuestos, al menos teóricamente y con un gran sector de la doctrina en contra, podría configurarse la legítima defensa. Por razones de índole histórica entendemos que la legítima defensa no se proyectó a supuestos como expuestos, pero, no debemos dejar de tener en cuenta que la evolución de la sociedad nos obliga a extender un poco los supuestos que abarca el tipo penal –interpretación extensiva-. No debemos dejar de mencionar que la protección de derechos dentro de la legítima defensa ha sido tomada en ciertos ordenamientos jurídicos como el español.

Existe también la figura denominada **legítima defensa putativa**, la que surge cuando el sujeto se equivoca en la existencia del aspecto objetivo de la legítima defensa, debiendo recurrirse a la institución del error de prohibición para su solución.

5.2. Estado de necesidad justificante.

El Código penal no establece una definición precisa del *Estado de Necesidad Justificante*, sólo se limita a dar una descripción de una situación peligrosa, en la que se permite al sujeto realizar una conducta destinada a conjurar dicho peligro, siempre y cuando, cumpla con los requisitos que impone la ley. Desde la doctrina se ha definido el estado de necesidad justificante de una manera amplia, que podría abarcar otro tipo de situaciones como la legítima defensa o el actuar en el cumplimiento legítimo de un deber, así se señala: "Estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente pueden conjurarse mediante la lesión de los intereses legítimos de otra persona". En este

sentido, el profesor Reinhart Maurach[29] define el estado de necesidad como: "un estado de actual peligro para intereses legítimos que únicamente se puede conjurar por lesión de intereses legítimos de un extraño; tan sólo es relevante para el derecho penal aquella situación de peligro en la que la acción de salvamento emprendida cumple el tipo de un hecho punible".

El estado de necesidad tiene similitud con la legítima defensa, así en esta causa de justificación también se puede actuar para conjurar el peligro en beneficio propio o de tercero (auxilio necesario). Entre las diferencias que se puede establecer con la legítima defensa podemos señalar:

- En el estado de necesidad se realiza una ponderación de bienes jurídicos en conflicto, sacrificando el de menor valor, lo cual no surge en la legítima defensa, donde no se exige que el bien jurídico que se lesione sea de menor valor que el que se quiere salvar, pues, por un lado, los bienes del agresor pierden en parte su valor al salir fuera de la órbita jurídica de aquél, y por otro lado la defensa no sólo protege un bien particular del agredido sino al orden jurídico mismo[30].
- La situación generadora de conflicto que lleva al estado de necesidad no tiene por qué provenir en todo caso de un tercero, sino que puede provenir del desarrollo normal de la vida o producto de fenómenos naturales, o incluso del ataque de un animal, a diferencia de lo que ocurre en la legítima defensa, donde la situación de conflicto es producida por la agresión ilegítima de un tercero. Como comentario, podemos decir que la legítima defensa busca reestablecer el derecho frente a una

29 Maurach, Reinhart.- op. cit., p. 389.

30 Villavicencio Terreros, Felipe.- "Código Penal", Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1992, p. 128.

injusticia, mientras que el estado de necesidad se centra en salvaguardar un bien jurídico a costa de otro (ambos bienes jurídicos son legítimos).

El art. 20° núm. 4 del Código Penal establece como estado de necesidad justificante:

> *El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurran los siguientes requisitos:*
>
> *a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y*
> *b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro.*

Como vemos, el Código Penal establece como supuesto una situación en la que el sujeto se encuentra frente a un peligro actual e insuperable que pone en peligro un bien jurídico propio o de tercero. En esta situación el agente se ve "obligado" a elegir una conducta típica que lesiona al bien jurídico de menor valor y tiene la finalidad de salvar el de mayor valor. El agente no ha podido realizar un comportamiento distinto; además, no debe estar obligado jurídicamente a afrontar el trance y, por supuesto, no debe haber provocado la situación[31]. Quien pone deliberadamente en peligro un bien jurídico está realizando ya una conducta antijurídica cuya evitación no puede permitirse a costa de lesionar otro interés positivamente valorado por el derecho.

---

[31] Vid. Velásquez Velásquez.- "Derecho Penal - Parte General", 2° edición, Editorial Temis, Bogotá, 1995, p. 458.

El estado de necesidad nos coloca frente a una confrontación entre dos o más bienes jurídicos de distinto valor, en el cual la ley aprueba el sacrificio del bien jurídico de menor valor, se rige entonces por una ponderación de bienes jurídicos. Tal como señala Von Liszt[32]: "El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos. El estado de necesidad es, por consiguiente, un caso de colisión de intereses. El acto ejecutado en estado de necesidad se presenta como salvaguardia de los intereses propios (y también ajeno en caso de auxilio legítimo), puestos en peligro inmediato, por medio de una lesión de los intereses legítimos de otras personas".

El estado de necesidad justificante establece una lista abierta respecto de los bienes jurídicos que pueden ser comprendidos, pudiendo ser estos: la vida, la integridad corporal, la libertad ***u otro bien jurídico***. Es aquí donde encontramos una de las diferencias con el estado de necesidad exculpante, pues en éste último se señala en forma taxativa los bienes jurídicos en que se puede aplicar.

Esta causa de justificación tiene como aspecto objetivo:

1) Existen dos o más bienes jurídicos en conflicto y, se opta por salvar al de mayor valor sacrificando al de menor valor. Esto se debe a una situación de peligro, de necesidad, en la que la salvación de un bien jurídico no es posible, sino mediante el sacrificio de otro menos valioso. Esta situación ha de ser actual e insuperable de otro modo, y además real. El peligro[33] debe ser inminente, es decir la afectación del bien jurídico debe ser

---

32 Von Liszt, Franz.- op. cit., p. 341.

33 Resulta indiferente la procedencia del peligro, el cual puede haber sido causado por una persona en forma dolosa o culposa, o por fenómenos naturales e incluso por un animal.

de muy alta probabilidad o seguro; de tratarse de un peligro aparente o imaginario, éste no basta para justificar la conducta y se estaría en todo caso frente a un error de prohibición y no ante un estado de necesidad. Al respecto el profesor Berdugo[34] menciona: "(...) en ausencia de la situación de necesidad, la creencia del sujeto de estar actuando legítimamente llevaría a aplicar las reglas del error, tal y como ocurrió, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1990, que por vez primera utilizó el criterio de la angustia de una mujer embarazada, muy joven, ya madre de tres hijos y sin estabilidad económica alguna, para considerar que ella creyó encontrarse en una situación de necesidad al interrumpir su embarazo y que, por consiguiente, no era merecedora de ningún castigo".

Pueden surgir casos en los que sea muy difícil establecer que bien jurídico es el que debe prevalecer[35]. En estas situaciones es el Juez el llamado a resolver el conflicto. Al respecto el profesor Muñoz Conde[36] señala: "(...) Sin embargo, este planteamiento exclusivamente cuantitativo del estado de necesidad, que responde al *principio de ponderación de intereses*, conduce a soluciones injustas y no exentas de

---

34 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- op cit., p. 233.

35 Vid. Maurach: "Los bienes jurídicos no pueden ser ponderados en términos absolutos. Ni dentro de una misma sociedad y Estado son las representaciones valorativas idénticas; se encuentran por el contrario sometidas a frecuentes cambios (cabe pensar en las subversiones valorativas producidas en los años 1918, 1933 y 1945). Tampoco cabe formular una firme escala valorativa en relación a los intereses definidos por el derecho. El postulado de que los bienes jurídicos de la colectividad prevalecen en un principio sobre los del particular, se encuentra en una aplicación gravemente quebrantado, y resulta en sus últimas consecuencias, considerablemente injusto. Por último, la valoración del bien está íntimamente vinculada a la personalidad del titular. La comparación entre los distintos bienes, uno de los más graves cometidos del Juez, si bien es pues de carácter *objetivo*, obra a la vez también de modo extremadamente *individualizador*. Lo decisivo será el caso particular". Op. cit., p. 394.

36 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit., p. 373.

objeciones, como la de considerar justificados hechos tales como intervenir quirúrgicamente, en contra de su voluntad, a un paciente para mejorar su salud o, incluso, salvar su vida, extirpar el riñón sin su consentimiento a una persona para trasplantarlo a otra que salva así su vida o quitar un paraguas a un obrero para evitar que la lluvia dañe un valioso traje de *play boy*".
Es preciso mencionar que, la situación de peligro no debe haber sido provocada por el agente -ni culposa ni dolosamente-; de ser este el caso, la situación de peligro seria aparente, esto tiene relación directa con el principio del actio liberae in causae.

2) Se debe emplear un medio adecuado para vencer el peligro. La acción de defensa por la que se opte debe ser la única posibilidad para evitar el peligro, debe ser objetivamente necesaria y ser guiada, subjetivamente, por una voluntad salvadora. Es decir, nos encontramos ante una acción de defensa necesaria, la que debe ser el medio menos lesivo de evitar el mal que amenaza.

El aspecto subjetivo del estado de necesidad justificante está constituido por el conocimiento de la situación de peligro y la voluntad dirigida a evitar un mal propio o ajeno, se quiere eludir un daño inminente para el bien jurídico. Existen sujetos que por su profesión u oficio tienen que soportar en mayor grado el peligro, entre ellos tenemos al bombero, al policía, etc.; por supuesto todo tiene un límite dependiendo de su competencia.

El estado de necesidad justificante putativo, al igual que en el caso de la legítima defensa putativa, sólo puede ser considerada como tal si existe un error de prohibición invencible, así Muñoz Conde[37]: "(...) aquí debe considerarse que actúa justificadamente quien, apreciando la situación cuidadosamente y dentro de los márgenes del

[37] Ibid. p. 376

riesgo permitido, considera erróneamente que existe una situación de peligro que no se da realmente. Criterios objetivos y objetivables, como la diligencia debida, experimentado conductor, etc., pueden servir para delimitar los márgenes de error en la apreciación de la realidad que admite el estado de necesidad como causa de justificación, sin tener que recurrir a la exculpación por vía del *error indirecto de prohibición*".

5.3. Obrar en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20° núm. 8).-

Respecto al ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo consideramos que es una causa de justificación, dado que no nos encontramos frente a una imposición de la ley sino frente a situaciones que son *permitidas* por el ordenamiento jurídico, el carácter permisivo nos hace incluirlas en la esfera de las causas de justificación (el sujeto puede ejercer su derecho, oficio o cargo). En otros términos, el ordenamiento jurídico, reconoce que el ejercicio de ciertos derechos puede lesionar un bien jurídico penal.

El profesor Cury Urzua[38] señala que es requisito fundamental de esta causa de justificación la existencia del derecho. No es necesario que la facultad aparezca expresamente establecida en la ley; la existencia de un derecho puede también deducirse mediante una interpretación analógica.

Para que la conducta quede justificada, el ejercicio del derecho[39] debe ser legítimo, esta afirmación implica una tautología

---

38 Cury Urzúa, Enrique.- Derecho Penal - Parte General, T.I, 2° edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, p. 375.

39 La expresión "derecho" ha de ser interpretada en su significación estrictamente positiva, esto es, facultad o poder otorgado por el orden jurídico vigente; para decidir sobre la licitud de la conducta enjuiciada ha de tenerse en cuenta la totalidad del ordenamiento vigente.

que, no obstante, es necesaria. Quien actúa en ejercicio de un derecho en la forma que la ley autoriza, no comete acción antijurídica alguna, aun cuando su comportamiento lesione o ponga en peligro otros intereses humanos que el derecho protege. El legislador quiere privar de justificación a quien se excede en el uso de sus facultades; de este modo se enfatiza la aserción de que todo derecho tiene un límite más allá del cual no existe como tal. Por otro lado, si la ley autoriza un derecho tiene que consentir o suministrar los medios necesarios para su cabal ejercicio.

En el desarrollo normal de la vida, ciertas profesiones pueden conllevar la realización de conductas lesivas para los bienes jurídicos, por ejemplo: cuando un abogado se expresa duramente en el juicio contra el acusado, pudiendo constituirse un delito de injuria. Pero, debemos ubicarnos en un ejercicio legítimo, es decir, amparado por el ordenamiento jurídico. Lo mismo puede suceder en el caso de profesiones como periodistas y médicos. Los casos de ejercicio de un oficio o cargo son especificaciones de la misma idea, por ejemplo:

a) El caso de los padres respecto de sus hijos, tienen cierto poder para corregirlos, podrían darle un palmazo o leer la correspondencia del hijo si lo consideran necesario. Así, Bettiol[40] manifestó en su época: "(...) el padre puede lícitamente, siempre que el interés de la educación lo requiera, golpear al menor, ofenderlo en su honor, privarlo de la libertad por un limitado período de tiempo, sin que los hechos perpetrados puedan considerarse antijurídicos. La ilicitud comienza con el abuso (...)".
b) Los abogados pueden pedir el uso de la palabra en un proceso y descalificar a la otra parte en legítimo ejercicio de su oficio.
c) El Juez en legítimo ejercicio de su cargo puede ordenar un desalojo.

[40] Bettiol, Giuseppe citado por Estrada Vélez: op. cit., p. 130.

En resumen, dos condiciones son necesarias para esta causa de justificación:

a. Que exista un derecho: "obrar en ejercicio de un derecho" implica la previa existencia de una facultad de obrar o poder de voluntad establecido por el derecho objetivo para satisfacer un legítimo interés. No podría acogerse al ejercicio de un derecho, el propietario que incendia su casa con el pretexto de ejercitar la facultad de "disposición" que integra su derecho de dominio.
b. Que el derecho se ejercite legítimamente: el derecho debe ejercitarse en las circunstancias y de la manera que la ley señala.

5.4. Obediencia Jerárquica (art. 20° núm. 9).-

Una persona obra en virtud de obediencia debida, a los efectos justificantes en el campo punitivo, cuando realiza un acto ilícito cumpliendo órdenes recibidas de su superior jerárquico.

> El Código penal dispone en el art. 20° núm. 9:
> *El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.*

El presupuesto fundamental para que se pueda aplicar esta causa de justificación es: la existencia de una orden antijurídica, es decir, en contra del ordenamiento jurídico.

Se discute sobre la naturaleza jurídica de esta figura. Algunos opinan que nos encontramos frente a una causa de atipicidad en los casos en que, en virtud de la ley o de la naturaleza de la orden, el sujeto tiene un deber específico de actuar (cumpliendo la orden que se le ha dado). Por ejemplo, la facultad del Juez de detener a las personas en determinadas circunstancias. El art. 419° del Código Penal considera

prevaricato el hecho de que el Juez, "*maliciosamente*" o "*sin motivo legal*" ordene la detención de una persona, por lo que sí lo hace mediante una orden legal, no incurre en el tipo del art. 419° del Código Penal. Cuando no exista el deber específico de actuar, la obediencia debida constituye una causa de justificación, porque la ley quiere que una orden legítima de autoridad se cumpla, y si quien la recibe debe acatarla, seria injusto y contradictorio que por actuar así respondiese penalmente; lo que obliga al agente no es propiamente la orden, sino la norma que le impone el deber de obediencia, y esa circunstancia excluye el delito en cuanto al ejecutor, pero no en cuanto al autor de la orden, sobre quien recae la responsabilidad por el hecho punible.

Se deben cumplir los siguientes requisitos:

1. La orden[41] debe tener un carácter obligatorio, es decir debe estar revestida de las formalidades legales. La orden tiene que reunir todos los requisitos que señala la ley o reglamentos desde un punto de vista formal, cuando tales presupuestos no se hayan cumplido, la orden no obliga al infractor[42]. Tal como manifiesta el profesor Jescheck[43]: "Debe partirse del principio de que el mandato del superior competente goza de la *presunción de juridicidad*. El mandato vincula hasta donde llega esa presunción de conformidad con el Derecho, incluso aquel sea en realidad antijurídico".

---

41 La orden es la declaración de voluntad de una autoridad con carácter imperativo, dirigido a un subordinado, para exigirle determinada conducta (hacer, no hacer, permitir). La orden se llama "jerárquica" cuando se funda en una relación de sujeción particular del inferior que la cumple hacia el superior que la da. El Código expresa esta naturaleza jerárquica del mandato, al hablar de *"orden obligatoria de autoridad competente"*. La orden puede resultar de una norma jurídica (reglamento interno, prescripción de servicios, etc.), de un acto jurisdiccional (sentencia, ordenanza, etc.) o de un acto contractual (redactado por un notario u otro funcionario público).

42 Villavicencio Terreros, Felipe.- op. cit., p. 141.

43 Jescheck, Hans-Heinrich.- op. cit., p. 354.

2. La orden debe provenir de una jerarquía superior, por tanto, se requiere que exista una regulación jurídica determinada que especifique la relación de subordinación de un sujeto respecto de otro[44].

Debemos tener en cuenta dos casos:

2.1. Derecho Público: Por ejemplo, cuando un Juez manda detener a una persona.

2.2. Los militares: Por ejemplo, cuando un general ordena a un soldado que cumpla cierta orden.

La obediencia reverencial no tiene relevancia penal a los efectos de excluir el delito (la obediencia que se le debe a los padres por los hijos, al cónyuge por su consorte, al maestro por el alumno, etc.)

3. La orden debe darse dentro de las funciones *–in officio-* del sujeto y éste debe ser competente para darla. Por ejemplo:

a) Un notario público no puede ordenar que se dicte detención a una persona.

b) Si un comisario de policía ordena a un agente efectuar una detención arbitraria, él sólo será el responsable del delito, porque ordenar una detención está dentro de su competencia. Pero si ordenara torturar a un detenido, el subordinado no debe obedecerle, porque cometer actos de crueldad no entra en las atribuciones de ninguno de ellos.

4. La orden no debe infringir de manera clara la ley. Es decir, se considera suficiente y necesario que la orden no sea manifiestamente antijurídica (orden aparentemente conforme a Derecho) –teoría de la apariencia-.

---

[44] Bustos Ramírez, Juan.- op. cit., p. 223

Sobre el aspecto subjetivo de esta causa de justificación: el sujeto tiene que obrar con la intención de cumplir con una orden que conoce como legítima (al menos aparentemente). Si sabe que es ilegítima o la utiliza como pretexto para cometer un hecho ilícito, no se configura la obediencia debida.

6. Error en las Causas de Justificación.

La estructura de una causa de justificación, como hemos mencionado, está dada por dos aspectos: objetivo y subjetivo, si falta alguno de ellos el hecho permanece como antijurídico. De aquí pueden desprenderse dos situaciones:

A. El error puede recaer sobre alguno de los aspectos objetivos que señala el Código Penal y no sobre el aspecto subjetivo, en otras palabras, el sujeto actúa convencido de que lo hace lícitamente cuando en realidad no es así, ya que falta alguno de los presupuestos objetivos de la causa de justificación. Por ejemplo: Juan le dispara a Víctor porque cree que lo iba a golpear con un palo, cuando, en realidad, lo único que hacia era guardar la escoba. En este caso nos encontramos frente a un *Error de Prohibición*, el cual puede ser invencible -elimina la responsabilidad- o vencible -atenúa la responsabilidad, la pena-. Sobre este caso el profesor Maurach[45] señala: "(...) en ninguno de estos supuestos, puede concurrir jamás una causa de justificación de la acción típica. Lo único que cabe preguntar es bajo qué presupuestos se suprime el reproche al autor y, con ello, su culpabilidad". Es decir, la acción típica siempre existe pero, el reproche se suprime por la existencia de un error de prohibición.

[45] Maurach, Reinhart.- op. cit., p. 376.

Puede darse el caso de que partiendo de una causa de justificación, el sujeto se exceda, convirtiendo su acción en antijurídica (el exceso), por ejemplo: si una persona actúa en legítima defensa y luego de haber inutilizado a su atacante, lo mata. El sujeto sólo es cubierto por la causa de justificación hasta el límite permitido -la neutralización del ataque- y responderá por el exceso que produzca de ahí en adelante -la muerte-.

Como punto saltante debemos mencionar que el art. 21° del Código Penal trata las eximentes incompletas, estableciendo que: "En los casos del a*rtículo 20°, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal*". Esto tiene los mismos efectos que un error de prohibición vencible, de acuerdo al art.14°, segundo párrafo.

B. Puede darse el caso de que el sujeto cumpla con todos los requisitos del aspecto objetivos, pero no con el aspecto subjetivo, es decir no actúa en la creencia de que su actuar está permitido por el derecho. Aquí, no estamos frente a un error de prohibición, ya que el sujeto está actuando con conciencia de su ilicitud. Por ejemplo: Si "A" y "B" son enemigos y el primero ha decidido matar al segundo, justo el mismo día que el segundo ha planeado la muerte del primero; en el momento en que "A" entra a la oficina de su víctima con el dolo de matarlo -teniendo todavía el arma en un lugar no visible-, "B" le dispara y lo mata instantáneamente. Luego, cuando registran a "A" le encuentran el arma con la que planeaba matar a "B". En este caso, de acuerdo al derecho penal moderno la pena a imponerse a "B" sería en el ámbito de tentativa. Pero, definitivamente, "B" cometió un delito.

CAPÍTULO XIII

RESPONSABILIDAD O CULPABILIDAD

1. Concepto y Función.

Una conducta típica y antijurídica no es sin más punible. La calificación de una conducta como típica y antijurídica expresa solamente que el hecho realizado por el autor es desaprobado por el Derecho, pero no que el autor deba responder penalmente por ello, cuestión que debe decidirse en el ámbito de la *culpabilidad*, esto es, en función de la posibilidad de conocimiento de la antijuricidad que tenga, de la motivabilidad respecto a la conminación legal que posea y de la exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho. Para que surjan todas estas condiciones se debe partir del presupuesto lógico de la libertad de decisión del ser humano.

La responsabilidad o culpabilidad es la posibilidad de atribuir un hecho desvalorado a su autor. Dentro de la teoría del delito, tanto en la tipicidad y la antijuricidad se analiza el hecho, y en la culpabilidad se examina si se puede atribuir a la persona el hecho típico y antijurídico –derecho penal de acto-[1]. Es decir, luego de haber descrito la conducta humana antijurídica, se debe analizar las condiciones que reúne el

[1] La mayoría de la doctrina coincide en que la antijuricidad constituye un juicio *despersonalizado* de la desaprobación *sobre el hecho*, la culpabilidad requiere además la posibilidad de *atribución* de ese hecho desvalorado *a su autor*.

sujeto para poder atribuírsela; pero, se debe tener presente que la culpabilidad no es un rasgo intrínseco de la persona, sino una cualidad que se le atribuye por el hecho ilícito realizado. Así Jescheck[2]: "La capacidad de culpabilidad debe concurrir para que la diferencia en la actitud interna frente al Derecho, de la que ha nacido la decisión de cometer el delito, pueda resultar en definitiva, censurable".

El profesor Mir Puig[3] dice al referirse a la responsabilidad penal –culpabilidad- que: "(...) no basta cualquier posibilidad de acceder a la norma, sino que dicho acceso tenga lugar en condiciones de normalidad motivacional", lo que se integra con lo manifestado por el profesor Maurach[4]: "Una acción típicamente antijurídica tan sólo es relevante para el derecho penal si el juicio de desvalor sobre el acto se extiende también al autor. Cometido del derecho penal es, primeramente castigar, y en segundo lugar poner bajo seguro al autor peligroso. Ambas reacciones presuponen que la acción típicamente antijurídica puede ser atribuida al sujeto como obra de su voluntad".

No es necesario que el agente que haya realizado la conducta se sienta culpable de la misma, lo importante es determinar si se han cumplido las exigencias de atribuibilidad que impone el derecho.

La culpabilidad moral o ético-social, en tanto no encuentren su base en el derecho positivo, son irrelevantes para el derecho penal, por lo que se prohíbe toda medición de culpabilidad conforme a puntos de vista individuales.

---

2 Jescheck, Hans-Heinrich.- "Tratado de Derecho Penal – Parte General", traducción de José Manzanares Samaniego, V. I, 4° edición, Editorial COMARES, Granada, 1993, p. 391.

3 Mir Puig, Santiago.- "Derecho Penal – Parte General", 5° edición, Impreso por TECFOTO, Barcelona, 1998, p. 549.

4 Maurach, Reinhart.- "Tratado de Derecho Penal", traducción y notas de Derecho español por Juan Córdoba Roda, T. II, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, pp. 11-13.

La esencia de la culpabilidad se centra en el *reproche* formulado al autor por su acción contraria a lo establecido por el ordenamiento jurídico; es decir, se sanciona al agente por haber realizado la conducta establecida en el *injusto* cuando podía comportarse conforme a derecho. En este sentido, Muñoz Conde[5] señala: "Actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico pudiendo actuar de un modo distinto, es decir conforme a derecho".

Para explicar la culpabilidad **existen diversas teorías**:

1.- **Psicológica.-** Para esta teoría la culpabilidad se agota en la relación psicológica y el hecho, es decir basta con que el sujeto quiera realizar el hecho. Como explica el profesor Berdugo[6]: "A finales del siglo XIX y durante el primer tercio del siglo XX predominaba una concepción de la culpabilidad que seguía fielmente los designios del causalismo naturalista, entendiendo que su atribución a un sujeto requería la comprobación de un nexo psíquico con el hecho cometido, es decir una relación de causa a efecto que permitiera hacerle penalmente responsable del mismo –considerarlo suyo-. Se trataba así de trasladar el esquema explicativo de la teoría de la equivalencia de condiciones al ámbito de la culpabilidad". Es decir, la culpabilidad se concibe como una relación de causalidad psíquica, como el nexo que explica el resultado como producto de la mente del sujeto[7].

---

5 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- "Derecho Penal – Parte General", 4° edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 398.

6 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- "Lecciones de Derecho Penal Parte General", 2° edición, Editorial Praxis, Barcelona, 1999, p. 242.

7 Vid. Von Liszt: "No basta con que el resultado pueda ser *objetivamente* referido a la manifestación de voluntad del agente, sino que también debe darse *subjetivamente*, el nexo, en la culpabilidad del autor". En "Tratado de Derecho Penal", traducción de la 20° edición por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, T.II, Editorial Reus, Madrid, 1917, p. 375.

De acuerdo a esta teoría, el delito se define sobre la base de dos puntos:

1. La relación de causalidad material.
2. La conexión de causalidad psíquica.

Existen diversas **críticas** a esta teoría, las principales son:

a) ¿Cómo analiza los delitos culposos? De acuerdo a esta teoría, cuando se produce un delito por culpa se da una imperfecta conexión psíquica con el hecho. Pero, ¿cómo y en qué sentido se puede entender esto?. Cuando nos encontramos frente a una culpa inconsciente no se puede determinar ningún nexo psicológico, pues se desconoce el peligro; pero, en el caso de la culpa consciente, esta teoría trata de explicar el carácter psicológico sobre la base de la *previsibilidad*, lo cual es sumamente discutible. Además, conforme entendemos, la culpa es un concepto normativo, que tiene su centro en la infracción de la norma de cuidado, lo cual no tiene ningún carácter psicológico.
b) Esta culpabilidad no es graduable.
c) No puede plantearse el caso de la culpabilidad restringida.

2.- **Normativa.-** Analiza la relación entre el autor y el hecho, el sujeto activo debe saber que está actuando contra una norma –prohibitiva o de mandato-. Es decir, el desvalor se presenta por la confrontación entre lo que prescribe la norma y lo que realiza el sujeto activo. Como señala el profesor Mir Puig[8]: "(...) la culpabilidad pasa a entenderse como un juicio de valor: como un juicio de *reproche* por la realización del hecho antijurídico cuando era *exigible* obrar conforme al Derecho".

---

8 Mir Puig, Santiago.- op. cit., p. 542.

La teoría normativa estableció, para la existencia de la culpabilidad:

a) La imputabilidad, es decir el sujeto debe haber manifestado una voluntad defectuosa reprochable.
b) El dolo o la culpa son modalidades de la voluntad defectuosa. Resulta obvio decir que se tiene que dar como base una conducta antijurídica[9].
c) Ausencia de causas exculpantes. Es decir, no se debe presentar ni el estado de necesidad exculpante ni el miedo insuperable. La presencia de estas figuras impediría la reprochabilidad.

Como vemos, la teoría normativa introduce un criterio valorativo, pero a la vez mantiene el contenido psicológico del hecho como objeto de valoración.

3.- **Finalista.-** La culpabilidad queda restringida a un juicio de valoración, es decir a la reprochabilidad del acto cometido por el sujeto activo. Se agrega aquí el elemento de la motivación. Si el sujeto es motivado por la norma y a pesar de ello realiza el acto prohibido, entonces es reprochable. De esta afirmación se deduce que el sujeto que no puede ser motivado no puede ser culpable, por ejemplo: el loco. En este sentido, el profesor Hans Welzel[10] dice: "La culpabilidad no se agota en la relación de disconformidad sustancial entre la acción y el ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal

9 Debemos tener en cuenta que la teoría normativista se encuentra bajo un esquema de la teoría del delito basado en el causalismo, motivo por el cual el dolo y la culpa se encuentran ubicados dentro de la culpabilidad y no dentro de la tipicidad, es así que se da una conducta antijurídica independiente del dolo y la culpa.

10 Welzel, Hans.- "Derecho Penal Alemán – Parte General", traducción de los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez, 4° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p.166.

contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aún cuando podía omitirla. La conducta del autor no es como se la exige el derecho, aunque él habría podido observar las exigencias del deber ser del derecho. Él hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma. En este "poder en lugar de ello" del autor respecto de la configuración de su voluntad antijurídica reside la esencia de la culpabilidad; allí esta fundamentado el reproche personal que se le formula en el juicio de la culpabilidad al autor por su conducta antijurídica". De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico-penal, son motivables los mayores de 18 años[11]. La culpabilidad, de acuerdo a esta teoría, se vuelve graduable por la motivación que puede ejercer la norma. De acuerdo a esta teoría, en ningún caso sería reprochable el actuar de una persona jurídica, dado que no puede ser motivada por la norma.

4.- **Funcionalismo.-** De acuerdo con la concepción funcionalista de Günther Jakobs, es en la culpabilidad donde se adoptan las soluciones decisivas. Siendo la característica de la culpabilidad la motivación no conforme a derecho del autor, el cual ha creado un conflicto. Se sanciona entonces con el fin de mantener la confianza en la norma. Por lo que, si el Estado sanciona los comportamientos que violan la norma, está contribuyendo a estabilizar el ordenamiento.

La comunicación entre los sujetos puede ser de dos clases: de

---

[11] Cabe aquí hacer el siguiente comentario: El Decreto Legislativo N° 895, Ley contra el terrorismo agravado, varía la edad en que adquieren responsabilidad penal los individuos sujetos a derecho; en su art. 2° lit. c) establece que los participantes en el delito, mayores de dieciséis (16) y menores de dieciocho (18) años de edad pueden recibir una pena no menor de veinticinco (25) años. Cabe destacar que el Dec. Leg. 895° ha sufrido una serie de modificatorias, por las leyes N° 27235 del 20/12/99 y N° 27472 del 05/06/01 pero, ninguna de ellas ha modificado el art. 2° del Dec. Leg. N° 895, por lo que sigue vigente la posibilidad de sancionar a los jóvenes mayores de 16 y menores de 18 años.

sentido o de *naturaleza*. El autor con su hecho puede expresar un *sentido* relevante para la comunicación o no; de darse el segundo caso, se mantendría en la *naturaleza* (aunque dicho autor puede considerar que ese mundo natural tiene sentido –*Tertium non datur*-). *La naturaleza y el sentido se determinan funcionalmente*, por lo que la diferenciación no es la misma en los distintos ámbitos de la sociedad. Así, desde este punto de vista, el concepto de culpabilidad es el que *separa el sentido de la naturaleza*[12]. De acuerdo a la posición de Jakobs, las categorías anteriores a la culpabilidad están configuradas sobre la base de conceptos auxiliares cuyo cometido consiste en hacer más manejable el concepto de culpabilidad (dichas categorías sólo tienen una función didáctica). Si no existe culpabilidad, se trata solo aparentemente de comunicación, o sea, de una conducta de la naturaleza –la que es irrelevante para el derecho penal-. *En el marco de una perspectiva funcional-social, el derecho penal sólo garantiza una cosa: que se va a contradecir toda expresión de sentido (probada en un procedimiento propio de un Estado de Derecho) que manifieste que la norma carece de validez. Como consecuencia de esta afirmación, una expresión de sentido de contenido defectuoso es una expresión que conlleva responsabilidad.*

Por lo que, desde el punto de vista específico del derecho penal, tan sólo existe la expectativa de que no exista culpabilidad, es decir una fidelidad suficiente al Derecho o, respectivamente, que sólo existe un deber, el de prestar una fidelidad suficiente al derecho.

Todos los sujetos tienen un determinado rol, el cumplimiento de éste garantiza al derecho penal que el ciudadano es fiel al Derecho.

---

12 Lo que pertenece a la naturaleza no es relevante para el derecho penal.

> Con la medida de la culpabilidad se mide a una persona, precisamente la persona más general que cabe imaginar, aquélla cuyo rol consiste en respetar el Derecho.
> *El derecho penal, no se desarrolla en la conciencia individual, sino en la comunicación. Sus actores son personas (tanto el autor como la víctima y el juez) y sus condiciones no las estipula un sentimiento individual, sino la sociedad. La principal condición para una sociedad que es respetuosa con la libertad de actuación es la personalización de los sujetos.* El concepto funcional de culpabilidad es por necesidad descriptiva precisamente por la medida en que la sociedad se encuentra determinada. Probablemente esa descripción neutra, esta exclusión de la utopía, es lo más chocante en la práctica de toda teoría funcional. Es decir, la teoría funcionalista se puede acomodar a cualquier sistema, pues es un mecanismo o forma de aplicar el derecho penal conforme a los valores de una sociedad cualquiera.

Nuestro Código Penal sólo habla de responsabilidad y no de culpabilidad. La responsabilidad es un término más amplio que incluye:

a) La responsabilidad de la persona.
b) La co-responsabilidad de la sociedad.

En la exposición de motivos de nuestro Código Penal[13] se señala claramente que: "(...) se consagra el importante principio de co-culpabilidad de la sociedad en la comisión del delito cuando prescribe que el juzgador deberá tener en cuenta, al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las carencias sociales que hubieran afectado al agente. En esta forma nuestra colectividad estaría reconociendo que no brinda iguales posibilidades a todos los individuos para comportarse

[13] Exposición de Motivos del Código Penal Peruano de 1991 – Decreto Legislativo N° 635 del 03 de abril de 1991.

con adecuación a los intereses generales, aceptando una *responsabilidad parcial* en la conducta delictiva, *mea culpa* que tiene el efecto de enervar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad. La Comisión Revisora conceptúa que la culpabilidad a la que se alude, disminuye o desaparece en la misma medida en que el delincuente haya tenido las oportunidades de comportarse según las normas de convivencia social".

Función.

La función de la culpabilidad se centra en determinar si se puede atribuir responsabilidad a una persona por el hecho cometido, este análisis gira en torno a la exigibilidad de otra conducta, se cuestiona, entonces, si el agente pudo haber evitado el acto o disminuido sus efectos.

En las categorías anteriores -tipicidad y antijuricidad- el juicio lo efectúa íntegramente el Juez, éste observa si la conducta se adecuaba al tipo penal y si existía o no alguna causa de justificación (examinaba los hechos), pero en el desarrollo de la culpabilidad debemos observar al sujeto en concreto y su relación con los demás -fenómeno social-, el Juez entonces debe tratar de situarse dentro de la mente del sujeto para saber si se le podía exigir otra conducta o no. Como es obvio, realizar esta operación de manera fehaciente resulta imposible, ya que no existe ninguna forma científica de lograrlo[14].

Del estudio y análisis de la culpabilidad se deben determinar tres cuestiones:

---

[14] Como decía Engisch, aunque el hombre poseyera esta capacidad de actuar de un modo distinto a como realmente lo hizo, sería imposible demostrar en el caso concreto si usó o no esta capacidad, porque, aunque se repitiera exactamente la misma situación en la que se actuó, habría siempre otros datos, nuevas circunstancias, etc., que la harían distinta. La capacidad de poder actuar de modo diferente a como se actuó es, por consiguiente, indemostrable.

a) Si el agente se encontraba en capacidad psicológica para poder haber sido motivado por el contenido de la norma.
b) Si el agente conocía la antijuricidad de su acto.
c) Si al agente le era exigible actuar de manera distinta a la forma en que lo hizo.

De cumplirse positivamente con cada una de las cuestiones enumeradas y habiéndose demostrado la existencia del injusto, existe la culpabilidad del agente.

Para reconocer la responsabilidad penal del agente no es suficiente con que constatemos que él ha proyectado su acción como ataque prohibido, es necesario, además, que constatemos que lo hizo como *ataque prohibido merecedor de pena.* No porque conozca que su ataque va a ser sancionado con una pena, sino porque conoce las características del ataque que pone en peligro el bien jurídico y que coinciden con las enunciadas por el tipo penal, es decir el ataque prohibido se transforma en un ataque prohibido punible[15].

2. Culpabilidad y Prevención General.

Nunca se debe examinar al sujeto en forma aislada, ya que la persona es un ser social por naturaleza, hasta el delito requiere ser cometido en sociedad, de lo contrario no tendría sentido sancionarlo. Es la sociedad la que determina qué es reprochable y qué no; esto depende del momento histórico en el que nos situemos.

Debemos observar si, luego de cometido el delito, es necesaria o no la pena, es decir si se puede y se debe hacer responsable al sujeto por la acción que ha cometido. Es justo aquí, donde se produce un cruce entre la culpabilidad -responsabilidad- y los fines de la pena.

---

15 Creus, Carlos.- "Esquema de Derecho penal – Parte General", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 99.

Tanto la prevención general como la determinación de la culpabilidad tienen como fin la mejor protección de los bienes jurídicos; el primero intimidando o amenazando a los sujetos para que no delincan y, el segundo, sirve para observar el grado de pena, de acuerdo al reproche que se le impondrá al sujeto con un triple propósito:

a) Evitar que afecte otros bienes jurídicos,
b) Rehabilitándolo para reincorporarlo a la sociedad y,
c) Acentuar las bases del sistema para que todos los miembros de la sociedad sepan que se deben proteger los bienes jurídicos.

3. Elementos de la Culpabilidad: Imputabilidad, Conocimiento o conciencia de la antijuricidad y Exigibilidad de otra conducta.

El desarrollo histórico de la culpabilidad ha permitido que de su elemento principal, **la Exigibilidad de otra conducta**, se desprendan dos más: la imputabilidad y el conocimiento de la antijuricidad.

La culpabilidad tiene tres elementos:

1. La Imputabilidad.
2. El conocimiento o conciencia de la antijuricidad –error de prohibición-
3. La exigibilidad de otra conducta.

3.1. Imputabilidad.

La capacidad de culpabilidad o imputabilidad del sujeto para haberse comportado de otro (modo afirmación la libertad de su voluntad). El que no goza de la libertad de autodeterminarse, es decir, de decidir si respeta o no las normas de derecho que ha dispuesto la sociedad, por medio de su ordenamiento jurídico con el fin de lograr la paz social, es incapaz de tener culpabilidad o ser imputable.

El aspecto positivo de la culpabilidad consiste en una actitud psíquica de autogobernar su comportamiento por el temor al castigo –la pena-. La norma penal conmina la realización de ciertas conductas o la omisión de otras con la imposición de una pena –prevención general-. La imputabilidad es *motivabilidad normal* del sujeto respecto a la norma.

Es *inimputable* la persona que no está en capacidad de conocer y comprender que actúa antijurídicamente o que, pudiendo comprenderlo, no está en condiciones de actuar de otra manera. Los criterios reguladores de la inimputabilidad son tres:

a) **Biológicos.-** Se parte de un supuesto objetivamente aprensible: anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteración de la percepción. Pero, no debemos quedarnos en ese nivel, hay que tener en cuenta que la mera constatación de uno de estos estados no basta, se requiere que exista una relación causal entre ellos y el comportamiento realizado; en otras palabras deben ser el factor determinante sobre la capacidad de entendimiento o acción del sujeto.

b) **Psicológico.-** Supone el análisis de la capacidad o incapacidad del agente para comprender el significado de su comportamiento y para determinar su actuar sobre la base de esa comprensión. Esto conlleva a un análisis individual del sujeto en cada caso concreto. El profesor Berdugo[16] señala: "(...) para atribuir el calificativo de "culpable" al autor de un hecho antijurídico debemos estar en condiciones de comprobar que obró con "suficiente motivación" por la norma (que ha sido vulnerada, pues, con todas las de la ley), la primera incógnita a despejar será si dicho sujeto poseía, en el momento de cometer el hecho, la capacidad psíquica que se considera suficiente para verse motivado por la norma. De ahí que se

[16] Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- pp. 247-248.

defina la imputabilidad como la "suficiente capacidad de motivación del autor por la norma penal".

c) **Mixto.-** Surge de la combinación de los criterios biológicos y psicológicos de acuerdo con la causal de inimputabilidad.

El Código Penal recoge el criterio biológico para el caso de los menores de edad, y el mixto para los demás casos de inimputabilidad. Para determinar si una persona es imputable, se debe observar:

- Ser mayor de 18 años -art. 20° núm.2-[17]
- Tener una capacidad psicológica -art. 20° núm.1-

Como se ha dicho anteriormente, para ser imputable y, posteriormente, responder penalmente, es requisito indispensable ser mayor de edad, es decir, haber cumplido los 18 años o más y tener la suficiente capacidad psicológica para entender el significado del acto realizado. En otras palabras, la edad cronológica debe ir acompañada de una madurez mental. La falta de alguno de estos elementos originaría que el sujeto no sea responsable penalmente.

3.1.1. Causas de Inimputabilidad.

El Código Penal en su art. 20° núm. 1, señala una serie de casos en los que el individuo es inimputable:

Artículo 20° núm. 1.- 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 capacidad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esa comprensión.

---

[17] Como excepción a la inimputabilidad de personas menores de 18 años tenemos el Dec. Leg. N° 895, el que ha sufrido diversas modificaciones por la Ley N° 27235 del 20/12/99, pero que no se pronuncia respecto del art. 2° lit. c), donde se señala que la pena será privativa de libertad no menor de 25 años a todos los participantes en el delito, mayores de 16 y menores de 18 años de edad.

a) **Anomalía Psíquica.-** Es el trastorno general y persistente de las funciones psíquicas cuyas causas patológicas impiden la adaptación lógica y activa de las normas del medio ambiente. A esto debemos agregar las palabras del profesor Berdugo[18]: "El legislador exige al Juez que valore el grado de afectación que esa patología ha provocado en el autor en el momento de cometer el hecho y sólo le permite conceder la impunidad cuando compruebe que el acusado fue incapaz de comprender la ilicitud del hecho o de obrar en consecuencia; en otras palabras: cuando compruebe que es inimputable".

Entre las anomalías psíquicas podemos mencionar: la oligofrenia profunda (idiotez, imbecibilidad, debilidad mental, la paranoia, la esquizofrenia, la demencia senil, la demencia arteriosclerótica) y todas aquellas que impliquen una alteración ostensible de la personalidad y ejerzan influencia sobre la conducta realizada, como son los estados psicopáticos y psiconeuróticos.

La anomalía psíquica le debe impedir al individuo conocer o comprender la ilicitud de su comportamiento (facultades intelectuales) o determinar su actividad conforme a dicho conocimiento (facultades volitivas).

b) **Grave alteración de la conciencia.-** Se caracteriza y se diferencia de la anomalía psíquica en la brevedad de su duración temporal[19]. Es una perturbación profunda de la conciencia de sí mismo o del mundo exterior que afecta la inteligencia o la voluntad, impidiendo la comprensión de la delictuosidad del acto que se realiza, o la dirección de las propias acciones al

---

18 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- op. cit., p. 248.

19 De acuerdo a algunos autores, el carácter transitorio del trastorno sugiere la inexistencia de base patológica alguna asociada a la alteración mental del sujeto, siendo un estímulo exterior a él lo que perturba su estado psíquico, ya se trate de una situación o de la ingestión de alguna sustancia.

efectuarlo. Las causas que provocan este estado pueden ser fisiológicas, no morbosas (mandato posthipnótico, estados afectivos en su grado más agudo) o patológicas, morbosas (estados crepusculares con base, histérica, epiléptica o esquizofrénica); éstas últimas se diferencian de la anomalía psíquica porque no afectan la normalidad de las facultades, capacidades o potenciales intelectuales que estructuran el mecanismo psicológico, sino que sólo interrumpen, por más o menos tiempo, la actuación de la facultad de propia comprensión interna y ubicación con relación a lo externo[20].
La grave alteración de la conciencia debe haber existido en el momento del hecho en grado suficiente para haberle impedido comprender lo injusto del hecho (falta de capacidad de comprensión) o de actuar según esta comprensión (falta de encauzamiento). Lo que excluye la imputabilidad no es el hecho, por ejemplo, de haber actuado ebrio, sino el hecho de que el alcohol condujo al agente a un estado grave de alteración de la conciencia que lo puso en una situación de incapacidad psíquica para comprender lo injusto del hecho o de actuar según esta comprensión.

No basta con analizar el grado de conciencia, se exige también que se atienda a su origen: la grave alteración de la conciencia no le debe ser imputable al autor. Desde este punto de vista, la grave alteración de la conciencia puede ser preordenada, voluntaria, culpable e inculpable –actio liberae in causa-.
La inexistencia de base patológica en los sujetos a los que se aplica esta disposición legal influye naturalmente en la posibilidad de recurrir a la imposición de medidas de seguridad en estos casos.

---

20 Núñez, Ricardo.- "Derecho Penal Argentino, Parte General", T.II, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1980, pp. 39-40.

c) **La alteración de la percepción.-** Surge cuando el sujeto tiene alterada gravemente su concepto de la realidad y no se encuentra, precisamente por esa causa, en condiciones de autorregular su comportamiento de acuerdo con el mensaje normativo. Esta eximente tiene un carácter mixto, pues atiende a causas biológicas -alteraciones de la percepción- y a efectos psicológicos –grave alteración del concepto de la realidad-. El término "realidad" hace referencia a la realidad normativa –jurídica-, en concreto a la significación antijurídica del hecho. Es decir no es suficiente para aplicar esta eximente el presupuesto biológico –ejm: la ceguera, sordomudez, etc.-, sino que éste debe haber producido un efecto psicológico –alterar gravemente la concepción de la realidad-. El profesor Berdugo[21] señala: "(...), en su caso la inimputabilidad proviene de una ausencia de socialización derivada de una minusvalía física, no psíquica. Esa falta de integración en el entorno puede provocar una inadaptación de tal calibre que el sujeto no haya interiorizado las claves que delimitan las acciones socialmente aceptadas de las que no lo son".

Cabe hacer una mención especial sobre el caso de **la embriaguez**, esta puede tener diversos grados y, dependiendo de ello, se la puede ubicar dentro de las diferentes causas de inimputabilidad, puede ser:

- **Letárgica:** constituye el grado máximo y da lugar a un estado de inconsciencia o sueño que excluye la presencia de un comportamiento humano voluntario. La persona puede ser utilizada como si fuera un objeto inanimado. Es decir, no hay acción para el derecho penal.

[21] Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- op. cit., p. 256.

- **Plena:** Se perturba totalmente la conciencia, es decir la persona no se da cuenta de lo que hace. Se da pues un trastorno mental transitorio capaz de eximir de responsabilidad. Pero, no toda embriaguez plena puede eximir, sino la que no se haya buscado con el propósito de delinquir ni se haya producido en circunstancias tales que se hubiera podido prever que daría lugar a cometer el delito.
- **Semiplena:** Supone una perturbación parcial, es decir, la persona mantiene cierto control, el cual le disminuye la imputabilidad (atenúa la responsabilidad).
- **Simple excitación:** El sujeto todavía mantiene el control de sus actos. Es irrelevante a los efectos penales.

El profesor Mir Puig[22] menciona que el origen de la embriaguez puede ser preordenada al delito, embriaguez voluntaria simple, culposa y fortuita. Es preordenada al delito cuando el sujeto se embriaga con el propósito de cometer un delito –*actio liberae in causa*-[23]; la embriaguez voluntaria es aquella que se busca intencionalmente; la embriaguez culposa es la que se produce imprudentemente y la embriaguez fortuita no se le atribuye a imprudencia alguna. La embriaguez patológica surge por efecto de una anomalía del sujeto al injerir una pequeña dosis de alcohol la cual le produce la embriaguez. En suma: que el sujeto se haya embriagado voluntariamente o por imprudencia, no significa que el sujeto en tal estado haya querido el hecho ni que éste fuera previsible, pues puede quererse o preverse la embriaguez sin querer ni ser previsible que vaya a producir la lesión de un bien jurídico.

---

22 Mir Puig, Santiago.- op. cit., p. 605.

23 La embriaguez preordenada dejara en pie la responsabilidad dolosa, y la embriaguez involuntaria o culposa, cuando el hecho –y no sólo la embriaguez- fuera imputable a imprudencia anterior, motivará la apreciación de responsabilidad por dicha imprudencia anterior.

3.1.2. Causas que atenúan la imputabilidad.

Nuestro Código, ha establecido dos supuestos en los cuales facultativamente se puede reducir la pena del sujeto imputable, estos son:

1) Las eximentes incompletas (art. 21°)
2) La imputabilidad restringida (art. 22°)

1) Las eximentes incompletas:

"Artículo 21°: En los casos del artículo 20°, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal."

Cuando se utiliza el término "requisitos" se trata de aquellos que son indispensables para la existencia misma de la eximente, los cuales tienen que estar presente en todo caso; por ejemplo: la agresión ilegítima en la legítima defensa o la situación de peligro en el estado de necesidad.

El art. 21° del Código Penal es una disposición amplia que puede tener dos vertientes: una en *exceso* y otra en *defecto*. La primera, surge cuando se da un *exceso* respecto de un requisito, por ejemplo: un exceso en la legítima defensa, cuando una persona atacada ilegítimamente responde de una forma desproporcionada que no sólo inutiliza al atacante, sino que lo lastima innecesariamente. La segunda, en *defecto* surge cuando falta uno de los requisitos, por ejemplo cuando en el estado de necesidad se podía evitar el peligro de otro modo.

De acuerdo al art. 21° debe admitirse que concurre la atenuación de responsabilidad penal, entre otros casos, en los siguientes:

- A favor del que padece de una perturbación mental manifiesta, que no alcanza, sin embargo, el grado de una anomalía psíquica.

- A favor del que repele una agresión ilegítima a su persona utilizando un medio no razonable.
- A favor del que causa daño en el patrimonio ajeno para evitar un mal, pero sin buscar el medio menos perjudicial y, sin cuidar de que el mal que procura evitar sea mayor que el que produce.
- A favor del que obra impulsado por un miedo efectivo, pero al cual habría podido sobreponerse; etc.

Desarrollando el primer supuesto, atendiendo al art. 20° núm.1: si la anomalía psíquica no es total, es decir, si la persona tenía cierto grado de entendimiento, el juez puede reducir la pena a límites inferiores al mínimo legal. El mínimo legal es diferente al mínimo de la pena. **El mínimo legal** es la menor pena que señala el Código Penal para un delito de la parte especial, por ejemplo: en el art.106°, el Código Penal señala que la pena puede ser entre 6 y 20 años, el mínimo legal es de 6 años. El mínimo de la pena, en cambio, conforme el art. 29° es de dos días. Se pueden presentar casos en los cuales el mínimo legal de la pena y el mínimo de la pena coincidan, por ejemplo, en el art.114° se establece que la pena no será mayor de 2 años, por lo que el mínimo es de 2 días. De igual forma se debe entender el máximo legal de la pena y el máximo de la pena: el máximo legal es el que señala el Código Penal para un delito determinado y el máximo de la pena es 35 años ó cadena perpetua (en el caso de la pena privativa de libertad permanente).

2) Imputabilidad Restringida:

"Artículo 22°.- Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción.

Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, terrorismo agravado, atentado contra la seguridad nacional y traición

a la Patria u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetúa"[24].

El art. 22° se refiere a una circunstancia facultativa de disminución prudencial de la pena[25] que gira entorno a la edad que tiene el sujeto activo al momento de cometer el hecho punible, se considera que existe una menor culpabilidad. Este precepto contiene tres supuestos:

1. **Más de 18 y menos de 21 años.**- se basa en la inmadurez del agente, ya que no ha completado aún su desenvolvimiento mental o moral, siendo altamente influenciables por otras personas[26]. La imposición de estas edades es arbitraria y ha sido una decisión exclusivamente legislativa.
2. **Más de 65 años.-** se basa en que estas personas por lo general tienen una menor peligrosidad, dada su decadencia o degeneración provocada por la senilidad (su raciocinio es más lento, la memoria más frágil, el índice de sugestionabilidad y desconfianza mayor); además no están en condiciones de igualdad con los delincuentes adultos para soportar el rigor de la condena.
3. **El art. 22° ha sido modificado por la Ley N° 27024** (25/12/98), la cual ha establecido que el beneficio de la imputabilidad restringida no se pueda aplicar en los siguientes casos:

   a. Delitos contra la libertad sexual: art. 170° a 178°-A del Código Penal.

---

24 Texto modificado según la Ley N° 27024 publicado en el diario oficial El Peruano el 25/12/1997. Merece hacer la aclaración de que mediante la Ley N° 27235 se cambió el nombre de terrorismo agravado a terrorismo especial, debiéndose tener esto en cuenta al momento de la aplicación del presente artículo.

25 Bramont Arias, Luis y Bramont-Arias Torres, Luis A.- "Código Penal Anotado", 4° edición, Editorial San Marcos, Lima, 2001, p. 208.

26 Fabbrini Mirabete, Julio.- "Manual de Derecho Penal", Parte General, V. I, Editorial Atlas S.A., Sao Paulo, 1986, pp. 298-299.

b. Delito de tráfico ilícito de drogas: art. 296° a 303° del Código Penal.

c. Delito de terrorismo: debemos comentar que el Dec. Ley N° 25475 del 06/05/92, modificada por las Leyes N° 26248 y 26590, en su art. 10°, ya se establecía expresamente la exclusión de lo dispuesto en el art. 22° para estos delitos, por lo que resulta innecesaria esta modificación en estos casos.

d. Delito de terrorismo agravado (Dec. Leg. N° 895 del 23/05/98): En principio debemos señalar que la denominación de "terrorismo agravado" ha sido cambiada por "terrorismo especial" de acuerdo a la Ley N° 27235 (20/12/99). En estos delitos, implícitamente, se excluye la aplicación de lo previsto en el art. 20° núm. 2 del Código Penal, respecto a la eximente de minoría de edad, en la medida en que expresamente se aplican sanciones penales a los menores de edad comprendidos entre los 16 y 18 años.

e. Atentados contra la seguridad nacional y traición a la patria: Dec. Ley N° 25659 modificado por la Ley N° 26248 de 13/02/92, donde se regula el delito de traición a la patria.

f. Delitos sancionados con pena privativa de libertad no menor de 25 años o cadena perpetua: Aquí tenemos delitos como:

- Extorsión agravada por el resultado muerte: art. 200° in fine del Código Penal.
- Arrebato o sustracción de armas de guerra agravado por el resultado muerte: art. 279°-B in fine del Código Penal.
- Delito de tráfico ilícito de drogas: art. 296-B, 296-C, 297.

Esta última cláusula constituye una puerta abierta para en el futuro limitar la aplicación de la imputabilidad restringida a nuevos delitos, teniendo en cuenta la tendencia cada vez más agudizada de nuestro legislador en orden a la progresiva elevación de las penas. En última instancia, la medida adoptada a través de la modificación del art. 22° del Código Penal sigue en esa misma línea de endurecimiento del derecho penal, como si esta fuera la solución al problema social de inseguridad ciudadana.

No pierden el derecho a la disminución de la pena los menores de 21 años casados o emancipados. La minoridad que cuenta es la penal y no la civil; la ley penal establece una presunción absoluta fundada sólo en la edad cronológica del agente.

Al llamado "reo menor" y al "reo anciano", además de la atenuante, les es concedido el beneficio de la reducción por la mitad de los plazos de prescripción, conforme el art. 81° del Código Penal.

3.1.3. El Actio liberae in causa.

La figura del: *"actio liberae in causa"* surge cuando el sujeto activo se coloca en una situación de imputabilidad restringida o inimputabilidad, para de esta forma obtener la aplicación de una pena inferior. Cuando esto se comprueba, la pena no se rebaja, por ejemplo: cuando una persona se embriaga con el propósito de darse valor para cometer un delito de homicidio y, efectivamente lo realiza, responde como si no hubiese tomado alcohol. Es claro, que los casos de inmadurez psicológica y de trastorno mental patológico (permanente o transitorio) no pueden ser predispuestos por la voluntad; por lo cual el *actio liberae in causa* sólo se puede referir al trastorno mental transitorio no patológico. En este sentido, el profesor Fernández Carrasquilla[27] señala: "Una tal

[27] Fernández Carrasquilla, Juan.- "Derecho penal fundamental – Teoría general del delito y punibilidad", T.II, Editorial Temis, Bogotá, 1989, p. 252.

preordenación se da cuando el sujeto se coloca voluntariamente en un estado de inimputabilidad y luego delinque en este estado. En abstracto es posible pensar que el sujeto pone voluntariamente la causa de su estado de inimputabilidad cuando se procura intencionalmente tal estado con el fin de cometer un delito determinado (dolo) y cuando, al momento de colocarse en dicha condición, al menos pudo prever la posibilidad de incurrir en un delito determinado (culpa). La idea de la *acción libre en su causa* es que la imputabilidad del agente no se examine, en tales supuestos, al momento del hecho, sino al momento en que el sujeto libremente decidió tornarse inimputable, esto es, autoinducirse, por ingestión de alguna sustancia, por hipnosis o por cualquier otro medio, un trastorno mental transitorio no patológico". En otras palabras, el sujeto al momento de realizar su comportamiento –por acción u omisión- no es imputable, pero responde penalmente por la *conducta anterior* que dio origen a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

El profesor Jescheck[28] dice: "La cuestión de sí el autor es capaz o incapaz de culpabilidad se refiere al momento del hecho. La actio liberae in causa comporta una excepción, no regulada en la ley, pero reconocida por el Derecho consuetudinario. Se entiende como tal un **comportamiento que el autor pone en marcha actuando responsablemente**, pero que tan sólo desemboca en una acción típica cuando aquel ha perdido la capacidad de acción o la plena capacidad de culpabilidad".

El actio liberae in causa sanciona la conducta libre de haberse puesto en un estado de semi-inimputabilidad o inimputabilidad para realizar un comportamiento delictivo; es decir la conducta previa a la que generó el delito. Así se pueden presentar dos casos: que el sujeto se haya puesto dolosamente en esta situación o lo haya hecho de manera

[28] Jescheck, Hans-Heinrich.- op. cit., p. 403.

culposa y, entonces, ya se tiene el origen de un comportamiento que genera responsabilidad penal, dado que, este comportamiento ha surgido de forma libre de parte del sujeto. Es justamente a esta conducta a la que se puede atribuir la producción del delito, pues se ha generado la relación de causalidad –posteriormente se tendrá que evaluar la imputación objetiva-. Este razonamiento también se puede aplicar a los delitos que surgen de una *provocación*, que se da por un comportamiento anterior -doloso o culposo-, pero que después generan una situación de ausencia de acción –desde el punto de vista jurídico penal- que realiza el tipo. Por ejemplo: el sujeto que ininterrumpidamente conduce su vehículo por muchas horas con el afán de llegar lo antes posible a su destino, pese a darse cuenta que el cansancio está afectándolo, sigue adelante y en el trayecto sufre un desvanecimiento que produce el atropello de un peatón. En el presente caso, el comportamiento del chofer se ha realizado por culpa, por lo que se lo sancionaría por homicidio culposo. En este sentido el profesor Luzón-Peña[29] señala: "En tales casos se responderá de delito doloso o imprudente respecto del delito en la acción inicial que ha causado la situación de falta de acción y la producción durante la misma del tipo objetivo del delito".

3.2. Conocimiento o conciencia de la antijuricidad.

Se analiza si el sujeto activo sabe que está actuando en contra del ordenamiento jurídico, es decir sí sabia lo ilícito de su actuar. El sujeto desafía a la norma primaria, es decir él tiene la capacidad personal de evitar el hecho, sin embargo no lo hace. Sí el sujeto careciera de esta capacidad, el desvalor objetivo (incumplimiento de la ley) no tendrá su correspondencia en el desvalor personal, el cual es necesario para imputar responsabilidad penal. Es obvio que sólo puede hacerse responsable de un acto a la persona que sabe de su prohibición.

---

[29] Luzón Peña, Diego-Manuel.- "Curso de Derecho Penal – Parte General", Editorial UNIVERSITAS, Madrid, 1996, p. 285.

El objeto de la conciencia de lo injusto no es el conocimiento del precepto jurídico vulnerado ni la punibilidad del hecho. Basta, por el contrario, que el autor sepa que su comportamiento contradice las exigencias del orden comunitario y que, por consiguiente, se haya prohibido jurídicamente. En otras palabras, es suficiente el conocimiento de la antijuricidad material, como "conocimiento a modo del profano"[30].

Pueden surgir casos en los que el sujeto cree o está convencido de que su actuar es lícito, pero en realidad está en contra del ordenamiento jurídico. A esta figura se la denomina: Error de Prohibición (art.14°, 2p. del Código Penal).

3.2.1. Error de Prohibición.

Supone el desconocimiento **no** de un elemento de la situación descrita por el tipo, sino del hecho de estar prohibida su realización, es decir su antijuricidad. Tal como nos dice Muñoz Conde y García Aran[31], este error no sólo se da cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino también cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud del hecho. En general, podemos decir que, en el error sobre la prohibición o sobre la significación antijurídica, el autor cree que actúa conforme a derecho, cuando en realidad no es así.

El error de prohibición puede referirse a la existencia de la norma prohibitiva -error de prohibición directo- o a la existencia, límites o presupuestos objetivos de una causa de justificación o causa exculpante -error de prohibición indirecto-.

---

30 Jescheck, Hans-Heinrich.- "Tratado de Derecho Penal - Parte General", traducción y adiciones de Derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde, V. I, Bosch, Barcelona, 1981, p. 624.

31 Muñoz Conde, Francisco - García Arán, Mercedes.- op. cit., p. 429.

Respecto de la ubicación del error de prohibición, Maurach[32] nos dice: "Con la inserción de la conciencia de la ilicitud en la estructura global del delito se planteó la necesidad de asignar a aquélla un lugar dentro de sus elementos singulares. Al discutirse el tipo subjetivo, se había llegado a la conclusión de que el dolo se agota en el congruente reflejo del tipo objetivo. Pero como el dolo no presupone el conocimiento de la norma, la conciencia de la ilicitud queda descartada en cuanto componente de aquél; el conocimiento equivocado de la norma -conciencia de la ilicitud-, no podía luego traer consigo consecuencias idénticas a las que acarrea el error de tipo. La ubicación de la conciencia de la ilicitud no está en el dolo, sino en el juicio de reproche, la culpabilidad; pero como esta es sólo una valoración y no un hecho psicológico, tampoco precisa que la conciencia de la ilicitud sea exigida en una forma *actual*; más bien basta con la *posibilidad* de la conciencia de la ilicitud, con la "potencial conciencia de la antijuricidad", a fin de poder hacer responsable también por dolo al autor que actúa dolosamente. Por ello, también la consecuencia de la falta de la conciencia de la ilicitud debe operar como *error de prohibición*, con independencia del error de tipo; el error de prohibición es decisivo sólo en el campo de la culpabilidad y depende del destino de ésta."

Esta idea se logra luego de haber tratado la esencia del tipo y del dolo. La conciencia de la ilicitud o el conocimiento del injusto dan su contenido entorno a la teoría de la culpabilidad. Con esto podemos afirmar que el error de prohibición, tanto si es directo como indirecto, no incide en la configuración típica, dolosa o culposa, del delito, sino en la culpabilidad del autor del tipo delictivo que haya realizado.

El error de prohibición puede ser de dos clases: vencible -cuando actuando con mayor diligencia se pudo salir del error- e

[32] Maurach, Reinhart.- "Derecho Penal - Parte General", traducción de la 7° edición alemana por Jorge Bofill Genznch y Enrique Aimone Gibson, T. I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 643.

invencible -cuando es imposible escapar a éste-. Un error vencible referido a la antijuricidad o a la responsabilidad por el hecho tiene efecto atenuante de la culpabilidad y con ello -facultativamente- de la pena; sin embargo, la antijuricidad subsiste[33]. La forma en que se mide, en el error vencible, si el sujeto pudo salir de su error es netamente objetiva: se debe tener en cuenta la situación concreta del sujeto, examinar si cualquier persona que se encontrase en la misma situación podría haber realizado –antes de actuar típicamente- una serie de comprobaciones que habrían esclarecido el carácter contrario al Derecho del hecho.

El error de prohibición surge en diferentes supuestos:

1.- **Error sobre la norma de prohibición.-** Surge cuando el sujeto obra en la creencia errada de que su acción no esta prohibida por el ordenamiento jurídico. Esto es muy normal en el caso de los extranjeros que viajan y tienen en su conciencia las normas de su país de origen, donde ciertas conductas son permitidas por su ordenamiento jurídico, pero no por el país en el cual se encuentran. Un típico caso es el delito de aborto, pues existen países que no lo sancionan, pero la mayoría sí. Otro caso se da cuando el sujeto yace con una menor de 14 años, que ha consentido en el ayuntamiento sexual, porque cree que la edad mínima para la disponibilidad de la actividad sexual son los 13 años.

2.- **Error sobre el permiso.-** Surge cuando el actuar del sujeto activo está dirigido en la creencia de que la ley permite realizar cierto tipo de acciones. Por ejemplo, en el caso de la eutanasia, el sujeto activo puede creer que con el simple asentimiento del sujeto pasivo para que le quite la vida, le basta para poder

---

[33] Ibid. p. 400.

realizar una conducta homicida. Otro caso, se da cuando el propietario de un inmueble que ha alquilado no recibe del inquilino la renta y, por tanto, el propietario, cree tener el derecho de desalojarlo en forma arbitraria. Al respecto el profesor Bustos[34] señala: "La creencia errónea sobre la licitud del obrar puede referirse también a los límites del injusto, es decir, el ámbito que abarca la prohibición o el mandato, el llamado *error de subsunción* (por ejemplo: el sujeto tiene en claro la prohibición de hurto, pero piensa que las cosas del Estado no son ajenas, pues la ajenidad sólo estaría en relación a cosas de otro particular)".

3.- **Error sobre el tipo permisivo.-** Surge cuando el sujeto admite falsamente una justificación que no está dada, en este caso nos encontramos sobre alguno de los presupuestos típicos de una causa de justificación o causa exculpante reconocida. Por ejemplo, un vendedor que está cerrando su tienda luego de un arduo día de trabajo, observa a lo lejos la sombra de varias personas que traen palos en sus manos, al creerse atacado desenfunda su revólver y les dispara matándolos; cuando en realidad eran sus amigos que pensaban invitarlo a jugar un partido de béisbol y por eso cargaban esos bats; se da pues, un error sobre la legítima defensa, concretamente sobre el aspecto objetivo de la agresión ilegítima, la cual nunca existió.

El tratamiento del error de prohibición se da sobre la base de la teoría de la culpabilidad que sustenta la tesis de que el error de prohibición no excluye el dolo, constituyendo **una causa de exculpación**, si es invencible, y pudiendo determinar una responsabilidad -al atenuarla-, si es vencible.

---

[34] Bustos Ramírez, Juan.- "Manual de Derecho Penal Español – Parte General", 3° edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, p. 404.

En síntesis: El error de prohibición afecta a la significación antijurídica del hecho, ya por creer que éste no está prohibido, ya por creerse el autor legitimado para hacerlo (error sobre la justificación de la conducta). Existen dos clases de error de prohibición:

a) **Invencible.-** Se excluye la responsabilidad. En estos casos el hecho es típico, antijurídico pero, no es culpable.
b) **Vencible.-** Se atenúa la responsabilidad y, como consecuencia lógica debe atenuarse la pena.

3.2.2. Error de Prohibición Culturalmente Condicionado.

Últimamente se trata de separar dentro del error de prohibición, al error de conocimiento -conocimiento de la antijuricidad de la conducta, sea sobre la existencia de la prohibición penal en sí misma, sea sobre la permisivilidad jurídica de la conducta "formalmente" típica (justificaciones)- del error de comprensión, el cual surge cuando el sujeto, si bien conoce o ha tenido posibilidad de conocer la prohibición de la conducta y su carácter injustificado no lo acepta. En relación con esto último se propone el estudio de "las conductas disidentes" y del "error culturalmente condicionado"[35].

El art.15° de nuestro Código Penal ha incluido una nueva figura denominada: El error de prohibición por comprensión. Como hemos mencionado, el error de prohibición puede ser directo -cuando recae sobre la norma prohibitiva misma- o indirecto -cuando recae sobre la permisión de la conducta-; pero, también puede darse casos en que el sujeto conoce la prohibición y la falta de permiso y, sin embargo, no es exigible la internación o internalización de la pauta que conoce: *error de comprensión.*

---

[35] Creus, Carlos.- "Derecho Penal - Parte General", 3° edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 348.

La vigencia del derecho no puede quedar librada a la conciencia individual, quien obra con conciencia disidente evidentemente tiene algo disminuida su capacidad de internalizar la antijuricidad. Esa conciencia disidente da lugar a un menor reproche, pero no excluye la responsabilidad. Particularmente relevantes serán en este sentido, dice Zaffaroni[36], los errores de comprensión culturalmente condicionados, es decir, cuando el individuo se ha desarrollado en una cultura distinta de la nuestra y ha internalizado desde niño las pautas de conducta de esa cultura, como es el caso del indígena de una comunidad nativa que tiene desde siglos sus propios ritos para los funerales y sepelios, lo que lo llevará a incurrir quizá en una tipicidad contravencional al violar las reglamentaciones sobre inhumaciones, pero que es muy duro exigirle que abandone todas esas pautas para recibir las nuestras y reprocharle que no lo haya hecho.

El error de comprensión culturalmente condicionado, a tenor del art. 15°, será un error invencible de prohibición que eliminará la culpabilidad de la conducta, por mucho que la conciencia disidente por sí misma no es una causa de exculpabilidad, cuando el sujeto "por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión"; y en caso de que esa posibilidad se halle solamente disminuida, la pena será atenuada.

3.3. Exigibilidad de otra Conducta.

Es la base central de la culpabilidad porque actúa culpablemente el que con arreglo al ordenamiento jurídico pudo proceder de otra manera a como lo hizo, es decir el que pudo abstenerse de realizar la

---

[36] Zaffaroni, Raúl Eugenio.- "Manual de Derecho Penal - Parte General", T. II, Ediciones Jurídicas, Lima, 1986, pp. 550-551.

acción típicamente antijurídica[37]. Esto sólo se le puede exigir a una persona que es imputable y tiene conocimiento de la antijuricidad de su acto. En este sentido el profesor Bustos[38] señala: "(...) hoy predominantemente se considera que la exigibilidad de la conducta no es un aspecto de la culpabilidad, sino que ésta ya está completa con la imputabilidad y conciencia del injusto; pero el legislador lo puede *dispensar* en razón de darse determinadas circunstancias (de no exigibilidad). Es decir, se le da un carácter exclusivamente negativo dentro de la culpabilidad, una indulgencia por parte del derecho en razón de las circunstancias, ya que la culpabilidad en cuanto reproche al poder actuar conforme a derecho por parte del sujeto, queda constatada con la imputabilidad y conciencia del injusto (...)".

Tal como dicen los profesores Cobo Del Rosal y Vives Anton[39]: "La existencia de un deber de actuar o abstenerse de actuar en el sentido requerido por la norma se funda en la posibilidad de llevar a cabo el comportamiento jurídicamente correcto y en la exigibilidad del mismo. Posibilidad y exigibilidad del actuar de acuerdo con los dictados de la norma no son conceptos idénticos: lo imposible no es exigible; pero, en multitud de ocasiones, el derecho renuncia a exigir comportamientos que el sujeto podría realizar. De manera que, si bien lo imposible no es exigible, lo posible tampoco lo es, por el mero hecho de serlo, exigible siempre. No todo lo que puede ser realizado, por consiguiente, es jurídicamente exigido y, si ello es así, es porque el Derecho se limita a regular la convivencia externa y sólo demanda de los ciudadanos conductas compatibles con una adecuada regulación de la misma".

---

37 Rodríguez Devesa, José María.- "Derecho Penal Español - Parte General", 5°edición, Gráficas Carasa, Madrid, 1979, p. 366.

38 Bustos Ramírez, Juan.- op. cit., p. 387.

39 Cobo Del Rosal, M. - Vives Anton, T.S.- "Derecho Penal - Parte General", 3°edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, p. 525.

Para analizar si una persona pudo actuar de una forma diferente, no debemos centrarnos en analizar al sujeto –valoración que ya se hizo a nivel de la imputabilidad-, sino en la anormalidad que se presenta en la situación, dado que ella es la que lo determina a actuar de una forma u otra. Si actuó conforme a lo hubiera hecho un ciudadano medio, entonces el derecho no debe intervenir, pues el derecho no puede sancionar conductas adecuadas al baremo del ciudadano medio. El derecho no exige comportamientos heroicos ni santos, no puede imponerse una pena al sujeto cuando en situaciones críticas prefiere realizar un hecho prohibido por la ley, antes de sacrificar su propia vida.

Se debe tener en cuenta la situación y las circunstancias en las que se desenvuelve el sujeto. Es decir, la exigibilidad de otra conducta supone un juicio *ex-ante* al momento del comportamiento del sujeto, el cual debe contemplar todas la circunstancia que han motivado su actuar y lo debe comparar con el actuar de un "ciudadano promedio u hombre medio" en la misma situación.

4. Las Causas Exculpantes.

En principio, los mandatos o prohibiciones de la ley se le pueden exigir al sujeto, pero también hay situaciones en los que esto no se puede exigir, estas situaciones son las denominadas Causas Exculpantes, así tenemos:

a. El Estado de necesidad exculpante -art. 20° núm. 5-.
b. El miedo insuperable -art. 20° núm. 7-.

4.1. Estado de Necesidad Exculpante.

Esta figura se encuentra contemplada en el art. 20° núm. 5 del Código Penal:

"El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta excepción si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular situación jurídica".

El estado de necesidad exculpante no tiene una definición exacta en nuestra legislación, el Código sólo se limita a establece una situación y la forma en que debe actuar el sujeto. Así, cuando una persona esté en una situación de peligro actual e inminente para su vida, integridad corporal o su libertad, se permite que realice un hecho antijurídico para evitar el peligro que existe para él o para otra persona próxima al mismo. Obviamente, el peligro al que se enfrenta debe ser grave. Surge entonces una situación extrema, en el que no es posible exigir al sujeto que omita realizar un delito. En este sentido el profesor Berdugo[40] manifiesta: "(...) la motivación que provoca la amenaza penal tiene por finalidad incidir en el comportamiento de los sujetos para evitar que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos. Pero hay que definir los límites en los que el Estado puede exigir a sus ciudadanos que cumplan los mandatos o prohibiciones, teniendo en cuenta para ello la *exigibilidad individual o subjetiva*. Hay supuestos en los que el Derecho no puede exigir al sujeto que venza el miedo que padece, se sacrifique o lleve a cabo un *comportamiento heroico*, en contra de sus intereses más elementales". Como vemos, al igual que en el estado de necesidad justificante, nos encontramos frente a una ponderación de intereses, pero, en este supuesto, los intereses en conflicto son de igual valor.

---

[40] Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- op. cit., p. 264.

El profesor Cerezo Mir[41] define el Estado de Necesidad como: "(...) la situación de peligro de un bien jurídico, propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave, que es inevitable sin producir la lesión o con una lesión de menor gravedad de los bienes jurídicos de otra persona o sin infringir un deber".

El Código Penal señala, en forma taxativa, los bienes jurídicos sobre los que puede darse un estado de necesidad exculpante –la vida, la integridad corporal y la libertad-, pero resultaría harto discutible tomar esta enumeración en un orden jerárquico, por ejemplo: una persona es amenazada con ser mutilado y perder una pierna si no da el nombre de otra persona a la que quieren dar muerte quienes le amenazan. ¿Se le podría exigir al sujeto que soporte la mutilación porque se debe proteger la vida de las personas antes que su integridad corporal?, obviamente la respuesta será negativa. El profesor Villavicencio[42], al tratar el estado de necesidad en general, manifiesta: "La diferencia valorativa de los intereses debe ser marcada. Particularmente compleja resulta la ponderación de los *bienes individuales o personalísimos*. Ejemplo: extraer un riñón a una persona para salvar la vida de otra. En este supuesto debe rechazarse el estado de necesidad".

El Estado de necesidad exculpante se basa en la aminoración de lo injusto de la acción -por la evitación del menoscabo corporal que amenaza un bien jurídico- y en la doble disminución del contenido de culpabilidad del hecho -el autor actúa con voluntad de salvación y bajo la presión de una situación motivacional extraordinaria-.

Presupuestos del Estado de Necesidad Exculpante:

a) **Situación de Necesidad:** Supone una situación de peligro

---

41 Cerezo Mir, José.- "Curso de Derecho Penal Español", Parte General II, Teoría Jurídica del delito /2, Editorial TECNOS S.A., Madrid, 1990, p. 15.

42 Villavicencio Terreros, Felipe.- "Código Penal", Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1992, p. 129.

actual, no evitable de otro modo para la vida, la integridad corporal o la libertad del mismo autor o de una persona con quien tiene estrecha vinculación -bienes jurídicos fundamentales-. Cabe destacar que el Código Penal sólo señala estos bienes jurídicos por lo que no se podrá aplicar esta causa exculpante a otros.

No interesa el origen del peligro, puede provenir de las fuerzas naturales o haber sido provocado por terceras personas. El peligro debe ser actual, se entiende, una situación que según la experiencia humana, producirá probablemente un daño si no se actúa de inmediato.

El peligro no debe ser evitable de otro modo, el comportamiento del agente debe ser el último recurso para salir de esa situación y debe ser objetivamente indispensable y apta para evitar el peligro.

Por ejemplo: luego de producirse un naufragio, los sobrevivientes que se encuentran en un bote salvavidas, no tienen alimentos para subsistir, por lo que deciden sacrificar a uno de ellos con el fin de saciar su apetito. A estos náufragos no se les puede reprochar esta conducta, porque era la única forma de evitar el peligro para sus vidas.

b) **Acción Necesaria:** La acción de salvación ante un peligro para la vida, la integridad corporal o la libertad sólo resulta exculpada si lo injusto del resultado del hecho resulta disminuido en forma esencial por la evitación del menoscabo de los bienes que amenazaba. Igual que en la legítima defensa, el afectado debe elegir, además la vía de salvación menos lesiva[43].

[43] Vid. Muñoz Conde: "A diferencia de lo que sucede en la legítima defensa el estado de necesidad tiene un ámbito de aplicación más amplio, no sólo porque no requiere una previa agresión ilegítima, sino porque responde a un principio general de proporcionalidad y ponderación que continuamente rige la conducta humana en todas las situaciones". Op. cit., p. 374.

El agente no sólo debe haber conocido la situación de estado de necesidad, sino que la misma debe haber constituido eficaz motivo para él de salvación del peligro para la vida, la integridad corporal o la libertad, aunque ello pueda tener lugar junto a otros motivos.

c) **Restricción del Estado de Necesidad:** El reproche de la culpabilidad no desaparece si se le pudo exigir al autor, conforme a las circunstancias, que aceptara o soportara el peligro. Además, el estado de necesidad desaparece cuando el autor es el que ha provocado la situación de colisión.
Debe exigirse soportar el peligro cuando el autor estuviese obligado por una particular relación jurídica (Ejm: Un bombero no puede excusarse de auxiliar a una persona en un incendio porque tiene miedo al fuego).

El hecho realizado en estado de necesidad exculpante no sólo resulta exculpado cuando el peligro amenaza al propio autor, sino también cuando afecte a *una persona con quien tiene estrecha vinculación*. Esta ampliación de la ley parte del supuesto de que el autor muchas veces siente el peligro del estado de necesidad que afecta a una persona vinculada a él, por vínculos familiares o estrechas relaciones personales, como un peligro que le amenazase a él mismo.

El estado de necesidad requiere un **aspecto subjetivo:** el conocimiento de la situación de peligro y la voluntad de defensa para evitar el daño más grave.

4.2. Miedo Insuperable.

Está regulado en el art. 20° núm.7 y surge cuando, el sujeto obra compelido por miedo[44] insuperable de un mal igual o mayor. En

[44] El miedo es un estado de perturbación anímica más o menos profunda, provocado por la previsión de ser víctima de un daño. El miedo admite graduaciones: temor, terror, espanto, horror, pavor, pánico.

este caso la capacidad de actuación del agente gira en torno al miedo que le genera una determinada situación, es decir, si bien el sujeto sabe que el acto que realiza es sancionable, lo ejecuta porque quiere evitar un determinado mal. Justamente, es ésta la principal diferencia con la fuerza física irresistible donde el sujeto actúa sin voluntad alguna. El profesor Berdugo[45] señala: "El miedo insuperable se ha considerado tradicionalmente como un supuesto de exclusión de la culpabilidad, basándose en la no exigibilidad de otra conducta. Nos encontramos ante un supuesto en el que el sujeto no se puede motivar con normalidad, porque *padece miedo*".

Tal como dice el profesor Rodríguez Devesa[46], el miedo insuperable se da en los casos en que la fuerte emoción producida por la perspectiva de un mal deja al sujeto un margen de opción entre soportar el mal que lo amenaza o eludirlo realizando un acto punible.

Para que opere esta causa exculpante deben darse ciertos requisitos:

a) **"Obrar compelido" por el miedo.-** El actuar –comportamiento por acción u omisión- del sujeto debe estar motivado en el miedo que ha surgido en él. La exigencia de *obrar compelido* une en su arranque el miedo y el estado de necesidad –la amenaza de un mal igual o mayor-, pero no es así, porque el estado de necesidad se basa objetivamente en la idea de colisión de intereses, y el miedo insuperable parte de la contemplación de una situación motivacional, como lo es el miedo, característica de la culpabilidad, esto es, en donde falta

---

45 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- op. cit., p. 264.

46 Rodríguez Devesa, José María.- op. cit., p. 553.

al autor la capacidad de adoptar la decisión con arreglo a las leyes de una motivación normal.

b) **El miedo debe ser insuperable.-** El miedo debe dejarle al sujeto un margen de opción entre soportar el mal que lo amenaza o eludirlo realizando un acto punible.
Debemos tener claro que el miedo insuperable no se debe confundir con el estado de inimputabilidad, porque el miedo insuperable se refiere al actuar del sujeto coaccionado en una determinada situación[47], mientras que la inimputabilidad se refiere a las facultades mentales de la persona en su desarrollo diario. El profesor Mir Puig[48] señala: "Lo decisivo será, pues, el carácter insuperable o no de dicho temor. Será insuperable, en sentido estricto, cuando no pueda superarse su presión motivadora ni dejarse, por tanto, de realizar bajo su efecto la conducta antijurídica".

a) **El mal debe ser igual o mayor.-** En este caso debemos ver el mal en relación con los efectos que produce en el sujeto, no desde un punto de vista de comparación objetiva de males. Por ejemplo, mientras que entre la vida, el cuerpo y la salud el sujeto objetivamente ha de estimar con mayor valor la primera; puede sentir como más grave para él perder una extremidad que dar muerte a un semejante.

El aspecto subjetivo del miedo insuperable está dado por la conciencia del sujeto que de no realizar el comportamiento, al que es obligado, sufrirá un mal igual o mayor.

---

47 El miedo insuperable no excluye la voluntariedad de la acción, sino que la priva de normalidad necesaria para que pueda considerarse culpable.

48 Mir Puig, Santiago.- op. cit., p. 623.

5. La Punibilidad.

No es parte de las categorías del delito[49], pero es una consecuencia lógica de haberse demostrado la existencia de un delito, es decir luego de haberse demostrado que estamos frente a una acción típica, antijurídica y culpable. Así, el profesor Quintero Olivares[50]: "La punibilidad podría definirse como el cumplimiento de los presupuestos legalmente necesarios para que un injusto culpable pueda ser castigado". Por lo que se entiende que el delito constituye el *único* presupuesto para la aplicación de una pena: es, por lo tanto, la única *condición de punibilidad* [51].

La punibilidad no surge en situaciones como: las excusas absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad, en las que a pesar de existir el delito este no recibe una pena. Como señala el profesor Berdugo[52]: "La punibilidad es un límite la intervención penal sobre la base de perseguir determinados objetivos de Política Criminal". Esta afirmación se basa en el análisis del *merecimiento* y *necesidad* de la pena; la pena se *merece* cuando se ha realizado un

---

49 Vid. Mir Puig: "(...) **la punibilidad afecta a todas las categorías del delito**, que es ante todo un hecho *punible*. La decisión acerca de lo que es no solo dañoso e imputable a su autor, sino también punible, condiciona el contenido y los límites del injusto penal y de la imputación personal jurídico-penal. La selección de los hechos penalmente típicos no depende sólo de su dañosidad social, sino también de que parezca necesaria y oportuna su conminación penal. La exclusión del injusto penal también puede deberse al decaimiento de la suficiente necesidad de pena. Por último, también las causas de exclusión de responsabilidad penal se van ampliando históricamente a medida que aparecen tratamientos alternativos preferibles a la pena. Tendría sentido, por ello, definir el delito como un comportamiento humano *penalmente* antijurídico e imputable a su autor". Ibid. p. 118.

50 Quintero Olivares, Gonzalo.- "Curso de Derecho Penal – Parte General", CEDECS Editorial S.L., Barcelona, 1996, p. 359.

51 Bacigalupo, Enrique.- "Lineamientos de la teoría del delito", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 95.

52 Berdugo Gómez de la Torre.- op. cit., p. 267.

delito y, la pena es *necesaria* cuando va a cumplir su fin, es decir cuando va a resocializar al individuo; si ambos criterios no se cumplen, no debe imponerse la pena. Así cuando aparecen situaciones como las excusas absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad, por política criminal, no se sancionan.

5.1. Excusas Absolutorias.

Son beneficios de carácter netamente personal que excluyen la punibilidad del delito cometido, el fundamento o razones por las que no se penaliza el comportamiento delictivo se encuentran en la política criminal. Así, el profesor Berdugo[53]: "El legislador es consciente de que la conducta es delictiva, y por ello lo suficientemente grave como para merecer una pena. Sin embargo, la propia valoración del legislador indica que este hecho, del que ya se ha afirmado su carácter antijurídico y culpable, debe ser excepcionalmente tolerado. Por ello priva de la sanción penal, basándose en apreciaciones previas de carácter político criminal".

Este beneficio es estrictamente personal por lo que no produce efectos sobre los co-autores o partícipes del delito.

El Código penal contiene pocos casos, entre los que podemos mencionar:

- Art. 18° y 19°: Desistimiento y arrepentimiento voluntario.
- Art. 68°: Exención de pena por mínima responsabilidad.
- Art. 208°: Por el parentesco en los delitos de hurto, apropiaciones, defraudaciones o daños.
- Art. 351°: Exención de pena en el delito de rebelión.

---

53 Ibid. p. 268.

- Art. 406°: Encubrimiento de personas por relaciones muy estrechas.

Existen también los privilegios dispuestos en la Constitución Política del Perú, como el art. 93° que evita la sanción de determinadas personas por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo, el art. 117° que impide la acusación al Presidente de la República salvo casos excepcionales. Así, existen otros supuestos como el art. 161°, 3° pf.: el Defensor del Pueblo goza de las mismas prerrogativas que los Congresistas; y el art. 201°, 3° pf.: los miembros del Tribunal Constitucional gozan de las mismas prerrogativas que los Congresistas.

5.2. Las Condiciones Objetivas de Punibilidad.

Al igual que las excusas absolutorias limitan el ámbito de punibilidad de ciertos delitos. El legislador a dispuesto que ciertos tipos penales deben cumplir ciertos requisitos, son éstos los que condicionan la aplicación de la pena.

Características de las condiciones objetivas de punibilidad:

- Impiden la sanción de un delito.
- No son parte de ninguna de las categorías del delito. Es decir, son ajenas a la configuración del delito.
- No se refieren a la persona sino al hecho realizado.
- Benefician no sólo al autor sino también a los co-autores y partícipes del delito.

Algunos casos de las condiciones objetivas de punibilidad:

- Art. 113°: Instigación o ayuda al suicidio, sólo se sanciona si el sujeto ha consumado o intentado el suicidio.

- Art. 139°: Bigamia, el sujeto activo debe ser casado.
- Art. 185°: Hurto, el valor económico del bien mueble debe ascender a un mínimo 4 remuneraciones mínimas vitales.
- Art. 205°: Daños, deben ascender a un mínimo de 4 remuneraciones mínimas vitales.
- Art. 398°: Corrupción activa de un Magistrado, se requiere que exista un proceso pendiente de fallo.
- Art. 400°: Tráfico de influencias, se requiere que se conozca o se haya conocido un caso judicial o administrativo.

CAPÍTULO XIV

GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO

Este punto es más conocido como el *Iter Criminis* que significa: camino o desarrollo del delito. Es importante saber cuándo empieza y cuándo termina el delito y las figuras que se pueden presentar durante este lapso de tiempo -tentativa, desistimiento, arrepentimiento, etc. Es un proceso que tiene una parte mental -o interna- y una parte física -o externa-. Esto es de suma importancia porque un comportamiento merece más pena en cuanto más se aproxime a dañar al bien jurídico (el mayor daño se produce con la consumación del delito).

El derecho penal sanciona conductas y no pensamientos, pero existen casos en los que es difícil determinar la frontera entre estos puntos y, de este modo, saber cuándo interviene el poder punitivo estatal. Al respecto, el profesor Welzel[1] señala: "La simple decisión de la acción no es punible: *cogitationis poenam nemo partitur* (los simples pensamientos no pueden ser sancionados - Ulpiano). También en el derecho penal de la voluntad no se castiga la voluntad mala como tal, sino sólo la voluntad en realización; esto, no sólo porque la voluntad mala no es aprensible y la moralidad no puede ser impuesta a la fuerza, sino también por el profundo abismo que separa en último

---

[1] Welzel, Hans.- "Derecho Penal Alemán – Parte General", traducción por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez, 4° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p. 221.

caso los pensamientos del hecho". Así, el profesor Quintero Olivares[2] nos dice: "(...) que no es del todo cierto que lo acontecido en la mente del autor antes de iniciar la ejecución del delito no vaya a tener luego relevancia; por ejemplo, tal ocurre con conceptos utilizados en el Derecho Penal, como los de "acuerdo previo", "conscientemente", cuya afirmación implica una mínima indagación en la conciencia por más que se apoye en indicios externos más o menos sólidos". Conforme lo dicho por el profesor Quintero, debemos indicar que nuestro Código Penal utiliza términos semejantes como: "a sabiendas" en el art. 107°, "tenía conocimiento o debía presumir" en el art.194°.

1. Fases del Desarrollo del Delito.

El delito tiene un proceso o desarrollo dentro del derecho penal denominado *iter criminis*. El delito comienza en la esfera interna del sujeto, en primer lugar tiene la *idea* de cometer el hecho punible, luego, *delibera* acerca de los pro y los contra de su actuar, por último toma la *decisión* de cometer el delito –resolución criminal-. Aquí termina la fase interna y da comienzo la fase externa.

La fase externa pone en práctica lo resuelto por la fase interna y termina con la consumación del delito. Durante la fase externa se puede presentar la intervención del derecho penal a partir de ciertas formas de resolución criminal manifestadas o exteriorizadas de forma determinada. Tras la consumación, puede haber una fase ulterior de utilización del delito para lograr lo que el autor se proponía, es lo que conocemos como el *agotamiento* del delito. El agotamiento, no es relevante para el derecho penal, pues el delito ya está consumado.

Fases de desarrollo del delito:

---

[2] Quintero Olivares, Gonzalo.- "Curso de Derecho Penal – Parte General", Cedecs Editorial, Barcelona, 1996, p. 455.

- Interna.
- Externa.

Fase interna.

Esta fase no se castiga ya que se encuentra dentro del pensamiento de la persona, resultaría pues imposible probarla. Conforme el profesor Rodríguez Devesa[3]: "El elemento interno, mientras no trascienda al exterior de algún modo, no es susceptible de una represión penal. Por otra parte, una opinión no es todavía una resolución de voluntad. Y aún podría añadirse que parece dudoso que ésta merezca ser tomada seriamente en consideración, pues mientras no se traduce en actos permanece más bien en la esfera de los meros deseos. Ahora bien, desde el momento en que se exterioriza se manifiesta una tendencia a convertirse en actos".

Esta fase tiene tres momentos:

a. Ideación: Imaginarse el delito. Objetivamente no es ofensivo, no se manifiesta un poder delictivo real de la voluntad. Por ejemplo: A quiere matar a B.
b. Deliberación: Es la elaboración y desarrollo del plan, viendo los detalles y forma en que se va a realizar. Por ejemplo: "A" ve la forma más efectiva de matar a "B", puede ser: durante la noche y con arma de fuego.
c. Decisión: Tomar la decisión de poner en práctica el plan. Por ejemplo: "A" decide matar a "B" mediante un arma y durante la noche.

De acuerdo al profesor Hurtado Pozo[4]: "Esta fuera de toda

---

3 Rodríguez Devesa, José María.- "Derecho Penal Español – Parte General", 7° edición, Gráficos Carasa, Madrid, 1979, p. 723.

4 Hurtado Pozo, José.- "Manual de Derecho Penal – Parte General", 2° edición, Eddili, Lima, 1987, p. 460.

discusión la imposición de una pena al agente responsable de todo este proceso. Lo está, igualmente, la impunidad de quien sólo se limitó a deliberar sobre las posibilidades de cometer una infracción, aún cuando haya tomado la decisión de ejecutarla y la haya comunicado a terceros; pero que no llegó a materializarla mediante actos concretos".

Fase externa.

Esta fase consiste en exteriorizar la fase interna, es decir, los actos planeados dentro de la persona se realizan en el mundo exterior con el propósito de cometer un delito. Esta fase se divide en Actos Preparatorios, Tentativa, Consumación y Agotamiento.

2. Actos Preparatorios y Actos Ejecutivos.

Es complejo determinar el momento en que la exteriorización de un comportamiento es relevante penalmente. Los actos preparatorios son aquellos que se presentan con anterioridad a la ejecución del delito y están dirigidos a facilitarlo. Estos deben ir más allá del simple proyecto interno (mínimo), sin que, por otro, deba iniciar la inmediata realización típicamente relevante de la voluntad delictiva (máximo). En principio, estos actos no están castigados, salvo cuando en forma independiente constituyan delito, es decir cuando el propio Código Penal los señale como tales[5]. Por ejemplo: el art. 279° referido a la tenencia ilegal de armas.

Los actos preparatorios manifiestan un insuficiente contenido delictivo y su poca inteligibilidad real queda, por principio, impune.

---

[5] Es decir, los actos preparatorios están sometidos al principio de legalidad, sólo se sancionan los que dispone la ley en forma expresa. En nuestra opinión, no existe sanción para los actos preparatorios, dado que, si han sido recogidos en forma expresa en el Código Penal ya son delitos autónomos.

Al respecto el profesor Maurach dice[6]: "En principio ninguna de estas acciones está sujeta a las conminaciones penales de la ley; en ciertos casos, no alcanzan siquiera la zona de lo típico, y en otros no llenan el cuadro rigurosamente circunscrito de la figura legal. Y puesto que la *conminación* penal decide no sólo *cómo*, sino también *si debe castigarse* una conducta, estas acciones en principio serán irrelevantes para el derecho penal. Es evidente, sin embargo, que al menos una parte de estos actos en sí no típicos deben ser castigados. Sería inadmisible querer, por ejemplo, dejar impune la preparación de un determinado delito de alta traición, o el asesinato frustrado. Es preciso pues extender, dentro de ciertos límites, la eficacia del tipo y, por tanto, la punibilidad, a las acciones de la especie indicada, reconocidas como merecedoras de pena. La inclusión de las etapas de realización delictiva anteriores a la consumación, en la conminación penal del mismo hecho punible, se designa con el calificativo de *causas de extensión de la pena* o causas de extensión del tipo".

Los actos ejecutivos aparecen con la exteriorización del pensamiento humano mediante conductas que tienen una determinada finalidad. A partir del acto ejecutivo, el derecho penal puede intervenir con el propósito de que el delito no se consume, dejándolo sólo en la fase de tentativa (art. 16°). En general, para que pueda darse tentativa, será necesario que la figura delictiva de que se trate admita una realización gradual, incompleta en alguno de sus momentos. Ello no es posible en los delitos de mera actividad, en los cuales la acción, jurídicamente intransitiva, es punible en sí misma, de manera que emprender la acción es *ya consumar la infracción*[7].

Tanto los actos preparatorios como la tentativa pueden

---

6 Maurach, Reinhart.- "Tratado de Derecho Penal", traducción y notas de Derecho penal español por Juan Córdova Roda, T. II, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p.166.

7 Soler, Sebastián.- "Derecho Penal Argentino", T. II, Editorial LA LEY, Buenos Aires, 1945, pp. 211-212.

representar una sería amenaza para el orden jurídico: la preparación crea las condiciones previas adecuadas para el ataque al bien jurídico; la tentativa representa ya una irrupción inmediata en la zona de la prohibición normativa sancionada por el tipo[8].

Resulta de suma importancia **separar los actos preparatorios de los actos sancionables a nivel de tentativa**, así tenemos las siguientes **teorías**:

a) **Teoría Subjetiva.-** Lo decisivo para diferenciar los actos preparatorios de los actos ejecutivos del delito es la opinión del sujeto sobre su plan criminal. Así, serán actos ejecutivos aquellos que el sujeto considera como parte de la fase ejecutiva de su plan. Sin embargo, la adopción de un punto de vista puramente subjetivo resulta inadmisible porque la determinación del momento a partir del cual los actos son punibles no puede dejarse al propio autor, sino que corresponde a la ley. Así lo exige el principio de legalidad.

b) **Teoría Objetivo-formal.-** La tentativa comenzaría con el juicio de la acción descrita en el tipo en sentido estricto, por ejemplo: en el homicidio empezaría la ejecución con el comienzo de la acción de «matar». Pero, el principal problema de esta tesis es que no aclara precisamente cuando se da comienzo a la acción típica, por ejemplo: el sacar la pistola, al apuntar o al apretar el gatillo.

c) **Teoría Objetivo-material.-** La determinación de cuándo comienza esa fase, previa a la consumación, de ejecución, debe establecerse sobre la base del plan del autor, pero valorándolo desde una perspectiva objetiva. Los criterios objetivos a los que nos referimos son: la puesta en peligro inmediata del bien jurídico y la inmediatez temporal. Habría que tener en cuenta

---

[8] Maurach, Reinhart.- .op. cit., p. 167.

cuándo se produce una inmediata puesta en peligro del bien jurídico, pero unido a la realización de un acto inmediatamente anterior a la plena realización de todos o algunos de los elementos del tipo.

3. La Tentativa. Requisitos.

La tentativa es un grado de desarrollo del delito en el cual se pone en peligro el bien jurídico pero no se ha llegado a consumar la lesión del mismo. La tentativa en sí no existe, es decir no hay un "delito de tentativa". La tentativa tiene que tener un delito que le sirva de base. En palabras del profesor Jescheck[9]: "La tentativa es, (...), por tanto, un *tipo dependiente*, ya que sus elementos no se pueden comprender por sí mismos, sino que deben ser referidos al tipo de una determinada forma de delito (no hay una tentativa en sí, sino sólo, por ejemplo, tentativa de asesinato, de hurto o de estafa)".

La tentativa constituye la ejecución de un comportamiento (cuyo fin es consumar un delito) que se detiene en un punto de su desarrollo antes de alcanzar el grado de consumación, es decir, antes de que se haya completado la acción típica. En otras palabras, surge cuando el sujeto da principio a la ejecución de lo dispuesto por el tipo penal mediante hechos directos, pero faltan uno o más para la consumación del delito (art. 16° del CP). El profesor Welzel[10] dice: "Un hacer punible empieza fundamentalmente cuando el autor mismo inicia la acción insoportable desde un punto de vista ético-social, esto es, con la tentativa. Como el injusto punible reside no sólo en la producción de una lesión de un bien jurídico, sino justamente en la forma de perpetración (el desvalor de acción), que se circunscribe

---

9 Jescheck, Hans-Heinrich.- "Tratado de Derecho Penal – Parte General", traducción y adiciones de Derecho Español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, V. II, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, p. 703.

10 Welzel, Hans.- op. cit., p. 222.

plásticamente en el tipo, el hacer acreedor de una pena al autor que empieza la actividad que lo pone en relación inmediata con la acción típica".

Dado nuestro ordenamiento jurídico, vinculado a la protección de bienes jurídicos, éste no puede conformarse con intervenir cuando el daño ya está hecho: puede y debe hacerlo antes, si el riesgo es serio e inminente. Es por tal razón que, la tentativa es sancionable. La tentativa es un dispositivo *amplificador* del tipo[11], dado que permite sancionar conductas no descritas en forma estricta en la parte especial del Código Penal y, de esta forma evitar lagunas de punibilidad.

Teorías que fundamentan la sanción de la tentativa:

a. **Teoría Objetiva.-** El merecimiento de pena se centra en que el sujeto pone en peligro un bien jurídico[12], se castiga entonces por la probabilidad de lesión. Como dice el profesor Berdugo[13]: "La perspectiva del plan del autor queda aquí al margen. Es el hecho mismo lo que se valora".

---

11 La tentativa como dispositivo amplificador del tipo obedece a razones de técnica legislativa (Rodríguez Devesa). El legislador hubiera podido colocar junto a cada tipo penal consumado de la parte especial correspondiente a la modalidad concreta de la tentativa. Esta tarea sin embargo, habría resultado demasiado fatigosa y de un exagerado casuismo. Aunque es preciso reconocer que de este modo se ofrecerían muchas ventajas al individuo desde una perspectiva de seguridad jurídica (Cury). Se ha optado, en consecuencia, por establecer, por lo menos en nuestro país, la tentativa mediante una fórmula general aplicable, en principio a todas las figuras delictivas plasmadas en la Parte Especial de nuestro Código Penal.

12 Vid. Carlos Creus: "(...) la tentativa se pune por el peligro que corre el bien jurídico: tesis tradicional que ha sido bastamente aceptada entre nuestros tratadistas (El castigo de la tentativa –nos dice Núñez- atiende a que el comienzo de ejecución de un delito determinado involucra de manera inequívoca el peligro de que se concrete el daño o el peligro inherente a la consumación de este delito)". En "Derecho Penal – Parte General", 3° edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 432.

13 Berdugo Gómez de la Torre y otros.- "Lecciones de Derecho Penal – Parte General", 2° edición, Editorial Praxis, Barcelona, 1999, p. 279.

No se castigan los actos preparatorios porque todavía no se pone en peligro el bien jurídico. Es decir, el derecho penal tiene que esperar para intervenir, esto se puede sustentar en el principio de *mínima intervención.*
Se castiga con mayor sanción la consumación que la tentativa por el grado de afección al bien jurídico.
No se castiga el delito imposible porque los actos del sujeto no resultan objetivamente peligrosos para el bien jurídico -art.17° CP-.

b. **Teoría Subjetiva.-** El fundamento de acuerdo a esta teoría está en que el sujeto tiene una voluntad contraria al derecho. Lo fundamental, entonces, está en el dolo del sujeto, por tanto:

- Se castigan los actos preparatorios, pues manifiestan la voluntad criminal.
- La tentativa y la consumación tendrían la misma pena, ya que la base para la sanción es la voluntad.
- El delito imposible o tentativa inidónea debe ser castigado.
- El injusto se agota en cualquier exteriorización de una mala voluntad que se orienta a la ejecución de una acción reprobada por el derecho o a la obtención de un resultado jurídicamente lesivo[14].

Faltando la lesión del bien jurídico, lo decisivo sería la dirección de la voluntad hacia dicha lesión, en cuanto se manifiesta externamente[15].

---

14 Vid. Silvela.- "El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España", T. I, 2° edición, Madrid, 1903, pp. 126 y ss.

15 Vid. Mir Puig: "Derecho Penal – Parte General", 5° edición, TECFOTO, Barcelona, 1998, p. 329.

En palabras de Rodríguez Devesa[16]: "Las *teorías subjetivas* no permiten diferenciar entre principio de ejecución y actos preparatorios, pues la acción se toma como tentativa cuando es inequívocamente reveladora de la intención del sujeto, lo que conduce a extender el ámbito de la tentativa desmesuradamente a costa de los actos preparatorios, desplazando en realidad el problema a la esfera procesal".

c. **Teoría Ecléctica.-** El fundamento del castigo está dado porque la voluntad del sujeto es contraria a la norma -teoría subjetiva-, siempre y cuando dichos actos produzcan una conmoción social; por lo que la tentativa y la consumación pueden tener diversas penas, dependiendo de la conmoción social. En este sentido Jescheck[17] afirma: "Una tercera teoría (ecléctica) parte de la *teoría subjetiva*, pero la combina con *elementos objetivos*. Según esta tercera teoría, el fundamento del castigo de la tentativa es, ciertamente, la voluntad contraria a una norma de conducta, pero la punibilidad de la exteriorización de la voluntad dirigida al delito sólo podrá ser afirmada cuando por su causa pueda resultar minada la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico y resultar dañado el sentimiento de seguridad jurídica y, con él, la paz pública *(teoría de la impresión)*. Por otra parte, la punibilidad de la tentativa se fundamenta, también, en la *peligrosidad del autor*, para lo que se tiene en cuenta si la puesta en peligro del objeto de la acción protegido reside en su voluntad de cometer el hecho *(teoría del autor)*. Las *teorías eclécticas* conducen a una combinación de los criterios subjetivos y objetivos a la hora de delimitar los actos preparatorios de la tentativa, a la impunidad de la tentativa inidónea por burda falta de entendimiento y a la atenuación facultativa de la pena".

---

16 Rodríguez Devesa, José María.- op. cit., p. 728.

17 Jescheck, Hans-Heinrich.- op. cit., p. 702.

Luego de haber dado una vista general a las teorías respecto del castigo de la tentativa, podemos afirmar que **nuestro Código Penal de 1991 sigue la teoría objetiva**, ya que:

1. **Los actos preparatorios no se castigan.** Salvo cuando el Código Penal establece su sanción en forma expresa, en cuyo caso, en realidad, ya no sería un acto preparatorio sino un delito perfectamente definido. Por ejemplo: la tenencia ilegal de armas.
2. **El juez debe reprimir la tentativa con menor pena.** De acuerdo al art.16°, 2p. Pues, el comportamiento del sujeto no ha llegado al grado de consumación del delito; el desvalor de un delito consumado es mayor que el de un delito tentado. El art. 16° nos impone obligatoriamente una disminución de pena, ésta es una diferencia respecto del Código Penal de 1924, en el cual la disminución era una prerrogativa del Juez, el que podía, si le parecía conveniente, imponer la misma pena que para el delito consumado.
3. **El delito imposible no se castiga porque no se pone en peligro el bien jurídico.** Conforme el art. 17° del Código Penal: *"No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto"*.

Requisitos de la Tentativa.

1. **El elemento subjetivo:** El sujeto activo debe actuar con una resolución criminal, es decir, con la decisión de cometer el tipo penal, por tanto, este actuar es doloso. Justamente ésta es la razón por la que no hay tentativa en los delitos culposos, pues no existe una resolución criminal.
   El elemento subjetivo comprende el dolo (conciencia y voluntad de todas las características objetivas del tipo) y otras

características subjetivas del tipo (por ejemplo, el fin especial de la conducta inscrito en el tipo: *"para obtener provecho"* – art. 185°; la tendencia especial de la acción: *"publicaciones obscenas"*- art. 153°; el estado de conciencia del agente respecto de determinadas circunstancias inscrita en la descripción típica: *"tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito"* – art. 194°; y elementos subjetivos ligados al momento especial del ánimo del agente: *"con gran crueldad"*, *"por ferocidad"*, en el asesinato, art. 108°).

En otras palabras, la tentativa gira entorno al dolo, el cual es el mismo en la tentativa y el delito consumado, es decir se debe referir a todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo. Resulta obvio decir que, en los tipos cualificados, el dolo también debe abarcar estas circunstancias o modalidades[18].

Basta para la tentativa, el dolo eventual, por ejemplo cuando se lanza una granada de mano contra un edificio sin preocuparse

---

18 Vid. Mir Puig: "Subjetivamente la tentativa requiere no sólo que el sujeto quiera los actos que objetivamente realiza, a conciencia de su peligrosidad, sino también que tenga *intención de proseguir* a continuación los actos ejecutivos con ánimo de consumar el hecho o, al menos, aceptando (con seguridad o probabilidad) que pueden dar lugar a la consumación (...). En este sentido puede decirse que el tipo de la tentativa contiene un elemento subjetivo del injusto que suele denominarse *resolución de consumar el delito*. (...) la tentativa no se distingue del delito consumado en su tipo subjetivo, sino sólo en el tipo objetivo. Ello se confirmaría por el hecho de que *también deben concurrir en la tentativa los elementos subjetivos del tipo* propios del delito consumado. Esto último es cierto. Debe matizarse, en cambio, la afirmación de que la tentativa posee el mismo tipo subjetivo del delito consumado. La voluntad de realización de los actos ejecutivos efectivamente practicados no puede identificarse con el dolo del delito consumado. · Que el autor haya querido realizar (haya impulsado la realización de) una parte de la ejecución con ánimo de consumación (esto es la tentativa) no prueba *todavía* que el mismo hubiera mantenido su voluntad hasta llegar a la total ejecución. Ello permitiría fundamentar *objetivo-subjetivamente* una menor punición para la tentativa que para la frustración. También pone de manifiesto el sentido en que la voluntad debe integrar, como todo, el objeto de prohibición jurídico penal: no en cuanto expresión de una actitud interna, sino como efectivo impulso voluntario de la conducta externa". Op. cit., pp. 343 - 344.

de la posible muerte de una persona que se encuentra durmiendo junto a la ventana.
No hay tentativa por imprudencia –culposa-, pues quien actúa imprudentemente no manifiesta la decisión de cometer un delito.
Además, si el delito al cual se refiere la tentativa presenta elementos subjetivos del tipo, ésta también los debe contener[19].

Sobre la tentativa en los delitos de omisión propia. La omisión propia responde a una norma de mandato frente a la cual se actúa o no se actúa, pero no se puede decir que se empezó a cumplir o que se frustró el cumplirlo, no hay omisión tentada o en grado de frustración, es conceptualmente imposible. No hay una omisión propia en sí, sino en referencia a una acción determinada, no se pena la omisión propia en sí, sino una acción exigida. El solo iniciar esa acción basta para cumplir con el mandato: si se desiste voluntariamente de seguir será una omisión completa, no tentada ni frustrada; si se le impide físicamente por otro realizar la acción, faltará la capacidad psicofísica de llevarla a cabo, no hay omisión típica. Por el contrario, si se le impide por coacción, podrá faltar la tipicidad en virtud del requisito de falta de riesgo o podrá haber estado de necesidad o en último caso de inexigibilidad[20]. Diferente es, el caso de la omisión impropia, pues en esta figura se da una equiparación de la omisión a una acción, cumpliéndose diversos requisitos como la posición de garante. Dado que el manejo de esta figura es equivalente a un delito de acción, es decir responde a una norma de prohibición, puede

19 Jescheck, Hans-Heinrich.- op. cit., p. 704.
20 Bustos Ramírez, Juan.- "Manual de Derecho Penal Español – Parte General", 3° edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, p. 322.

perfectamente cumplir con el requerimiento de la tentativa. Por ejemplo: Un guardagujas (encargado de mover las líneas férreas) no cumple su función porque se entera que en el tren viaja un enemigo suyo al cual ha querido matar durante muchos años y no ve mejor ocasión que ésta. Así, se retira a tomar un café en lugar de estar cuidando la vía. Afortunadamente, un subalterno se ha dado cuenta que el guardagujas no se encuentra en su puesto y procede a realizar las labores de éste, evitando que el tren se descarrile. En nuestra opinión, aquí se presenta un caso de "Omisión impropia dolosa de homicidio, en grado de tentativa" atribuible al guardagujas.

2. **El elemento objetivo:** El sujeto activo debe haber comenzado la ejecución de la acción típica[21]. Surge entonces la pregunta: ¿Cuándo se comienza a ejecutar la acción típica?. Para responder a esto debemos atender a dos elementos:

   a. **Según el plan del autor**, se debe examinar la posición inmediata o directa del agente para la realización del hecho delictivo.
   b. **Se exige que se haya puesto en peligro el bien jurídico protegido**. Es decir, se debe presentar una proximidad de lesión al bien jurídico y, dependiendo de esta proximidad, se establecerá el grado de responsabilidad penal y, por tanto, la pena.

---

21 Vid. Creus: "Desde un punto de vista natural, comienza la ejecución de algo el que inicia los actos tendientes a lograr esa finalidad en el mundo de las realidades; en otras palabras, el que comienza a actuar. Pero, desde este punto de vista, el que realiza actos preparatorios en procura de algo, también ha comenzado a actuar y por ello el problema básico de la tentativa es el de determinar *jurídicamente* cuándo el autor no ha traspasado los límites del acto preparatorio (normalmente impune) y cuándo ha perpetrado en los actos ejecutivos, a partir de los cuales aparece la tentativa como 'presupuesto de la punibilidad legalmente consagrada". Op. cit., p. 433.

Fernández Carrasquilla[22] señala que: "El comienzo de la ejecución del delito, esto es, realización de actos ejecutivos, son aquellos que penetran en la órbita del respectivo tipo de prohibición, ponen en peligro inmediato el bien jurídico e invaden la esfera jurídica del sujeto pasivo; en una palabra, perturban el tranquilo y seguro disfrute de sus bienes, el pacífico ejercicio de sus derechos, el libre cumplimiento de sus deberes". Se deben emplear medios o actos idóneos para lograr la puesta en peligro o lesión del bien jurídico. Si los actos son inidóneos, aunque los medios sean adecuados, nos encontraremos frente a un delito imposible, pero si el agente cree que los actos son adecuados pero en realidad son inidóneos, nos encontraremos frente a un delito putativo.

3. **El elemento negativo:** El sujeto activo no debe haber consumado el delito, falta de consumación del tipo penal. Pero: ¿Cuándo se da la consumación?, la consumación surge cuando se cumple con lo dispuesto por el tipo penal, generalmente al realizarse el verbo rector del mismo. La falta de consumación debe ser ajena a la voluntad del agente, puede darse por un factor accidental o por la intervención de un tercero.
Jescheck[23] señala: "La consumación no depende de si el autor a conseguido su meta, sino que se produce en el momento en que se realizan todos los actos del tipo". Así, la consumación variará dependiendo del tipo en el cual nos encontremos, por ejemplo: si el delito es de resultado se debe dar una afectación material sobre el bien jurídico; si el delito es de actividad, basta con la simple realización de la actividad corporal; si el delito

22 Fernández Carrasquilla, Juan.- "Derecho Penal Fundamental, Teoría general del delito y la punibilidad", T. II, reimpresión de la 2° edición, Editorial Temis, Bogotá, 1989, p. 388.

23 Jescheck, Hans-Heinrich.- op. cit., p. 705.

es de omisión, se da con el incumplimiento del deber de actuar. De lo dicho, podemos afirmar que, la consumación es netamente formal y depende del tipo en el cual nos encontremos.

4. Clases de Tentativa.

Nuestro actual Código Penal no hace distinción expresa entre las clases de tentativa: sin embargo por su redacción podemos distinguir dos clases: acabada e inacabada -art.18 del CP.-, para distinguirlas se debe atender a un criterio objetivo.

A. **Tentativa Inacabada.-** Surge cuando el autor no realiza todos los actos necesarios para la consumación del delito. Es decir, la acción típica se interrumpe por un factor extraño al querer del agente que le impide la consumación de la conducta. La interrupción en el comportamiento del agente puede provenir por fuerzas externas (proveniente de la naturaleza o por la intervención de un tercero) o puede ser el propio agente el que decide voluntariamente no continuar (desistimiento).
Es importante el grado de desarrollo del delito que se ha dado por parte del agente, pues mientras más se aproxime a la consumación mayor será la pena. Por ejemplo: una persona se dispone a disparar sobre su enemigo, pero en el último minuto decide no hacerlo.

B. **Tentativa acabada.-** Surge cuando el autor ha realizado todos los actos necesarios para la consumación, pero ésta no se realiza. Cierto grupo de la doctrina denomina a esta figura como el delito frustrado. La no producción de la lesión al bien jurídico, al igual que en la tentativa inacabada, puede producirse por fuerzas naturales o por la intervención de un tercero o puede presentarse arrepentimiento del agente.
No puede haber desestimiento en la tentativa acabada, pues

como indica el profesor Creus[24]: "(...) es indudable que si el autor completó la conducta que el tipo requiere en lo que compete a su actividad u omisión ya no puede desistir".
Por ejemplo: una persona dispara cuatro balas sobre su enemigo, pero la intervención oportuna y rápida de los peritos médicos impide que la persona muera.

Luego de haber hecho la distinción entre tentativa acabada e inacabada, no podemos dejar de mencionar que existen casos en los que es sumamente complicado distinguir en que supuesto nos encontramos. En este sentido el profesor Velásquez[25] manifiesta: "No obstante, el distingo no es fácil en hipótesis en las cuales, después de indagar el plan del autor, de verificar hasta dónde llega el atentado, de efectuar una valoración desde el ángulo del bien jurídico amenazado o lesionado, quedan dudas en torno al carácter de acabado o inacabado del intento, debiéndose acudir al principio *in dubio pro reo* para lograr una adecuada y equitativa tasación de la pena".

4.1. El Delito Frustrado.

El delito frustrado es un caso de tentativa, ya que no existe consumación. El profesor Bustos[26] nos dice: "Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente. Es decir, en el delito frustrado no sólo han de darse todos los actos que contravienen el contenido de la prohibición que materializa el tipo legal, sino, además, todos aquellos que conforme al ámbito situacional que éste describe

---

24 Creus, Carlos.- op. cit., p. 441.

25 Velásquez Velásquez, Fernando.- "Derecho Penal – Parte General", 2° edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, pp. 542 - 543.

26 Bustos Ramírez, Juan.- op. cit., p. 318.

son necesarios para la consumación del hecho delictivo. En otros términos, el desvalor de acto está dado completamente, no hay posibilidad de anularlo, lo unico que falta es la consumación conforme a la clase de delito que se trata". **La figura descrita es claramente una tentativa acabada.**

En el **delito frustrado o tentativa acabada** se puede presentar la figura del **arrepentimiento o desestimiento activo**, la que puede evitar la sanción. Pero, si se sancionan los actos previos, si es que no constituyen delitos independientes. Es decir, no se castiga el delito frustrado cuando no se ha producido el desvalor de resultado por intervención voluntaria del agente –art. 18° del Código Penal-.

Existen dos **formas de interpretar el delito frustrado:**

1. **Según la jurisprudencia -los jueces-:** Surge cuando el delito no se ha consumado debido a la intervención de terceros. Por ejemplo: José ha planeado matar a Lucho pero, justo en el momento de ejecutar el disparo, Alberto empuja a Lucho e impide su muerte.
2. **Según la doctrina:** Surge cuando el sujeto realiza todos los actos necesarios para la consumación y, además, requiere la participación de un tercero que culmine el delito, lo cual no hace.
   Por ejemplo: Juan quiere matar a María con veneno durante la hora del té, vierte veneno en la tasa de María y espera a que la mucama lo sirva pero, la mucama se equivoca y le sirve el té a Héctor, un invitado de la casa. Se presenta un delito frustrado con respecto a María y un homicidio respecto de Héctor.

4.2. El Desistimiento.

El legislador ha establecido la protección de los bienes jurídicos sancionando los comportamientos individuales capaces de ponerlo en peligro pero, a la vez, ha establecido la figura del desestimiento en el

art. 18° del Código Penal, de acuerdo al cual *sí el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será penado sólo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos.* Es decir, no se sancionará al agente cuando éste neutralice el riesgo que ha creado, lo cual puede hacerlo abandonando el intento o impidiendo que se produzca el resultado. Esta exención sólo se puede aplicar sobre el delito no consumado, pues el propio artículo destaca que se sancionará los actos practicados que ya constituyen delito.

El desestimiento se presenta en la tentativa inacabada y el arrepentimiento o desistimiento-activo en la tentativa acabada.

El desistimiento en la *tentativa inacabada* debe reunir los siguiente requisitos:

1. **Subjetivo:** El agente en forma voluntaria debe decidir no proseguir con la ejecución del delito. El desistimiento no debe ser provocado, debe surgir de modo autónomo e incluso puede darse por un impulso externo que motive al agente -por ejemplo, persuasión de parte de la víctima, pues lo que importa es que el autor sea dueño de sus decisiones-. En tal sentido señala el profesor Berdugo[27]: "Al requerirse la voluntariedad en el abandono del proyecto criminal no se está exigiendo en modo alguno que el sujeto se arrepienta internamente de su mala acción, sino que exista una decisión libre y no motivada por la aparición en el trascurso de la ejecución de circunstancias que estén entorpeciendo la consumación. En efecto, para que el desestimiento opere como causa de exclusión de la punibilidad se requiere que la ejecución fuera factible y que, debido a una reflexión de última hora, sea el propio autor quien abandone

[27] Berdugo Gómez de la Torre y otros.- op. cit., p. 285.

su proyecto; si, por el contrario, esa "buena voluntad" aparece inducida por las circunstancias entorpecedoras que dificultan seriamente la consecución del objetivo, entonces no se puede decir que la ausencia de daño se debiera a la propia voluntad del autor sino justamente a la aparición de esos inconvenientes. En tal caso, el Derecho penal no valora positivamente el abandono y sigue considerando punible la conducta del sujeto".

2. **Objetivo:** El agente no debe continuar la ejecución del delito. Es decir, el agente debe detener su comportamiento típico.

El arrepentimiento en la ***tentativa acabada*** requiere un comportamiento activo del sujeto, el cual es posterior a todos los actos que ha realizado con el fin de consumar el delito, es decir son actos destinados a evitar la producción del resultado. Estos comportamientos posteriores tienen que ser de carácter voluntario.

La no punibilidad de la tentativa desistida o arrepentida es consecuencia de una excusa absolutoria sobreviniente -posterior a la ejecución del delito-[28].

¿Cuándo hay desestimiento se castiga la tentativa? No se castiga si el delito no se ha consumado, pero se castiga los actos practicados que constituyen delitos de por sí. Por ejemplo, si "A" quiere matar a "B" a golpes y se desiste, no se podría condenar a "A" por homicidio, pero sí por el delito de lesiones, de acuerdo al último párrafo del artículo 18° del C.P.

La ubicación sistemática del desistimiento se da en la tipicidad, pues el tipo no se ha completado, es decir la acción típica no ha producido el resultado típico por la propia voluntad del agente. Sobre

---

[28] Bramont Arias, Luis y Bramont-Arias Torres, Luis.- "Código Penal Anotado", 4° edición, Editorial San Marcos, Lima, 2001, p. 176.

el fundamento del desestimiento se pueden admitir diversos puntos de vista:

- Se quiere estimular el abandono del plan delictivo, prometiendo la impunidad de la tentativa (teoría del premio).
- Se tiene en cuenta que la culpabilidad en estos casos disminuye considerablemente en su gravedad y hace innecesaria la pena.
- La pena carece de razón de ser desde puntos de vista preventivos.

Participación de varias personas.

El art. 19° del Código Penal exonera de pena al que se desiste o arrepiente:

> *"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."*

En el caso de que uno de los agentes impida que se realice el delito, éste queda exento de pena, pero los otros serán juzgados por tentativa. Por ejemplo, si cuatro sujetos se han puesto de acuerdo para violar a una señorita y, uno de ellos en el último momento se arrepiente y golpea a sus amigos para que no realicen la violación, el sujeto que golpeó a los otros queda exento de pena, pero los otros serán sancionados por tentativa de violación.

Esto quiere decir que en los actos de intervención de varias personas en el hecho, el desestimiento, como causa personal de levantamiento de la pena, sólo deja sin castigo al interviniente que ha desistido por si mismo, pero no a los demás (autores y partícipes) que también tendrán que desistirse para acogerse a la impunidad, **siempre que se haya logrado impedir el resultado.**

La segunda parte de éste artículo hace referencia a un "esfuerzo serio" para que no se ejecute el delito, éste debe ser valorado de acuerdo a las circunstancias y a las posibilidades con que cuenta la persona que quiere impedir el delito. Por ejemplo, en el caso anterior de violación, si la persona que quiere impedir el delito es paralítica, cuenta con menos posibilidades de detener a los demás agentes, se debe examinar entonces qué pudo hacer teniendo en cuenta su impedimento, tal vez lo único que podía hacer era gritar pidiendo auxilio, es entonces cuando el juzgador debe valorar si ése fue un esfuerzo serio o no, dadas las circunstancias.

4.3. El delito imposible y la tentativa inidónea.

Al ser partidario nuestro Código Penal de la teoría objetiva de la tentativa[29], resulta lógico que tanto el delito imposible como la tentativa inidónea sean figuras no castigadas penalmente, así art. 17° del Código Penal:

> *"No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto."*

Este dispositivo penal debe ser concordado con art. IV del Título Preliminar del Código Penal que señala: *"La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley"*, para así lograr una definición integral de lo no punible.

En el caso de la tentativa inidónea y el delito imposible, no se cumple con la afectación al bien jurídico. Esto se pone de manifiesto cuando se presenta:

---

[29] Conforme la teoría objetiva de la tentativa se tiene como premisa el peligro para el bien jurídico; por lo que se parte de lo injusto del resultado como verdadera razón del merecimiento de pena y por tanto exige que la tentativa se presente como reveladora de un desvalor de resultado.

1. ***Ineficacia absoluta del medio empleado***. Por ejemplo, cuando un padre de familia cansado de que su hijo llegue a altas horas de la noche al hogar en estado de ebriedad, decide matarlo, por lo que cuando llega el hijo, el padre toma un periódico y lo golpea. No existe delito porque el periódico no es un medio adecuado para consumar el delito de homicidio.

2. ***Por absoluta impropiedad del objeto.*** Por ejemplo, un asesino entra a la casa de su víctima y le dispara cinco balazos. Posteriormente, los médicos legistas al practicar la autopsia determinan que la persona no había muerto a consecuencia de los balazos, sino por un paro cardiaco que le dio una hora antes. En consecuencia, el "asesino" le disparó a un cadáver, por lo que no afectó el bien jurídico vida, ya que no se puede matar a un muerto.

Debemos recordar que esto es un cambio respecto del Código Penal de 1924, ya que éste castigaba al sujeto sobre la base de su intención –teoría subjetiva-, en cambio ahora se tiene en cuenta como mínimo que la conducta del sujeto implique la puesta en peligro del bien jurídico.

Conviene recordar lo dicho por Rodríguez Devesa[30]: "El problema de la idoneidad o inidoneidad de una acción sólo puede surgir con una consideración *ex ante*. Para una consideración *ex post* toda tentativa es inidónea, porque, reproducidos los hechos exactamente tal y como ocurrieron, nunca hubiera podido producirse el resultado. Pues, por ejemplo, reproducida fielmente las trayectorias de las balas manteniéndose aquel contra quien se disparó en los lugares que ocupó durante el suceso, ninguna de ellas le hubiera alcanzado, y por tanto jamás, dadas las circunstancias concretas, se hubiera podido producir

[30] Rodríguez Devesa.- op. cit., p. 733.

el resultado muerte. La única manera de poder llegar a distinguir entre actos ejecutivos idóneos e inidóneos es colocarlos en el momento en que se verifican éstos y preguntarnos sobre el grado de probabilidad de que se produzca el resultado. Cuando no hay *ninguna probabilidad*, la tentativa es inidónea. De nuevo, como en las teorías de la adecuación, nos encontramos ante una gama de considerables combinaciones posibles para determinar ese grado de probabilidad, lo que explica la existencia de múltiples teorías".

En nuestro ordenamiento jurídico la tentativa sólo es punible cuando exista peligro concreto para el bien jurídico (concepto limitado) y, no cuando se haya causado sólo una alarma o perturbación. Así, se descarta dentro de nuestro ordenamiento la sanción de la tentativa inidónea absoluta. Sin embargo debemos hacer algunos comentarios sobre la base del peligro respecto del bien jurídico:

- **Inidoneidad absoluta**: surge cuando el comportamiento de ninguna manera puede conseguir su objetivo. Esto se observa claramente con un examen ex ante de la conducta del sujeto, la que manifiesta su carácter ineficaz, aquí encontramos por ejemplo la tentativa supersticiosa.
- **Inidoneidad relativa**: surge cuando observando la situación en particular nos damos cuenta que no se puede conseguir el objetivo, pero el comportamiento realizado ex ante es capaz de por lo menos poner en peligro al bien jurídico. Por ejemplo cuando un sujeto le dispara a otro sin saber que este llevaba puesto un chaleco antibalas, si bien el comportamiento no puede dañar al bien jurídico por la situación particular, es adecuado para lograr el objetivo.

La doctrina concuerda en que cuando surge la inidoneidad absoluta no existe punibilidad, pero cuando surge la inidoneidad relativa nos encontramos en un caso diferente, en el que aparece un

peligro relevante para el bien jurídico, por lo que un sector de la doctrina sostiene la tentativa inidónea punible. En relación a nuestro ordenamiento jurídico, debemos señalar que el art. 17° utiliza los términos "ineficacia absoluta" y "absoluta impropiedad", lo que deja margen para que la ineficacia "relativa" pueda ser materia de análisis, lo que nos permitiría a sancionar la tentativa inidónea relativa. Esto nos permitiría sancionar conductas que causan alarma social o perturbación del orden público sin la existencia de un resultado lesivo para el bien jurídico. Por ejemplo: cuando un sujeto le dispara a otro sin saber que éste estaba protegido por una luna blindada; en este caso el comportamiento del atacante es el adecuado para lograr el objetivo, pero por un factor que desconoce, el delito no se puede consumar (el cristal blindado).

5. Consumación y Agotamiento.

Se debe distinguir entre la consumación y el agotamiento del delito. La consumación surge cuando se realiza el verbo rector del tipo penal, por ejemplo: matar, apoderarse, etc. Realizar el verbo rector implica lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido -art. IV del Título Preliminar del Código Penal-. Cuando no se ha culminado la acción descrita por el verbo rector nos encontraremos aún en la fase de tentativa.

El delito consumado es siempre punible pero, debemos distinguir entre consumación formal y material:

a) Consumación Formal: Según el tipo de delito se determina cuándo un delito está formalmente consumado. El delito se consuma con el total cumplimiento del tipo. Generalmente, la ley indica la consumación en relación con el resultado lesivo producido pero, sin embargo, ella admite que la consumación surja en un momento anterior, esto se da en los delitos de

resultado cortado, en los delitos de peligro, etc. El profesor Maurach[31] comenta: "(...) por razones de política criminal, la estructura de numerosos tipos no siempre coincide con la imagen de "delito consumado" en sentido vulgar. Frecuentemente la ley califica un hecho de consumado aun cuando el sujeto no haya conseguido alcanzar la meta de su actuar. Una tal "anticipación" técnico penal de la consumación del hecho, desempeña un papel, ante todo, en los delitos de tendencia e intención".

b) Consumación Material: Surge luego de la consumación formal, cuando el sujeto logra el fin último por el que cometió el delito (agotamiento del delito). Esta consumación es irrelevante para el derecho penal, si el sujeto obtuvo o logró la finalidad que motivó su conducta es irrelevante.

El **agotamiento del delito** es una fase posterior a la consumación formal, es decir el delito ya se ha realizado. El sujeto activo ya no cumple con los elementos típicos, sino que consigue satisfacer la intención que perseguía. El agotamiento no se castiga por no ser parte del delito. Conforme el profesor Creus[32]: "Se ha dicho que el delito se *agota* cuando, más allá de la consumación, el autor ha logrado la ulterior finalidad que se propuso al cometerlo (...) conceptualizado así, el agotamiento reviste relevancia práctica con relación a dos cuestiones: en la individualización de la pena puede descubrir una pauta útil; en las cuestiones concursales, ya que el agotamiento puede constituir o un nuevo delito que funcione en concurso real con el que se agota (...), o una actividad típicamente ilícita, pero que queda consumida por la anterior en una relación de concurso aparente".

---

31 Maurach, Reinhart.- op. cit., p. 168.

32 Creus, Carlos.- op. cit., p. 455.

6. Delito Putativo.

Esta figura surge cuando el sujeto cree erróneamente que está o ha cometido un delito, es decir, cree que actúa infringiendo una norma cuando en realidad la conducta no es perseguible penalmente. No se presenta afectación al bien jurídico -art. IV del T.P.- y como, la mera intención no se sanciona -art. II del T.P.-, no hay delito.

En este sentido, el profesor Villavicencio[33]: "El putativo se presenta cuando el sujeto supone, por error, estar practicando un hecho punible, siendo su conducta penalmente irrelevante. Esta es una forma de *error de prohibición al revés*. El delito putativo no constituye una forma de tentativa, pues no es suficiente que el sujeto suponga erróneamente que su conducta impune sería jurídico-penalmente prohibida".

[33] Villavicencio Terreros, Felipe.- "Código Penal", Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1992, p. 108.

CAPÍTULO XV

PLURALIDAD DE DELITOS

Como su nombre lo indica nos encontramos frente al caso en que una persona ha producido más de un delito y, por consiguiente a afectado en varias ocasiones al mismo bien jurídico o a otros tantos diferentes, o como dice el profesor Quintero Olivares[1]: "Los concursos de delitos son, (...), casos de concurrencia de tipos penales realizados sin que ninguno excluya a otro, con diferentes normas penales, violadas y diversidad de bienes jurídicos lesionados". Así, el profesor Prado Saldarriaga[2] señala: "Se afirma que se ha producido un concurso de delitos, cuando una misma persona aparece como autor de varios delitos independientes entre sí, o cuando su conducta se adecua simultáneamente a dos o más tipos legales (Tipicidad Plural)".

Este tipo de figura está regulada entre los artículos 48° y 51° del Código Penal. El sujeto activo puede realizar dos o más delitos con una o varias acciones, lo importante es ver cómo se va a determinar la pena. Es decir, el concurso de delitos no viene sino a ser el cúmulo de infracciones penales cometidas por una misma persona, pues cuando

---

1 Quintero Olivares, Gonzalo.- "Curso de Derecho Penal – Parte General", Cedecs Editorial, Barcelona, 1996, p. 569.

2 Prado Saldarriaga, Víctor.- "Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú", Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2000, p. 137.

es una sola la disposición violada por aquella, existirá siempre unidad de delito y, por consiguiente, la imputación delictiva será única también. Resulta obvio decir, que quien realiza más de un tipo de delito debe soportar una pena mayor; si no fuera así podría llegar la situación en que al sujeto que ha cometido un delito grave no le interese cometer otros más.

La Teoría del Concurso concierne no sólo a la estructura del hecho punible y de los hechos punibles, sino también de sus consecuencias, es decir, a la pena en sentido amplio; y, como agrega Maggiore, el problema del concurso de delitos es también un problema de concurso de penas, ya que es necesario ver cómo se sanciona al responsable de varias infracciones penales con el criterio que inspire al legislador, traducido en la forma de regulación de los distintos casos que se presenten y las distintas consecuencias penales, puede construirse un índice de mayor o menor severidad de la ley y considerarse entonces que el aspecto de la penalidad debe formar parte del capítulo de la unidad y pluralidad del delito, "pues no siempre se trata de sumar las penas cuando los delitos son varios, o de aplicar exactamente la pena de un delito cuando sólo aparece el plus que resulta de la modalidad del delito o de la pluralidad de encuadramientos", ya que seria un error suponer que los sistemas conocidos para determinar la pena que debe aplicarse se corresponden exacta e indefectiblemente con los casos que presenta el estudio de la unidad de hechos y de delitos, como asienta Fontan Balestra.

Existen, dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal, tipos penales que incluyen la lesión de varios bienes jurídicos al momento de su consumación; en estos casos no se produce un concurso para poder determinar la pena, sino que el legislador ya ha realizado una valoración de los bienes afectados por lo que señala el marco de la sanción adecuada. Nos referimos a los *tipos pluriofensivos* y a los

tipos compuestos o complejos[3]. Por ejemplo, el delito de robo (art. 188°) establece en su tipo legal la afectación de los bienes jurídicos integridad física y patrimonio, debiéndose imponer una pena entre los 3 y 8 años.

1. Unidad de Acción y Pluralidad de Acciones.

Dependiendo del número de acciones y de delitos a los que tienden, nos podemos encontrar frente a diversas clases de concurso. La acción no debe ser asociada a un movimiento corporal porque la acción a la que nos referimos va relacionada con la finalidad de realizar un delito y, por tanto, una sola acción puede abarcar varios movimientos corporales. Por ejemplo: para realizar un robo, primero ejerzo violencia y luego me apodero del bien, observamos aquí dos movimientos corporales que constituyen un delito. Debemos observar también, el factor normativo, ya que, si bien se tiene una finalidad por ejemplo: asesinar, esto podría abarcar otro tipo penal que es independiente pero que se encuentra subsumido como, la tenencia ilegal de armas.

Cuando existen varias acciones pero todas son encuadradas hacia en un sólo tipo delictivo, nos encontramos ante un sólo delito. Pero, cuando las acciones se corresponden con diferentes delitos se trata de la figura del concurso.

El profesor Berdugo[4] señala: "Siguiendo una concepción

---

3 Los delitos pluriofensivos son aquellos en los cuales la acción del autor ofende a la vez a más de un bien jurídico, por ejemplo: los delitos contra el medio ambiente, en el que no sólo de afecta al medio ambiente sino también puede afectar a la salud o integridad física de las personas. Los tipos compuestos o complejos, son aquellos en los que el tipo establece para su configuración la afectación de más de un de un bien jurídico, por ejemplo: el delito de robo.

4 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- "Lecciones de Derecho Penal – Parte General", 2° edición, Editorial Praxis, Barcelona, 1999, p. 301.

estrictamente naturalistica (no jurídica), habría que entender por acción "todo movimiento humano guiado por la voluntad", es muy posible que esta acepción sea útil a quienes trabajen en otros campos científicos, pero enseguida comprobaremos que resulta absolutamente inservible en el ámbito jurídico-penal. Veámoslo con un sencillo ejemplo: si un sujeto, con intención de matar a otro, dispara varias veces sobre él sin lograr su propósito hasta que efectúa el último disparo, podremos decir seguramente que ese sujeto ha realizado varias acciones (porque "aprieta el gatillo" otras tantas veces), pero no parece razonable que desde un punto de vista jurídico penal valoremos todas y cada una de ellas de tal forma que castiguemos a nuestro autor por haber cometidos varios homicidios intentados y, además, otro consumado. Y no es razonable valorar las cosas de ese modo porque no nos interesa solamente cuántos movimientos hizo el dedo del autor sino también cuál era su intención, su voluntad antijurídica; teniéndola en cuenta resulta que las múltiples acciones "naturales" se unifican en el plano jurídico-penal dando vida a un solo hecho: exactamente un homicidio consumado. Es más, si quisiéramos conducir la solución del problema situándonos de manera estricta en el plano natural habría que considerar que las acciones realizadas por nuestro autor no son varias, sino infinitas: tantas como los movimientos musculares requeridos para dirigir el dedo hacia el gatillo y apretarlo. Sin embargo, esta conclusión puede satisfacer a los físicos, pero no a los penalistas, porque lo nuestro no es la descripción de un fenómeno natural, sino su valoración jurídica". Por lo que, la suma de movimientos físicos responde a una sola valoración, es decir a un solo fin.

En resumen, no interesa el número de movimientos físicos que se realicen, sino que éstos estén destinados a lograr una acción, cuando ésta tiene relevancia jurídica nos encontramos frente a un **Hecho Jurídico**, en el caso del derecho penal el fin de la acción o acciones es lograr el delito. En lo que respecta a los concursos en materia penal, lo que interesa analizar es la pluralidad de acciones y la pluralidad de

normas violadas. Así, cuando varias acciones afecten varios bienes jurídicos, es decir produzcan varios delitos, estaremos ante un concurso real y; cuando se produzca una acción que afecte a varios bienes jurídicos estaremos ante un concurso ideal.

2. Hecho Jurídico.

Es un hecho que es relevante para la sociedad, tan es así que tiene un tratamiento jurídico. El hecho jurídico puede comprender varios comportamientos (movimientos físicos), por ejemplo si "A" quiere matar a "B" y con tal propósito primero compra el arma y posteriormente las balas. Como hemos dicho, no se debe tener en cuenta los datos naturalísticos, pues ni es posible buscar una clara solución de continuidad a los movimientos fisiológicos, ni éste es el punto de vista que utilizamos normalmente para afirmar que existe una o varias acciones[5]. El concepto de unidad de hecho es netamente valorativo, dependiendo del fin que se quiere alcanzar. Resulta interesante preguntarnos cómo podemos identificar la unidad de un hecho, al respecto, cierto sector de la doctrina utiliza el criterio de *concepción natural de la vida*, el cual analiza dos puntos:

- La unidad de propósito.
- La conexión espacio-temporal.

No debemos dejar de lado el sentido que impone el tipo penal, pues éste para el derecho penal es una unidad valorativa que señala la presencia de un hecho típico.

En nuestro ordenamiento jurídico se usa indistintamente el término "hecho jurídico" con el de "acción jurídica".

Como es sabido, la piedra angular para construir la teoría jurídica del delito, radica en la acción humana. Así se infiere del art.11°

---

5 Mir Puig, Santiago.- "Derecho Penal – Parte General", 5° edición, Tecfoto, Barcelona, 1998, p. 661.

del Código Penal: "Son delitos y faltas *las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley*". La idea de acción u omisión supone una manifestación de voluntad que produce un cambio en el mundo físico, un resultado. De modo que el resultado es el efecto derivado de la acción. Él traduce la lesión jurídica de un bien penalmente protegido[6]. El hecho jurídico no debe ser necesariamente asimilado a un movimiento corporal, ya que como sabemos también tiene relevancia jurídica la omisión para ciertos delitos.

3. Principios para la determinación de la pena.

3.1. Absorción.- Se debe aplicar la pena del delito más grave. En este caso las penas correspondientes por los demás delitos –menos graves- quedan absorbidas. Este sistema se aplica en el concurso ideal de delitos. La absorción es el criterio que se opone a la acumulación material o matemática. Un sector de la doctrina plantea en esta figura la impunidad de los delitos menos graves. En nuestra opinión, al determinarse la pena, se ha tenido como base la pena del delito más grave y sobre ésta se ha agregado un plus por los delitos menos graves sin salir del marco de la pena del delito más grave. Nuestra interpretación

---

6 Vid. Mezger: "el contenido del injusto, es la lesión o puesta en peligro, de un bien jurídico. "Bien Jurídico" significa, pues, ya el objeto de la protección o el objeto del ataque -lo que no debe confundirse con el objeto de la acción o sea el objeto del hecho, material sobre el que la acción se realiza. El objeto protegido, es el tipo como "bien jurídico", es valorativo. A veces puede coincidir el objeto de la protección jurídica con el objeto de la acción (delitos contra la vida, el cuerpo y la salud) pero otras veces se separan, claramente, como, por ejemplo, en el delito de hurto, en que el objeto de la acción es la cosa hurtada y el objeto jurídico de la protección, es el derecho de posesión". En "Derecho Penal - Parte General", traducción de la 6° edición por el Dr. Conrado A. Finzi, T. I, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 317.

se fundamente en que todos los delitos deben ser sancionados, de lo contrario estaríamos frente a una exención de pena de los delitos menos graves, lo que no es aceptable. Por tanto, la pena que se impone incluye como agravante a los delitos menos graves, sin salirse del marco del delito más grave; obviamente esta operación está dentro del criterio de conciencia en la aplicación de la pena de parte del Magistrado.

3.2. Acumulación material o matemática.- Según este sistema debe imponerse las penas correspondientes a los distintos delitos cometidos y aplicarlas conjuntamente. Con este sistema se llegan a obtener los mismos resultados que se obtendrían si la ley no dispusiera nada con respecto al concurso real o material.

Este sistema es en apariencia la solución más coherente con una perspectiva retribucionista. Más una pena extinguida después de otra es mucho más aflictiva que si se cumple aisladamente, y una pena que se cumple ante la perspectiva de otra que empezará cuando termine la primera, resulta más dura que si se viera el fin del sufrimiento más próximo[7].

Este sistema es considerado por muchos autores como inconveniente, pues consideran que, en la práctica, no siempre es posible llevarlo a efecto. Basta suponer, dicen algunos, el caso de dos o más delitos sancionados con la pena de muerte; en las legislaciones que admiten esta pena, habría que condenar a la misma persona a dos o más penas de muerte, cosa que es desde todo punto de vista, ilógico.

---

[7] Antón Oneca.- "Derecho Penal I", Madrid, 2° edición, 1986, p. 472.

3.3. Asperación o acumulación jurídica.- Consiste en aplicar al delincuente la pena que merece el delito de mayor gravedad, pero aumentada en una proporción por los demás delitos que haya cometido, señalándose como máximo el límite dispuesto por el ordenamiento jurídico penal. Como se acumulan los delitos en la sentencia, corresponde tener como base la pena del delito más grave y los delitos menos graves como agravantes, aumentando de esta forma la pena final. Este sistema se aplica en el caso del concurso real de delitos.

La acumulación jurídica es una posición intermedia entre la absorción y la acumulación material, supone una pena más grave que la correspondiente al delito de mayor gravedad pero, no tanto como la que resultaría de sumar todas las penas. Tal como señala Mir Puig[8], puede consistir en una atenuación de la pena resultante de la suma de todas las penas particulares, o bien en la agravación del delito más grave.

4. Concurso de Delitos.

Luego de haber explicado los conceptos y principios para determinar la pena, desarrollaremos las diversas clases de concurso y las figuras afines a ellos:

1.- Concurso Ideal.
2.- Concurso Real.
3.- Concurso Real Retrospectivo.

Figuras afines a los concursos:

4.- El delito continuado.
5.- El concurso aparente de leyes.
6.- El concurso medial

---

8 Mir Puig, Santiago.- op. cit., p. 674.

4.1. Concurso Ideal.

Está regulado en el art. 48° del Código Penal, el cual establece que:

> *"Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá con la que establezca la pena más grave.*
> *Las penas accesorias y medidas de seguridad podrán ser aplicadas aunque sólo estén previstas en una de esas disposiciones."*

Es decir, esta figura surge cuando un sólo hecho jurídico o acción configura al mismo tiempo dos o más delitos y, por tanto, se dañan dos o más bienes jurídicos. El profesor Rodríguez Devesa[9] señala: "El concurso ideal consiste en la comisión de varios delitos mediante un solo acto: hay *una sola acción y varios delitos"*.

El profesor Maurach[10] señala: "El concurso ideal posibilita la adecuada consideración "pluridimensional", así como la apreciación exhaustiva "de una" acción, por simultánea aplicación de diversos tipos: únicamente el *conjunto* de estos tipos permitirá ofrecer el adecuado perfil de la acción. El concurso ideal representa pues una figura necesaria para el agotamiento (valoración exhaustiva) del proceso global. De tal suerte, el concurso ideal se presenta como una modalidad de la *unidad de acción*. Constituye una "unidad de acción con pluralidad de tipos": *una necesaria consideración combinatoria del mismo proceso bajo diversos aspectos valorativos"*.

---

9 Rodríguez Devesa, José María.- "Derecho penal español – Parte General", 7° edición, Gráficas Carasa, Madrid, 1979, p. 788.

10 Maurach, Reinhart.- "Tratado de Derecho Penal", traducción y notas de Derecho penal español por Juan Córdova Roda, T.II, Ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p. 437.

Existen dos clases de concurso ideal:

1. **Homogéneo.-** Surge cuando una sola acción configura dos o más delitos iguales. Por ejemplo, cuando un soldado dispara un rifle de alto poder y mata al mismo tiempo a dos personas, ha cometido dos homicidios.
2. **Heterogéneo.-** Se produce cuando una sola acción configura dos o más delitos diferentes. Por ejemplo, un hombre le da una patada a una madre gestante, produce lesiones sobre la madre y el aborto del feto.

El problema respecto de la sanción se resuelve aplicando el principio de absorción, utilizando la pena del delito más grave.

En resumen:

- Se presenta una sola acción.
- Se ha producido una pluralidad de delitos.
- Existe solo un autor.
- Se resuelve mediante el principio de absorción.
- Las penas accesorias y las medidas de seguridad podrán ser aplicadas aunque estén previstas sólo en uno de los delitos.

Tal como señala Quintero Olivares[11]: "La ciencia penal ha debatido en ocasiones, aunque hoy es un tema que no recibe tanta atención, si en el concurso ideal era mejor apreciar uno o varios delitos. En este histórico debate se ha dicho que si el delito es una acción carece de toda lógica apreciar dos delitos donde solamente hay una acción -Baumgartem-. Según esta tesis lo realmente importante es que el autor se manifestó tan sólo una vez contra el derecho, y ese es el

[11] Quintero Olivares, Gonzalo.- "Derecho Penal - Parte General", 2° edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 641.

modo en que conviene plantear el problema desde la óptica de los fines de la pena, que, según esto, han de atender en mayor medida a la voluntad que al desvalor de resultado o la lesión de bienes jurídicos. Tal planteamiento es rechazable en la misma medida en que se fundamenta en una exclusivista valoración de la acción, que acabaría conduciendo a un derecho penal de voluntad". A su vez, un sector de la doctrina italiana, considera que debe considerarse dentro del concurso ideal aquellos delitos en los que un delito es *medio necesario*, para cometer otro, por entender que la finalidad última *unifica* ambos.

4.2. Concurso Real.

Está regulado en el art. 50° del Código Penal, el cual establece: *"Cuando concurran varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes, se impondrá la pena del delito más grave, debiendo el Juez tener en cuenta los otros, de conformidad con el art. 48°".*

El concurso real se presenta cuando hay una pluralidad de acciones realizadas por un sujeto activo constituyendo una pluralidad de delitos, es decir, cada una de esas acciones debe ser independiente, de tal forma que se puedan considerar como ilícitos autónomos. Es importante remarcar que una pluralidad de comportamientos puede constituir una sola acción jurídica, y en este caso no estaríamos ante un concurso real -podría tratarse de un concurso aparente de leyes o de un concurso ideal-, porque para aplicar este tipo de concurso se deben dar varias acciones jurídicas. En resumen, el concurso real tiene tres elementos:

1. **Unidad de sujeto activo.-** Las acciones deben ser realizadas por el mismo sujeto. No importa para el concurso real la circunstancia de que esta persona haya actuado en diferentes calidades en los sucesivos delitos: autor, coautor, autor mediato, instigador, cómplice o que haya actuado solo o con partícipes en los hechos.

2. **Pluralidad de acciones punibles.-** Es decir se deben dar una pluralidad de delitos provenientes de una pluralidad de acciones. Cada una de estas acciones debe ser delictiva en sí, y punible aisladamente.
3. **Ausencia de conexión entre las acciones.-** Cada una de las acciones debe ser autónoma e independiente entre sí. Conforme señala Hurtado Pozo[12]: "(...) y tales acciones pueden consistir ya sea en movimientos corporales voluntarios (por ejemplo, dos disparos que causan la muerte en otras tantas personas) o en unidades jurídicas de acción (por ejemplo, dos delitos complejos o dos delitos permanentes)".
4. **Tratamiento penal del concurso real o material.-** El problema principal que ofrece el concurso real es la determinación de la pena a aplicar. El Código Penal se estructura sobre la base del principio asperación. Éste toma como base la pena del delito más grave y a los demás como agravantes del mismo; además se deben tener en cuenta las reglas de la individualización contenida en los arts. 45°, 46° y 46°-A. Cabe mencionar, que nuestro Código Penal no señala que el máximo de la pena a imponerse esté limitado por el máximo legal de la pena del delito más grave, por lo que ésta podría ser superior. Debiéndose respetar el máximo de la pena privativa de libertad dispuesta por el Código (35 años).

En palabras del profesor Jescheck[13]: "La contrapartida del concurso ideal es el concurso real. Concurre cuando el autor ha

---

12 Hurtado Pozo, José.- "Manual de Derecho Penal – Parte General", 2° edición, Eddili, Lima, 1987, p. 585.

13 Jescheck, Hans-Heinrich.- "Tratado de Derecho Penal – Parte General", traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, V.II, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, p. 1024.

cometido *varios hechos punibles independientes* que son *enjuiciados en el mismo proceso penal.* El primer presupuesto del concurso real es, pues, la concurrencia de una pluralidad de acciones, y el segundo la posibilidad de enjuiciamiento conjunto. No toda pluralidad de acciones conduce a la aplicación de las reglas de determinación de la pena propias del concurso real. Puede suceder que la pluralidad de acciones deba considerarse como un caso de unidad de ley (consunción), pero también cabe que falte la posibilidad de un enjuiciamiento conjunto en un mismo proceso penal".

Al igual que en el concurso ideal, el concurso real puede ser de dos tipos:

1. **Homogéneo:** cuando los delitos que se cometen son iguales o de la misma naturaleza. Por ejemplo, son iguales cuando el sujeto activo hurta todos los días y, son de la misma naturaleza cuando se protege al mismo bien jurídico, por ejemplo, cuando el sujeto activo hurta y al día siguiente roba, en ambos casos se protege el bien jurídico posesión.
2. **Heterogéneo:** cuando los delitos son diferentes. Por ejemplo: un sujeto el primer día viola a una mujer, el segundo roba un banco y el tercero mata a su hermano.

Sobre la determinación de la pena, del art. 50° pueden darse varias interpretaciones:

a) **Literal:** Se tiene que aplicar la pena accesoria en forma obligatoria. Esto surge de concordar el art. 50° con el art. 48°. Por ejemplo, si hay 2 delitos:
A: se sanciona con pena privativa de libertad no menor de 10 años.
B: se sanciona con pena privativa de libertad no mayor de 4 años e inhabilitación accesoria máxima de 3 meses.

En este caso la pena a imponerse podría ser 12 años de pena privativa de libertad e inhabilitación de 2 meses como pena accesoria.

b) **Teleológico:** el art. 50° debió hacer referencia al art. 46° y no al art. 48° para su concordancia. Siguiendo esta línea, se aplicaría la pena del delito más grave y la pena de los otros delitos funcionaría como agravantes. En nuestra opinión, es ésta la interpretación correcta del art. 50° del Código Penal.

El concurso real tiene lugar debido a la acumulación de procesos ordenada por el Código de Procedimientos Penales, en los casos de conexión de delitos y de agentes.

4.3. Concurso Real Retrospectivo.

Está regulado en el art. 51° del Código Penal, el cual señala que: *"Si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado de igual o de distinta naturaleza que merezca una pena inferior a la impuesta, cualquiera que sea el estado en que se encuentre, el órgano jurisdiccional o los sujetos al proceso, solicitarán copia certificada del fallo ejecutoriado y en mérito de la misma, el órgano jurisdiccional dictará el sobreseimiento definitivo de la causa y ordenará archivarla.*
Si el hecho punible descubierto mereciere una pena superior a la aplicada, el condenado será sometido a un nuevo proceso y se impondrá la nueva pena correspondiente."

El concurso real retrospectivo difiere del concurso real normal ya que en éste caso no se da la simultaneidad en el juzgamiento, porque sólo después que el sujeto activo ha sido sentenciado se descubre que

había cometido otro delito. Nos encontramos entonces ante una regla procesal básica en materia de concurso real de delitos, éste no desaparece aún en el caso de que, después de una sentencia firme, haya que juzgar a esa misma persona por otro delito, cometido antes de esa misma condena. La circunstancia puramente ocasional de haberse retardado el descubrimiento o el juicio del delito anterior, no quita que el culpable se halle en aquellas circunstancias objetivas que aconsejan la acumulación material. Además, como señala el profesor Hurtado Pozo[14]: "(...) para la imposición de la pena en el denominado concurso retrospectivo se debe tener en cuenta el criterio de que no debe castigarse al agente más severamente que si se le hubiese juzgado simultáneamente por todos los delitos cometidos".

No obstante, si bien esta era la *ratio legis* original que fundamentaba la existencia del art. 51° del Código Penal, en el que tradicionalmente se afirmaba por la doctrina que acoge la figura del *concurso real retrospectivo*, la reforma de este precepto, operada mediante la Ley N° 26832 del 03 de junio de 1997, lejos de aclarar el funcionamiento procesal del concurso real retrospectivo, complica en extremo la aplicación práctica de esta figura.

Este artículo presenta dos supuestos:

1. **Si el delito descubierto *merece* una sanción inferior impuesta:** se dictará su sobreseimiento. Esto puede traer serios inconvenientes porque evitaría que se investiguen los "delitos menores", lo que impediría definir la responsabilidad del sujeto. Presupuesto para aplicar esta norma será el inicio de un nuevo proceso cuyo objeto sea, precisamente, los hechos punibles cometidos por el sujeto antes de que recayera la sentencia condenatoria, por cuanto sólo así el órgano jurisdiccional que

[14] Hurtado Pozo, José.- op. cit., p. 593.

ve esta causa podrá resolver a favor del sobreseimiento de este proceso. Es decir, se tiene que llevar adelante un proceso penal para saber si la pena que merece el sujeto será menor a la que ya le fue impuesta y, solo entonces, se podrá dar el sobreseimiento. Por ejemplo:

a) Si una persona es sentenciada por violación de un menor de seis años (art. 173°) y, luego se descubre que ha cometido un homicidio (art. 106°), este último delito no se investigará, dado que, el delito de violación de un menor de seis años es sancionado con cadena perpetua, no existiendo en el ordenamiento jurídico penal una pena mayor. Por otro lado, al no investigarse el delito que se sanciona con menor pena, a pesar de ser un delito sumamente grave, basados en este dispositivo, estamos creando una laguna de punibilidad; además, la parte agraviada se ve perjudicada en sus derechos.

b) Si el sujeto ha sido sentenciado a una pena de cinco años por el delito de aborto sin consentimiento (art. 116°) y, luego se descubre que también ha cometido el delito de lesiones (art. 121°). En este caso, para saber si opera el sobreseimiento del proceso, se debe esperar hasta la sentencia del mismo, dado que, el art. 51° dispone el sobreseimiento cuando *"merezca una pena inferior"*, lo que no se sabrá hasta el momento de la sentencia consentida o ejecutoriada.

Además, este artículo faculta a los órganos jurisdiccionales a dictar el sobreseimiento de oficio, lo que podría conllevar a los magistrados, en el afán de liberarse de su carga procesal, a deshacerse de los expedientes en trámite, lo cual provocaría un daño irreparable a los agraviados de los nuevos delitos descubiertos.

Por otro lado, este artículo resulta perjudicial para los individuos que son inocentes pues el sobreseimiento no declara su

inocencia y, por tanto, la otra parte puede recurrir a la vía civil para obtener la reparación de un presunto daño; es justamente, el auto de sobreseimiento el que sirve de fundamento para exigir la pretensión.

2. **Cuando el delito descubierto *merece* una pena superior a la aplicada:** Esto da lugar a un nuevo proceso donde se impondrá la nueva pena correspondiente, por lo que, siendo el delito descubierto merecedor de una pena superior, el delito antes sentenciado funcionaría como una agravante, definiéndose entonces la pena de acuerdo al criterio de la acumulación jurídica.

   Para determinar si el nuevo delito descubierto *merece* una pena más grave, en la mayoría de los casos debe seguirse un proceso que lo determine de esta forma. Podrían darse casos en los que a pesar de descubrirse un delito más grave, la pena a imponerse a éste puede ser menor que la sentencia que cumple por el delito que se le descubrió. Por ejemplo:

   a) El sujeto esta cumpliendo una sentencia de tres años por el delito de hurto (art. 185°) y, se le descubre un delito de homicidio. Podría darse el caso que merezca una menor pena por este delito si, se dan ciertas circunstancias como: legítima defensa imperfecta, error de prohibición vencible, confesión sincera, imputabilidad restringida, etc. Por lo que, resulta imposible determinar *a priori* si el sujeto merece una mayor pena por el delito descubierto. Por lo que, a pesar de haberse descubierto un delito más grave (homicidio), no se podría aplicar el art. 51° del Código Penal.

   b) Si el sujeto ha sido sentenciado a 2 años de pena privativa de libertad por el delito de lesiones culposas graves (art. 124°,2p) y, luego se le descubre un delito de asesinato (art. 108°), podría aplicarse el art. 51°.

Razones de equidad y de sistemática de la misma norma penal, obligan a considerar que, para el cumplimiento de esta segunda pena, habrá que descontar el tiempo ya cumplido de la primera, la cual quedaría absorbida en aquélla, al igual que sucede en la regla general del concurso real de delitos previsto en el art. 50° del Código Penal.

Respecto a la técnica legislativa es necesario decir, que no es adecuada, ya que, el requerimiento de una copia certificada tiene un carácter administrativo y no penal. Por lo que no corresponde redactarlo en el CP.

4.4. Delito Continuado y delito masa.

Está regulado en el art. 49° del Código Penal, el cual ha sido modificado por la Ley N° 26683, siendo su texto el siguiente:

> *"Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un sólo 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."*

El art. 49° del Código Penal es una ficción jurídica, ya que considera a varios delitos iguales o de naturaleza semejante unidos por una sola resolución criminal como uno sólo. En este sentido el

profesor Mir Puig[15] afirma: "El *delito continuado* constituye otra construcción de la doctrina y la jurisprudencia, (...), para evitar tener que admitir la concurrencia de varios hechos típicos constitutivos de otros tantos delitos cuando existe una unidad objetiva y/o subjetiva que permite ver a distintos actos, por sí solos delictivos y no producidos en forma de "unidad natural de la acción", como parte de un proceso continuado unitario. Se habla en este caso de una unidad jurídica de acción."

Por ejemplo, si para llegar a su meta de $1,000.00 dólares americanos un sujeto hurta, recepta y se apropia ilícitamente de los bienes de una persona realiza un delito continuado porque, todos estos delitos son de la misma naturaleza, es decir, son contra el patrimonio. Justamente, es aquí donde difiere del artículo anterior -antes de la modificatoria- porque, antes solamente se aceptaba las violaciones a la misma ley y no, a las de naturaleza semejante.

El Código Penal al utilizar la frase: *"Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza (...)"*, nos deja con la incertidumbre de qué debemos entender por "semejante naturaleza", dado que no está definido en nuestro ordenamiento jurídico penal los límites de dicho término. Esto da lugar a que puedan existir diversos criterio, en nuestro concepto, tiene que limitarse a los "bienes jurídicos semejantes", lo que tampoco satisface del todo el tema. Así, ¿se puede considerar de semejante naturaleza a los delitos de hurto y robo?, ¿basta con que ambos estén bajo el Título V del Código Penal: Delitos contra el Patrimonio?

Respecto a la naturaleza jurídica del Delito Continuado, existen tres teorías:

---

[15] Mir Puig, Santiago.- op cit., p. 664.

a) **Teoría de la ficción.-** Es la más aceptada, consiste en que si bien se han producido una pluralidad de delitos en momentos diferentes –concurso real-, éstos se pueden fusionar en uno, dado que existe unidad en la finalidad y el bien jurídico afectado es igual o semejante. Es decir, la ficción apoyaría la unidad de designio. Esta teoría también nos permite evitar la acumulación de penas.

b) **Teoría realista.-** Como nos indica el profesor Mir Puig[16]: "el delito continuado supondría una *unidad real* de acción, en cuanto los actos parciales responden a un solo designio criminal (unidad subjetiva) y producen una sola lesión jurídica (unidad objetiva). Que la resolución criminal se actúe en una o varias veces afectaría sólo a los modos de ejecución".

c) **Teoría de la realidad jurídica.-** El delito continuado es una creación del derecho que, cuando no se halla previsto en la ley, se fundamenta en el derecho consuetudinario. No necesita de mayor fundamento, sino que cree en su admisión jurídica debido a razones de utilidad práctica y con independencia del beneficio al reo.

El profesor Maurach[17] señala: "La necesidad de considerar a tales acumulaciones de acciones típicamente independientes entre sí, "compendio de tipos", como *una* acción –y de tomar en cuenta el incrementado desvalor únicamente en la medición de la pena- responde, ante todo, a razones procesales. El apreciar siempre aquí una pluralidad de acciones, llevaría consigo una desproporcionada sobrecarga para el juez de instrucción. En efecto, conforme a las reglas de pluralidad de actos, debería determinarse cada hecho particular, ya que en el concurso real el fallo de culpabilidad debe descansar en el *conjunto* de los hechos cometidos. Estas embarazosas averiguaciones apenas se manifestarán, sin embargo, en la fijación de la pena".

---

16 Loc. cit.

17 Maurach, Reinhart.- op. cit., p. 428.

Requisitos del delito continuado:

1) **Identidad en el autor**, es decir cada uno de los comportamientos independientes que constituyen delito deben ser realizados por el mismo sujeto activo.
2) **Varias violaciones a la ley penal**, las cuales pueden ser iguales o de semejante naturaleza. Por ejemplo: hurto, hurto agravado y apropiación ilícita. Es decir, nos encontramos frente a un caso de concurso real, el cual bajo una ficción jurídica será considerado como una sola acción. En este sentido el profesor Berdugo[18] afirma: "No cabe duda de que cada acción cotidiana reviste los caracteres de una infracción punible, siendo por consiguiente un caso claro de concurso real. Pero el ordenamiento jurídico prefiere unificar su tratamiento por diversas razones y, entre ellas, porque resulta más sencillo demostrar en juicio una actividad continuada que descender al detalle de cada uno de los hechos. Con ello el autor no siempre sale beneficiado".
3) **Las violaciones se deben haber cometido en el momento de la acción o en momentos diversos.** Lo importante es apreciar una unidad típica de acción, cuando la obtención del resultado suponga varios actos parciales basados en la misma intención. Como dice el profesor Maurach[19]: "Objetivamente la acción continuada presupone que los actos particulares, realizados por el autor, sean *homogéneos*, que lesione el mismo *bien jurídico*, que guarden una cierta relación de tiempo y lugar entre sí, y que se hayan cometido aprovechando ocasiones esencialmente iguales. *Deben concurrir* estas condiciones para poder apreciar un hecho continuado".
   Es indiferente para el delito continuado el grado de desarrollo

[18] Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- op. cit., p. 307.
[19] Maurach, Reinhart.- op. cit., p. 432.

de cada uno de los delitos que lo conforman, es decir pueden haber delitos consumados como en grado de tentativa
Por ejemplo: cuando un cajero hurta en forma sistemática durante una semana la cantidad de $100 dólares diarios.

4) **Una resolución criminal**, es decir debe haber una finalidad determinada, algunos autores lo denominan como dolo continuado –homogeneidad subjetiva-. Se presupone una unidad de acción, de tal modo que el agente renueve la misma o similar resolución de actuar bajo la eficacia modificadora de circunstancias iguales o semejantes. Al respecto el profesor Jescheck[20] dice: "Para la delimitación del delito continuado resulta decisiva la unidad del dolo (unidad de lo injusto personal de la acción). La jurisprudencia requiere un propio *dolo global* que abarque el resultado total del hecho en sus rasgos esenciales en cuanto al lugar, al tiempo, a la persona de la víctima y a la forma de comisión, de tal modo que los actos parciales no representen más que la realización sucesiva de la totalidad querida unitariamente, a más tardar, durante el último acto parcial. Preciso es admitir esta concepción relativamente estricta del delito continuado, porque en la Ley no existe ningún punto de referencia que permita al juez hacer de varios hechos uno solo, al menos en la medida en que los actos sociales no se hallen ligados por un vínculo subjetivo. Sin embargo, no hay que olvidar que un dolo global en sentido estricto se produce muy raramente en la realidad, razón por la cual los tribunales se ven forzados a fundamentaciones artificiales para que el delito continuado pueda alcanzar alguna importancia práctica".

5) **Unidad del sujeto pasivo:** Es decir, el sujeto sobre el cual recae la acción debe ser siempre el mismo, de lo contrario nos encontraríamos ante un concurso real de delitos.

---

20 Jescheck, Hans-Heinrich.- op. cit., pp. 1002 - 1003.

Se debe tener en cuenta, tal como establece el art. 49° del Código Penal, que el delito continuado no se puede aplicar a los delitos que afectan bienes jurídicos personalísimos pertenecientes a sujetos distintos -Por ejemplo: la vida, la integridad física, la salud o la libertad-. Aquí, cabría hacer una acotación: ¿Qué sucede con los delitos que afectan bienes jurídicos personalísimos pertenecientes a la misma persona?. Por ejemplo: El marido que todos los fines de semana le pega a su mujer por el placer de hacerlo, poniendo en peligro la vida de ésta. ¿De qué respondería el marido?. En nuestro concepto, se podría aplicar perfectamente la figura del delito continuado de lesiones, pues se cumplen cada uno de los requisitos señalados y, no opera la prohibición de aplicarlo a bienes jurídicos personalísimos pertenecientes a sujetos distintos porque siempre golpea a su mujer.

El delito continuado se diferencia del concurso real homogéneo en la finalidad, es decir, en la resolución criminal única que guía al delito continuado, ya que el concurso real tiene una finalidad para cada uno de los delitos.

El Delito Masa:

El art. 49° en su primer párrafo in fine, contiene lo que se conoce como el **delito masa**, éste se caracteriza por el hecho que el sujeto pasivo viene a ser un cúmulo de personas. Para que surja esta figura debe cumplirse con los mismos requisitos del delito continuado. Por su parte Sainz Cantero[21] señala que: "el delito masa es aquel en que el sujeto activo, mediante una sola acción o por varias acciones que, consideradas independientemente, constituiría cada una de ellas un delito o falta, pone en ejecución un designio criminal único encaminado a defraudar a una masa de personas, cuyos componentes

[21] Sainz Cantero citado por Juan Bustos Ramírez en "Manual de Derecho penal español - Parte General", 3° edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1984, p. 305.

individuales, en principio indeterminados, no están unidos entre sí por vínculos jurídicos".

El delito masa, así definido, con base en una serie de características prácticamente idénticas a las exigidas por el delito continuado, aparece como un subcaso del delito continuado en que se parte de una unidad de ideación delictiva y de una serie de medidas de ejecución del unitario propósito criminal en el que figuran como destinatarios y sujetos pasivos, una masa de personas, en principio, indeterminadas a las cuales, con identidad de medios, se intenta defraudar. En el ámbito doctrinal, dice Castiñeira[22]: "se ha considerado que el delito masa se da siempre que el sujeto activo, mediante una sola acción o por varias acciones que, consideradas independientemente, constituiría cada una de ellas un delito o falta, pone en ejecución un designio criminoso único encaminado a defraudar a una masa de personas, cuyos componentes individuales, en principio indeterminados, no están unidos entre sí por vínculos jurídicos".

La creación del delito masa responde a la necesidad de imponer una pena de cierta gravedad a los denominados fraudes colectivos, y se entiende que la pena a de ser más grave que la resultante de las normas del concurso; pero esta conclusión no siempre es cierta, pues a veces la estimación del delito masa es beneficiosa para el reo, por lo que se convierte en una figura innecesaria, a juicio de Castiñeira, dos son las razones:

a) El delito masa en su actual estructura es un instrumento inadecuado para obtener la finalidad que persigue, pues su imposición no tiene como resultado la imposición de un castigo más grave en todos los supuestos de fraude colectivo.

---

22 Castiñeira, María Teresa.- "El delito masa en la jurisprudencia del Tribunal Suprema español", en el "Libro Homenaje al profesor José Antón Oneca", Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 149.

b) La estimación de un delito continuado tiene idénticas consecuencias, puesto que los criterios de determinación de pena son los mismos.

4.5. Concurso Aparente de Leyes.

Es un problema de interpretación de leyes. Surge cuando el sujeto activo realiza una acción que podría, aparentemente, ser calificada en más de un tipo penal, cuando en realidad sólo se puede aplicar uno. Tal como dice Carlos Creus[23]: "(...) el encuadramiento plural se reduce a un encuadramiento único (por eso se dice que el concurso es sólo "aparente"), cuando uno de los tipos en juego desplaza a los otros, con lo cual únicamente queda vigente el tipo desplazante". A esto cabe agregar, conforme el profesor Mir Puig[24]: "(...) cuando uno o varios hechos son incluibles en varios preceptos penales de los que *sólo uno* puede aplicarse, puesto que su estimación conjunta supondría un *bis in idem*. Ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes".

Principios para resolver el concurso aparente de leyes: especialidad, alternatividad, subsidiariedad y consunción.

1) **Principio de Especialidad:** La regla es que el tipo especial desplaza al tipo genérico, lo cual sucede en los delitos en que hay relaciones de tipos básicos a derivados[25]. El tipo especial realiza obligatoriamente el tipo general, pero no todo hecho

---

23 Creus, Carlos.- "Derecho Penal - Parte General" 3° edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 287.

24 Mir Puig, Santiago.- op. cit., p. 675.

25 En general se reconoce que el tipo especial desplazante es aquel que, conteniendo los elementos del general que desplaza, enuncia una forma específica de lesión del bien jurídico (Bacigalupo). Siempre hay una relación conceptual de subordinación entre los tipos (Zaffaroni).

que cumple con el tipo general se puede subsumir en el tipo especial. En este sentido Berdugo[26]: "(...) el legislador obliga a elegir la norma *especial* antes que la *general*, esto es, aquella que presenta *todos* los elementos de esta última *más* alguno o algunos específicos". Por ejemplo: el art.108° del Código Penal trata el delito de asesinato el cual desplaza al delito de homicidio.

2) **Principio de Subsidiariedad:** se aplica el tipo subsidiario cuando no se puede aplicar un tipo distinto. Es decir, se da una posición opuesta a la del principio de especialidad, cuando no se puede cumplir con todos los requisitos que establece el tipo especial se aplicará el tipo general.
En palabras del profesor Mir Puig[27]: "El principio de subsidiariedad interviene cuando un precepto penal sólo pretende regir en el caso de que no entre en juego otro precepto penal. El primer precepto es entonces subsidiario respecto del segundo y queda desplazado cuando éste aparece *(lex primaria derogat legem subsidiariam: la ley primaria deroga la subsidiaria)*".
Existen casos en los que el propio tipo penal indica que se aplique de esta manera. Por ejemplo, cuando no se puede adecuar el comportamiento de un sujeto al art. 121°-A (lesiones graves de acuerdo al sujeto activo o pasivo), se tiene que aplicar el art. 121° (lesiones graves). Pero, el problema crece cuando el Código Penal no indica una disposición expresa, por ejemplo: si una persona entra a una casa mediante el escalamiento con el propósito de hurtar bienes y, luego esto no se puede demostrar, no se puede condenar al agente por hurto agravado, pero sí por el delito de violación de domicilio, el cual es en este caso un tipo de carácter subsidiario.

---

26 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- op. cit., p. 309.

27 Mir Puig, Santiago.- op. cit., p. 678.

3) **Principio de Consunción:** Surge cuando el contenido de una acción típica incluye a otro tipo penal -un delito que abarca a otro delito-. El precepto más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. Aunque no siempre resulta fácil determinar si una infracción puede entenderse absorbida por otra. Por ejemplo: si una persona destruye una pared con el propósito de realizar un robo lleva a cabo un delito de daños, se incurriría en el art. 205° del C.P -daños-, pero este tipo queda desplazado por el delito de robo. El profesor Berdugo[28] aclara: "(...) la absorción solo es posible cuando el desvalor de la conducta es lo suficientemente pequeño como para no reclamar una pena autónoma, cosa que ocurrirá seguramente cuando la lesión sea constitutiva de una simple falta".

4) **Principio de Alternatividad:** Puede darse casos en que un tipo penal se refiere a la misma acción que otro, el desplazamiento se da cuando en uno de los tipos surgen circunstancias particulares que se enuncian respecto de dicha acción. Por ejemplo: en el delito de hurto y de apropiación ilícita sobre un tesoro, constituyen un apoderamiento de cosa ajena -ya que el tesoro pertenece en forma parcial al propietario del suelo- pero, dado que el apoderamiento recae sobre un tesoro se aplica el art.192° núm.1 -apropiación ilícita de un tesoro-. Este principio solo se aplica en defecto de los anteriores, es decir cuando no es posible hallar una relación de especialidad, subsidiariedad o consunción.

4.6. Concurso Medial.

Si bien esta figura no está establecida en nuestro ordenamiento jurídico penal, conviene hacer algunos comentarios. Esta figura surge

---

[28] Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- op. cit., p. 310.

cuando un delito es medio necesario para cometer otro. Esta necesidad se debe dar en un sentido concreto, requiriéndose sólo cuando el delito -fin- no pudiera producirse sin el otro -medio-. Por supuesto, esta necesidad debe existir objetivamente, y no basta que el sujeto crea que se presenta. No estamos ante un caso de unidad de acción, pues la acción es doble, como lo es también la infracción delictiva.

El concurso medial de acuerdo a la doctrina moderna es tratado conforme las reglas del concurso real. Esto se basa en que no nos encontramos frente a un sólo hecho, sino que se puede separar los hechos que sirven de medio y de fin (se demuestra una estrecha vinculación entre los delitos). La doctrina en contrario piensa que el concurso medial se debe analizar como un concurso ideal, atendiendo que el fin unificaría los distintos hechos. Así, Quintero Olivares[29] considera que el concurso medial: "(...) es una subespecie de concurso real de delitos que en el derecho español se castiga con la misma regla que el llamado concurso ideal".

En nuestra opinión, cuando nos encontremos ante un caso de esta naturaleza lo primero que debemos observar es el número de acciones que se nos presentan. Si determinamos que sólo hay una acción no podemos decir que nos encontramos ante un concurso real; entonces debemos analizar si estamos ante un concurso ideal o ante un concurso aparente de leyes. Si el concurso es aparente se resuelve de acuerdo a los principios de especialidad, subsidiariedad, consunción, y alternatividad, castigándose sólo el delito existente.

Por ejemplo, si una persona falsifica un documento para estafar, el delito medio sería la falsificación del documento y el delito fin la estafa. Atendiendo a la finalidad, se debe sancionar por el delito de estafa, ya que seria un concurso aparente de leyes y se resuelve de acuerdo al principio de consunción.

---

[29] Quintero Olivares, Gonzalo.- "Curso de Derecho Penal – Parte General", op. cit., p. 572.

CAPÍTULO XVI

AUTORIA Y PARTICIPACIÓN

La realización del hecho punible es sancionada siempre y cuando le pueda ser atribuida a una persona -autor-. Los términos: "autor" y "sujeto activo" no deben confundirse, el primero implica la idea de responsabilidad criminal por el hecho, el segundo sólo implica que el sujeto ha realizado la acción típica. La redacción de nuestro Código Penal se da sobre agentes que actúan individualmente, pero surgen casos en los que intervienen dos o más personas, es entonces cuando toma gran importancia el análisis del autor y de las personas que contribuyeron a que realizara el delito (partícipes). Este es el eje central del tema referente a la Autoría y Participación.

La redacción de los tipos penales del Código se centran en el autor, lo que no implica que no se pueda juzgar a los partícipes. El Código tiene reglas especiales que nos permiten castigar a personas distintas al autor, éstas se conocen como *reglas de extensión de la responsabilidad criminal.*

1. Autores. Teorías sobre Autoría. Clases de Autores.

Tal como afirma Carlos Creus[1]: "el agente que asume la conducta antijurídica penalmente típica se constituye en autor de un

---

[1] Creus, Carlos.- "Esquema de Derecho Penal - Parte General", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 111.

delito". De aquí, podemos afirmar en forma preliminar que, todo aquél que interviene en la ejecución de un delito puede ser calificado como autor. Pero, las distinciones entre los distintos sujetos se dan sobre la base del grado de intervención de cada uno de ellos en el delito; surgen entonces figuras como el autor -directo y mediato- y los partícipes -instigador y cómplice: necesario y no necesario-.

La participación implica la existencia de la autoría –Principio de accesoriedad de la participación-. Como dice el profesor Muñoz Conde[2]: "(...) la participación es *accesoria*, la autoría *principal*, y ello independientemente de la pena que merezca el partícipe o el autor en el caso concreto".

El análisis del art. 23° del Código Penal nos indica como *autor* a aquél que realiza por sí el hecho punible; como *autor mediato* a aquél que por medio de otro realiza el hecho punible; y como *co-autores* a aquellos que en forma conjunto realizan el hecho punible.

Para que un sujeto pueda ser calificado de autor de un delito, se requiere como presupuesto básico e indispensable que éste haya realizado el acto conscientemente, lo que implica dejar de lado los casos de falta de acción –fuerza física irresistible, movimientos reflejos y estado de inconsciencia-. Justamente la conciencia del acto es lo que diferencia al hombre de los actos realizados por los animales y por la naturaleza.

Teorías sobre Autoría.

El Derecho Penal ha evolucionado en sus criterios para calificar a una persona como autor o partícipe de un delito. A continuación se presentan diversas teorías que explican este fenómeno:

---

[2] Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- "Derecho Penal – Parte General", 4° edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 496.

a. **Concepto unitario de autor**.- De acuerdo a esta teoría, es autor el que aporta una contribución causal al hecho por mínimo que sea. Es decir, considera como autores a todos aquellos que, de una o otra manera, contribuyeron a la realización del hecho delictuoso. No interesa, entonces, distinguir la intervención de cada sujeto. Es decir, como nos indica el profesor Roxin[3]: "se da una equivalencia de todas las condiciones, por tanto, es obvio negar la diferencia entre autores, cómplices e inductores y partir del concepto unitario de acción". En este sentido, el profesor Berdugo[4]: "Al enunciarse el concepto unitario de autor, prevalecía la teoría de la equivalencia de condiciones y se consideraba que las aportaciones de todos los intervinientes en el hecho debían poseer una relación causal con el resultado". Por ejemplo: la persona que entrega un arma a otra para que ésta mate a Juan es considerada también como autor del homicidio.

Es notorio que con este criterio nadie se podría escapar de la sanción penal, no existirían lagunas de punibilidad. Pero, como crítica a esta teoría salta a la vista que es demasiado amplia, por lo que todos vivirían temerosos ya que en cualquier momento podrían ser denunciados por algún hecho punible. Actualmente, se ha superado el dogma causal, además resulta obvio que no se pueden considerar autores a los que realizan aportaciones al hecho que no son relevantes. Es necesario establecer la diferencia entre autores y partícipes desde un punto de vista conceptual y de cara a imponer la pena. Así el profesor Mir Puig[5]: "(...) Más tampoco de *lege ferenda* parece preferible

---

3 Roxin, Claus.- "Autoría y dominio del hecho en derecho penal", Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 22.

4 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- "Lecciones de Derecho Penal – Parte General", 2° edición, Editorial Praxis, Barcelona, 1999, p. 287.

5 Mir Puig, Santiago.- "Derecho Penal – Parte General", 5° edición, TECFOTO, Barcelona, 1998, p. 361.

esta concepción a la distinción de autoría y participación, pues el planteamiento unitario desconoce la necesidad de matizar suficientemente las responsabilidades según su objetiva importancia social respectiva".

b. **Concepto Extensivo de Autor (Teoría Subjetiva):** Esta concepción fue elaborada por Kostlin y llevada a la práctica por von Buri. Aquí se señala que es autor aquella persona que obra con voluntad de autor -animus auctoris- y es partícipe quien obra con voluntad de partícipe -animus socii-. En este sentido, el profesor Quintero Olivares[6] señala: "El concepto subjetivo de autor, al no poder designar al partícipe mediante criterios objetivos, acude a lo subjetivo, de manera que ***lo importante es el sentimiento de ser autor del hecho,*** de tenerlo como propio y no como colaboración en el hecho de otro". Esta teoría parte de la equivalencia de condiciones, pero reconoce que la ley obliga a distinguir distintos grados de responsabilidad. Los tipos legales de participación aparecen, entonces, como "causas de restricción de la pena", puesto que sin ellas tendría que sancionarse a todos los intervinientes como autores[7].

Al dejarse la distinción entre autor y partícipe en un nivel subjetivo, se presentan problemas político-criminales, se producen resultados criticados por la doctrina. Tal como señala el profesor Hurtado Pozo[8]: "(...) mediante la aplicación de tal criterio se hace depender el problema de la participación de consideraciones sobre la graduación de la pena, sin importar si el agente realiza o no una acción típica".

---

6 Quintero Olivares, Gonzalo.- "Curso de Derecho Penal – Parte General", CEDECS Editorial, Barcelona, 1996, p. 475.

7 Mir Puig, Santiago.- op. cit., p. 361.

8 Hurtado Pozo, José.- "Manual de Derecho Penal - Parte General", 2° edición, Editorial EDDILI, Lima, 1987, p. 516. Vid. Stratenwerth en "Strafrecht", Allgemeiner Teil. Die Straftat, 2° edición, Berlin, 1976, pp. 216-217.

Por ejemplo: Si la esposa le dice a su amante que mate a su marido. Conforme esta teoría seria autor la esposa y partícipe el amante de homicidio.
Además, desde un punto de vista práctico se presenta un alto nivel de dificultad probatorio, pues se está tratando un aspecto netamente subjetivo.

c. **Concepto restrictivo de autor**.- Según esta teoría es autor quien realiza la acción típica establecida en cada delito, por tanto, el que contribuye a que se realice ésta no seria autor del delito. Es la contrapartida de la teoría extensiva de autor, dado que el concepto restrictivo analiza la distinción entre autor y partícipe desde un punto de vista objetivo de acuerdo a la contribución en el hecho punible.
Dentro de la teoría restrictiva de autor podemos ver dos corrientes:

c.1) **Teoría Objetivo Formal:** es autor quien realiza estrictamente la acción típica, se enfatiza el principio de legalidad. Es decir, el comportamiento del agente debe coincidir con la acción descrita en el tipo penal. Sería entonces partícipe el que se limita a ayudar o cooperar en la ejecución de la acción típica. Como señala el profesor Gimbernat[9]: "Para la teoría objetivo-formal lo decisivo es sólo y siempre la realización de todos o algunos de los actos ejecutivos previstos expresamente en el tipo legal".
Esta teoría tiene inconvenientes al encontrarse frente a la autoría mediata, pues el agente no realiza directamente la acción sino que se vale de un instrumento –persona- para hacerlo. De acuerdo con esta teoría, seria autor el instrumento que realiza materialmente la acción, el cual

[9] Gimbernat Ordeig.- "Autor y Cómplice", en Derecho Penal, Madrid, 1996, p. 217.

podría ser un inimputable, una persona coaccionada o una persona que se encuentra inmerso en un error. Otro inconveniente se presentaría en el caso de la co-autoría. por ejemplo, en el delito de robo (art. 188°), éste se configura cuando se emplea violencia y sustracción; técnicamente el autor tiene que realizar ambas conductas porque si una persona ejerce la violencia y otra sustrae ninguna sería autor de robo. En este sentido, los profesores Muñoz Conde y García Arán[10]: "La *teoría objetivo-formal*, según la cual es autor quien realiza algún acto ejecutivo del delito, es insuficiente para fundamentar la autoría mediata y algunos supuestos de realización del delito sirviéndose de un aparato de poder".

c.2) **Teoría Objetivo Material:** Esta teoría trata de corregir los errores de la teoría objetivo formal, si bien parte de la aportación objetiva de los sujetos al hecho, sostiene que existen aportaciones más importantes que otras, en cierta forma aplica la teoría de la causa eficiente. Es decir, es autor quien aporta la contribución más importante, el que da una mayor peligrosidad al hecho. Surge entonces la pregunta: ¿Quién determina si el aporte del sujeto es más eficiente o peligroso?. Esto conlleva a la distinción entre causa y condición, dejándose de lado la equivalencia. Esta distinción sirvió de base para delimitar la autoría y la participación. Uno de los puntos a discutir esta referido a las aportaciones para la configuración del delito, pueden darse casos en que la aportación de un cómplice determinante o tan importante como la del autor, por ejemplo en el delito de violación de la libertad sexual (art. 170°) un sujeto amenaza a la víctima mientras otro

[10] Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit., p. 496.

realiza el acto sexual. Además, esta teoría tiene problemas respecto del autor mediato porque éste no tiene aportaciones objetivas.

d. Teoría del Dominio del Hecho (Teoría Objetiva-Subjetiva del Autor): Se parte de un criterio restrictivo de autor expuesto en la teoría objetivo-formal. Maurach[11] explica esta teoría: "(...) por dominio del hecho debe entenderse el doloso tener en las manos el curso del suceso típico" y agrega, "también este requisito, a pesar de basarse asimismo en el dolo, es de naturaleza objetiva: lo decisivo no es la simple voluntad del dominio del hecho (...) sino el voluntario moldeado del hecho".

De acuerdo a esta teoría, se puede calificar de autor al agente si:

1. La persona sabe el *qué, el cómo y cuándo* se va a realizar el hecho delictivo. O sí realiza la acción típica personalmente (dominio de la acción).
2. Si hace ejecutar el hecho mediante otro cuya voluntad, según parámetros jurídicos, no es libre, o que no conoce el sentido objetivo de la acción de su comportamiento o lo abarca en menor medida que el *hombre de atrás* o que es sustituible a voluntad en el marco de una maquinaría de poder organizada (dominio de la voluntad)[12].
3. Debe dar una contribución objetiva al hecho (dominio funcional del hecho).
4. Si intervienen varias personas se tiene que dar un acuerdo previo a la realización del hecho delictivo (plan delictivo).

---

11 Maurach, Reinhart.- "Tratado de Derecho Penal", traducción y notas de Derecho Penal Español por Juan Cordoba Roda, T. II, Ediciones Ariel S.A., Barcelona, 1962, p. 343.

12 Roxin, Claus.- op. cit., p. 334.

La Teoría del dominio del hecho presenta algunos puntos debatibles:

a. La determinación del contenido del concepto del dominio del hecho.
b. La estructura del dominio del hecho: ¿Es un concepto ontológico o teleológico, descriptivo o normativo?.
c. ¿Es el dominio del hecho un elemento del tipo, un elemento del injusto situado fuera del tipo o un componente de la culpabilidad?, ¿Pertenece quizá en alguna medida al ámbito del tipo, del injusto y de la culpabilidad?

Para aplicar el *concepto del dominio del hecho*, se deben tener en cuenta diversos criterios[13], entre los cuales tenemos:

- **El transcurso y resultado del hecho dependen decisivamente de su voluntad.-** El agente tiene una relación interna con el hecho, la cual se manifiesta en el "dominio conjunto del curso del acontecer". Esta idea sirve de mucho para determinar la existencia de la co-autoría. Como sabemos la voluntad dirige el comportamiento de los agentes, pero ésta solo se torna influyente si el agente cumple una función, objetivamente significativa, en la realización del tipo.
- **La capacidad de hacer continuar y de impedir.-** Esta idea la sostiene el profesor Maurach, el cual se sirve de esta fórmula para caracterizar el dominio del hecho en general y para determinar con mayor precisión la co-autoría en particular. Se plantea que cada agente tiene un papel necesario dentro de la comisión del delito de manera que, si éste desiste, puede hacer que fracase el plan.

[13] Ibid. pp. 330 - 348

- **La posibilidad de dar al suceso el giro decisivo.-** Es decir, el agente tiene y está en pleno dominio del hecho, por lo que puede darle un giro decisivo. Esta posición se verifica en los delitos de omisión en los cuales el agente tiene la posibilidad de impedir el resultado. En otras palabras, no importa si el sujeto, interviniendo activamente, pudo haber impedido el resultado, sino a la inversa, si el que permaneciere inactivo ha detenido el suceso que se venía desarrollando o lo ha modificado decisivamente.
- **El poder sobre el hecho.-** Se debe atender a las posibilidades físicas o habilidades técnicas del agente y conforme con ello ver si dominan la dirección final del curso causal en la realidad. La incapacidad para realizar el tipo de propia mano no excluye el dominio del hecho, lo cual se demuestra tanto en la autoría mediata como en la co-autoría. Lo que debemos destacar es que no basta la mera voluntad de autor o de dominio del hecho, la "disposición interna", para fundamentar la autoría.
- **La subordinación de la voluntad.-** La teoría del dolo es acertada también como teoría del dominio del hecho, en la medida en que capta que el partícipe tiene que hacer depender el suceso de la voluntad del autor, dejándolo a su criterio. Un sujeto no es partícipe porque haya dejado a criterio del otro la ejecución del hecho, sino que, inversamente, tiene que dejar a criterio del otro la ejecución del hecho porque éste tiene el dominio sobre el suceso. La subordinación de la voluntad es el reflejo psíquico de las relaciones de dominio objetivas.
- **Voluntad del dominio del hecho y sentimiento de autoría.-** El autor tiene que conocer las circunstancias fácticas y además ser consciente de los hechos que fundamentan su dominio sobre el suceso, es decir se da

un conocimiento fundamentador del dominio.
El sentimiento de autoría contiene sólo los elementos subjetivos, el agente debe sentirse como "señor del hecho".

El dominio del hecho se maneja de diversas formas:

- En la actividad directa -autoría- como dominio de la acción.
- En la autoría mediata como dominio de la voluntad.
- En la co-autoría como dominio funcional del hecho de los autores que actúan dividiéndose la tarea.

El profesor Berdugo[14] señala: "La teoría del dominio del hecho es también una teoría restrictiva, y por lo tanto, se basa en la diferenciación entre autores y partícipes. El criterio diferenciador será, justamente, el dominio del hecho. Autor de un delito será aquel sujeto que tenga dominio del hecho, aquel que pueda decidir los aspectos esenciales de la ejecución de ese hecho. Se abandona el criterio objetivo-formal para adoptar un criterio *material* que explique más satisfactoriamente los distintos supuestos de autoría y participación. El control del hecho se realiza a través del dominio de la acción, del dominio de la voluntad o del dominio funcional, según los casos. La exigencia de esta clase de dominio es fundamental, ya que sobre él se podrá diferenciar la responsabilidad de los demás intervinientes que no son autores, sino partícipes".

De las teorías antes mencionadas, la del dominio del hecho es la más aceptada actualmente y, a nuestro concepto, es la más completa y coherente para definir quién es autor de un delito.

---

[14] Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- op. cit., p. 289.

Clases de Autores.

Existen tres clases de autoría: directa, mediata y co-autoría. Seguidamente se explicaran la mediata y la co-autoría porque la autoría directa ha sido explicada dentro del punto anterior referido a la Teoría del Dominio de la Acción o del Hecho.

Autor Mediato.

El problema de la intervención en el delito estriba en la determinación de sí la conducta del agente la realiza de manera directa, de manera que el hecho punible realizado aparece como un hecho propio, o si, por el contrario su acción produce el delito sólo de manera indirecta, es decir, a través de la conducta de un tercero, de manera que, el hecho punible aparecería como un hecho ajeno respecto del cual el concurrente -autor mediato- quiere ocultarse.

En otras palabras, existe autoría mediata cuando el autor, en la realización de la acción típica, se sirve de otra persona, que utiliza como *instrumento*. La autoría mediata es un caso de verdadera autoría, donde el agente realiza el injusto típico como propio. La autoría mediata se basa en el *dominio de la voluntad*. El profesor Muñoz Conde[15] señala: "A la autoría inmediata o directa se equipara la mediata, es decir, aquélla en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza. Con un criterio objetivo-formal es difícil fundamentar este tipo de autoría y, sin embargo, es evidente que cuando alguien se sirve, como *instrumento* de realización del delito, de otra persona que, generalmente sin saberlo, lo ejecuta, hay que buscar un criterio que permita castigar al autor real y no a su *instrumento*. Este criterio no puede ser otro que el del dominio del hecho antes aludido,

[15] Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit., p. 498.

pues está claro que el autor mediato es quien domina la realización del delito".

Como señalan Cobo Del Rosal y Vives Anton[16]: "La naturaleza de autoría que caracteriza la conducta del autor mediato aparece con claridad en aquellas hipótesis en que el *instrumento*, si bien lleva a cabo el sustrato material del tipo, no realiza el injusto típico: en tales casos no puede haber sino un autor, que es el autor mediato". Pero, además, en todos los supuestos de autoría mediata, la acción del autor produce el hecho injusto en virtud de una legalidad necesaria: no se trata, como en el caso del partícipe, de una simple contribución moral.

Requisitos y supuestos de la Autoría Mediata:

a. El autor mediato no realiza actos objetivos.
b. La persona que actúa como *instrumento* debe hacerlo sin dolo, es decir, no sabe que comete un delito –no actúa típicamente-. Este es el fundamento para que no sea sancionado.
   Puede darse el caso de que al *instrumento* le falte una especial cualificación o un elemento subjetivo que exija el tipo delictivo. Por ejemplo: el funcionario o servidor público que para cometer el delito de cohecho (art. 393° del CP) se vale de un tercero para recibir dinero.
c. La persona que se desenvuelve como *instrumento* actúa técnicamente conforme a derecho, ya que se encuentra bajo un error que ha sido producido por el autor mediato. Por ejemplo: el policía que recibe una denuncia, motivo por el cual detiene a una persona; puede darse el caso que la denuncia sea falsa y que lo único que quería la persona que accionó fuera fastidiar al denunciado, en este caso el policía vendría a ser el

[16] Cobo del Rosal, M. - Vives Anton, T.S.- "Derecho Penal - Parte General", 3° edición, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1990, p. 574.

instrumento. En este sentido, el profesor Muñoz Conde[17] dice: "Existe también autoría mediata cuando alguien aprovecha o provoca el error de tipo o de prohibición del instrumento. Así, el cazador que grita a otro que dispare a la pieza, sabiendo que es una persona, o quien provoca en un timorato un estado de legítima defensa putativa, que le hace disparar contra una persona".

d. Puede darse el caso en que el *instrumento* actúe justificadamente y exista autoría mediata. Por ejemplo: si Juan se vale de un enfermo mental para causarle lesiones a Pedro, y éste último le causa lesiones graves al enfermo, Juan responde por las lesiones graves (es el *instrumento* el que se defiende) por autoría mediata.

e. La persona que actúa como instrumento puede ser incapaz, tanto por minoría de edad como por ser mayor de edad con incapacidad psíquica. Es decir, es un inimputable. Pero, existen ciertos casos de inimputabilidad en los que el sujeto tiene cierto nivel de discernimiento y decisión por lo que el autor mediato no tiene el dominio de la voluntad y, lo que surgiría es una instigación.

f. Puede darse el caso en que el instrumento actúe sin libertad, es decir coaccionado o bajo amenaza.

g. El profesor Roxin señala el caso de una cadena de mando o un aparato de poder estrictamente jerarquizado. Son los casos denominados "autor tras el autor". Aquí se presenta la situación en que el ejecutor directo es plenamente responsable, pero actúa como simple eslabón de una cadena de mando o de un aparato de poder jerarquizado. En nuestro concepto, este supuesto sería sumamente discutible porque hemos indicado que la esencia de la autoría mediata consiste en valerse de un *instrumento*, lo

[17] Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit., pp. 499 -500.

cual no se cumpliría porque en este caso el ejecutor tiene plena responsabilidad, en todo caso, nos encontraríamos frente a un caso de co-autoría.

Debemos señalar que hay delitos en los cuales es prácticamente imposible la figura de la autoría mediata. Por ejemplo en los delitos denominados de *propia mano,* es el caso de la violación de la libertad sexual, resulta incoherente decir que una persona a violado a otra por intermedio de un tercero que actúo sin dolo. Pero, el caso puede variar, si un sujeto se vale de un inimputable para que éste ejecute la violación.

La tentativa es posible en la autoría mediata, el problema es determinar en qué momento se inicia, al respecto existen dos posiciones:

- Se inicia cuando el autor mediato comienza a dirigir la voluntad del *instrumento.*
- Se inicia en el momento en que el *instrumento* comienza a realizar los actos destinados a la consumación del tipo penal. A nuestro parecer, la posición correcta es ésta porque en ella se observa la existencia de un peligro objetivo para el bien jurídico.

Cierto grupo de la doctrina acepta la autoría mediata en los delitos de omisión impropia. Son los supuestos en los que el garante no impide la acción punible del *instrumento.* En realidad, en estos casos, sólo se presenta el incumplimiento del rol de garante, por lo que nos encontramos frente a una autoría directa. Por ejemplo: el padre que sabiendo que su hijo (menor de edad) va a tomar la cartera de una señora que está sentada en el parque, no lo detiene. El padre ha incumplido su posición de garante por lo que tiene responsabilidad.

Co-autoría.

Esta figura surge cuando la acción típica es realizada por dos o más personas, cada una de las cuales toma parte en la ejecución de los hechos en forma consciente y voluntaria. Para que esto se dé, todos los sujetos deben tener un *dominio funcional del hecho* -deben haber realizado una parte objetiva-, es decir, han de conocer el *qué, cómo y cuándo*, o dicho en términos de Claus Roxin[18], se trata de un dominio funcional del hecho en el sentido de que cada uno de los co-autores tienen en sus manos el dominio del hecho a través de una parte que le corresponde en la división del trabajo.

Tipos de co-autoría:

- **Co-autoría *ejecutiva directa*.-** Surge cuando todos los autores realizan los actos ejecutivos. Por ejemplo: un grupo de fanáticos del equipo de fútbol "A", se encuentran con un fanático del equipo "B", al cual le propinan una golpiza.
- **Co-autoría *ejecutiva parcial*.-** Surge cuando se da un reparto de las tareas ejecutivas. Por ejemplo: cuando dos sujetos se proponen robar a un individuo, uno de los cuales lo golpea mientras el otro sustrae la billetera.
- **Co-autoría en la cual se da un *reparto de papeles entre los diversos intervinientes en la acción típica*.-** Aquí se incluyen casos en los que ciertos autores no se encuentran en el momento de la ejecución. En este apartado podemos ubicar a los denominados autores intelectuales. Aquí se recurre a un criterio material que supera la visión estrictamente formal de la co-autoría, todo esto sobre la base del dominio del hecho.

La co-autoría está establecida en el art. 23° del Código Penal y

[18] Vid. Gómez Benitez.- "Derecho Penal. Parte General", Editorial Civitas S.A., Madrid, 1988, p. 124.

señala que, cuando varios cometen un hecho en común, todos serán reprimidos como autores. La co-autoría, al igual que la autoría mediata, es una forma de autoría. Desde un *aspecto subjetivo*, la co-autoría requiere de un plan común y de una distribución de funciones en la realización de un acuerdo mutuo (acuerdo conjunto); y en el *aspecto objetivo*, la aportación que cada coautor debe encerrar un determinado grado de importancia -actos ejecutivos conjuntos-, de suerte que la colaboración de cada uno de ellos sirva para la realización del plan general. Es así que la co-autoría está conformada por sujetos que en forma independiente son considerados autores, pero la suma de autores no da lugar a la co-autoría.

Los co-autores solo responde por lo acordado y ejecutado, no por los excesos que pueden haber cometido cada uno de ellos. Las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado final debe atribuirse a cada co-autor, independientemente de su aportación. Como señala el profesor Mir Puig[19]: "Cuando uno de los coautores se *excede* por su cuenta del plan acordado sin que los demás lo consientan, en principio el exceso no puede imputarse a los demás: más allá del acuerdo mutuo no hay imputación recíproca".

2. Partícipes. Instigadores y Cómplices.

Una vez analizado los casos de autoría -directa y mediata- y co-autoría, procede examinar las restantes formas de responsabilidad criminal por el grado de intervención en el delito, es en base a esto que se puede decir que existen diversas clases de participación. El castigo de los partícipes es posible en la medida que la ley lo establezca con reglas determinadas, pues, a diferencia de lo que sucede con la autoría, la participación no puede castigarse por el camino de la subsunción en el tipo, por la sencilla razón de que *el partícipe no*

[19] Mir Puig, Santiago.- op. cit., p. 391.

realiza el tipo. La punición es posible debido a una extensión en el ámbito de las personas responsables, por lo que no se puede concebir la existencia de partícipes si no hay autores.

Los partícipes no tienen el dominio del hecho, su intervención se da en un hecho ajeno. En otras palabras, para que exista participación, debe constatarse previamente el hecho principal de un autor al que relacionar el hecho accesorio del partícipe. La participación no es autónoma, sino dependiente del hecho del autor -*accesoriedad de la participación*-. En palabras del profesor Berdugo[20]: "El partícipe no realiza el hecho prohibido –en sentido estricto- ni tiene dominio del hecho. Por eso mismo, nunca puede lesionar el bien jurídico tutelado. Sin embargo, su responsabilidad penal se justifica en tanto y en cuanto su conducta contribuye a poner en peligro el bien jurídico que será lesionado por el autor"[21].

El autor no tiene que ser culpable para que exista participación, pues ella es personal y puede ser diferente para cada interviniente en el delito. Por ello, el autor puede ser un menor de edad o un enfermo mental y esto no afecta la responsabilidad de los partícipes. Por ejemplo: un joven de quince (15) años planea un robo al banco y se vale de dos (2) personas para que lo ayuden a cargar el dinero –estos no saben nada acerca del plan, únicamente se van a limitar a cargar las bolsas de dinero-. Luego de un mes es capturado el menor y las personas que lo ayudaron; el menor no tiene responsabilidad penal, pero los otros sujetos pueden ser considerados como partícipes –cómplices necesarios-.

---

20 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- op. cit., p. 293.

21 Muñoz Conde y García Arán: "(...) se deduce también que la participación no es un hecho autónomo, sino dependiente del concepto de autor, y que sólo en base a éste puede enjuiciarse la conducta del partícipe. Es decir, el delito por el que puede ser enjuiciados los distintos intervinientes en su realización es el mismo para todos (*unidad del título de imputación*), pero la responsabilidad del partícipe viene subordinada al hecho cometido por el autor (*accesoriedad de participación*)". Op. cit., pp. 504 - 505.

La participación sólo es punible si es dolosa, es decir el partícipe debe conocer y querer participar en el hecho punible, reconociendo que otra persona es el autor.

Existen distintas clases de participación:

- Instigador o inductor.
- Cómplice necesario.
- Cómplice no necesario.

Instigador o Inductor.

De acuerdo al art. 24° del Código Penal es instigador:
"El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor".

Este artículo señala que es instigador aquél que determina consciente e intencionalmente a otra persona a cometer un delito, pero sin participar en su ejecución porque, de lo contrario pasaría de la calidad de instigador a la de autor. La instigación es accesoria, por lo que se debe constatar el delito principal.

El artículo 24° señala "determinar a otro", pero no dice la forma en que esto se puede hacer, por lo que pueden presentarse, a nuestro entender, dos casos:

a. Cuando el instigador lo hace mediante palabras, es decir lo convence con ciertos argumentos.
b. Cuando el instigador directamente utiliza una amenaza física -por ejemplo con un arma- o moral -por ejemplo: un despido del trabajo-. Lo que se debe examinar en general es la sujeción de la voluntad del instigado.

La instigación debe cumplir ciertos requisitos:

a. El instigador **no** tiene el dominio del hecho. Él provoca dolosamente al autor para que de comienzo a la ejecución del delito. El autor es el que posee el dominio del hecho.

b. Debe ser concreta y específicamente orientada a un hecho delictivo específico, y no a cualquiera o a delinquir en general.

c. La instigación debe ser determinante, es decir, la decisión de actuar de parte del sujeto ha debido nacer a consecuencia de la instigación. Por lo tanto, la instigación se cortaría si el sujeto que actúa toma conciencia cabal de lo que realiza y lo realizaría aunque la persona que trata de instigarlo no hubiera actuado; en otras palabras, no se puede instigar a quien ya ha tomado la decisión de cometer un delito.

d. Determinación del autor del delito, quiere decir que la instigación tiene que ser abierta, clara y no encubierta ni insidiosa, y también que ha de haber una relación personal entre el instigador y el instigado, sin que sea óbice que el instigador actúe valiéndose de una persona interpuesta, por lo que se comprende también la instigación en cadena, siendo indiferente el número de personas intermedias.

e. La instigación debe ser eficaz, es decir, que la instigación se castiga siempre y cuando el sujeto instigado comience la ejecución del delito. El comienzo de la ejecución del delito opera como una condición objetiva de punibilidad respecto de la responsabilidad del instigador.

f. La instigación siempre es dolosa. Así, el profesor Von Liszt[22]: "El dolo del instigador reside en la conciencia de que, por la manifestación de voluntad propia, se suscita en el inducido la resolución de cometer un acto punible determinado. El instigador debe concebir, pues esta acción como un acto que tiene que ser cometido por el autor". No existe la instigación por "culpa".

g. El instigador no responde por el exceso del instigado. Existe

---

[22] Von Liszt, Franz.- "Tratado de Derecho Penal", traducido por Luis Jiménez de Asúa y adicionado por Quintiliano Saldaña, T. III, 20° edición, Reus Editores, Madrid, 1917, pp. 88 – 89.

exceso cuando el delito cometido por el instigado o la calificante en que se ha incurrido no estuvo en la intención del instigador, ni se le puede imputar a título de dolo eventual.

La pena del instigador, conforme el art. 24°, es la que corresponde al autor. Esto no quiere decir que va a recibir exactamente la misma pena que el autor, sino que la pena que se le corresponde será determinada dentro del marco de la pena del delito que ha realizado el autor. Por ejemplo: si el autor es sentenciado por robo a 5 años de pena privativa de libertad, no quiere decir que el instigador va a recibir exactamente la misma pena, sino que se le impondrá una sanción entre los 3 y 8 años de pena privativa de libertad, porque éste el marco de la pena que dispone el Código Penal por el delito de robo (art. 188°). Esto es lógico, dado que la pena debe ir en función del aporte que ha generado cada uno de los sujetos que han intervenido para la realización del delito. En este sentido, los profesores Muñoz Conde y García Arán[23]: "La inducción debe ser de tal entidad que pueda conectarse causalmente, desde un punto de vista psíquico, con la voluntad del inducido. Sin embargo, el papel causal del inductor respecto a lo que el inducido ejecuta no podría justificarse por sí solo el tratamiento que el legislador prevé para esta forma de participación equiparándola a la autoría, ya que son imaginables conductas que, incluso intencionalmente, se convierten en factor desencadenante de la actuación del autor, y, sin embargo, a todas luces, no merecen la misma valoración que la actuación de quien ejecuta materialmente el delito".

Cómplices.

La complicidad está regulada en el art. 25° del Código Penal y señala:

---

[23] Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit., p. 508.

"El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.
A los que, de cualquier otro modo hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena."

El cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno y, como el instigador, no toma parte en el dominio del hecho[24]. Los cómplices son los cooperadores, es decir, son los que ayudan -en forma dolosa[25]- al autor a realizar el hecho punible. Así el profesor Quintero Olivares[26]: "La complicidad puede definirse como aquella contribución o auxilio al hecho, anterior o simultánea, que ha sido útil para la ejecución del plan del autor".

La complicidad requiere estar conectada necesariamente al hecho principal. Se deben anotar ciertos puntos:

a. Se debe "prestar auxilio" para la realización del delito; no importa de que medios se trate. Este auxilio es el punto de conexión entre la complicidad y el delito cometido, es decir, funciona como un facilitamiento de la acción delictiva.
b. El auxilio que presta el cómplice debe ser utilizado por el agente que va a cometer el delito, de lo contrario no hay nexo entre el delito y la persona que lo facilita. En este sentido, el profesor Von Liszt[27]: "Existe, únicamente, auxilio para la ejecución de un acto, cuando se ha puesto, efectivamente, *una condición del resultado*. En caso contrario, sólo existiría tentativa

---

24 Bramont Arias, Luis y Bramont-Arias Torres, Luis Alberto.- "Código Penal Anotado", 4° edición, Editorial San Marcos, Lima, 2001, p. 192.

25 El dolo del cómplice tiene en cuenta 3 aspectos: 1) La conciencia y voluntad del acto que realiza; 2) La representación del acto del autor y; 3) El conocimiento de que su acto está auxiliando al del autor.

26 Quintero Olivares, Gonzalo.- op. cit., p. 489.

27 Von Liszt, Franz.- op. cit., p. 90.

(impune) de complicidad". Sin embargo, como excepción a lo dicho podemos decir que, cuando el auxilio haya servido para reforzar la decisión criminal -complicidad psíquica-, existe complicidad. Por ejemplo, como señala Mir Puig[28], si "A" le presta una bicicleta a "B" para realizar un hurto y, éste último prefiere utilizar una motocicleta, no hay complicidad; pero, si la habría si "B" dejase para el último momento, a la vista de los últimos detalles, si habría que utilizar o no la bicicleta y al final no le pareciese oportuno utilizarla.

La complicidad de acuerdo al grado de intervención de los sujetos es:

- **Primaria.-** también denominada "necesaria"; esta surge cuando el sujeto es indispensable para que se pueda realizar el delito. El profesor Berdugo[29] señala: "El cooperador necesario realiza actos relevantes de cooperación en fase preparatoria o ejecutiva. Los medios con que se puede colaborar son ilimitados, no existiendo previsión alguna al respecto en el Código Penal. La doctrina acepta la cooperación intelectual y la cooperación técnica o física. El hecho al que se coopera debe haberse materializado, al menos, en grado de tentativa. Como en la inducción, el cooperador necesario no es responsable del exceso que pudiera cometer el autor".
- **Secundaria.-** también denominada "no necesaria", cuando la contribución del individuo es indistinta, es decir, no es indispensable. Aquí encontramos el típico caso del sujeto que actúa de *campana.* Este grado de participación tiene menor incidencia, por tal motivo la doctrina sanciona con menor pena. Los sujetos que intervienen no tienen el dominio del hecho y

---

28 Mir Puig, Santiago.- op. cit., p. 410.

29 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- op. cit., p. 296.

su comportamiento es tan poco importante que, de faltar su aportación, el delito se habría cometido igualmente. Los actos o medios de colaboración son indiferentes, pero deben darse antes o simultáneamente con el delito. Si son anteriores, para ser materia de juicio tiene que haberse realizado o intentado el delito.

La complicidad también puede cometerse por omisión, si le corresponde al cómplice un deber de garantía[30]. Es decir, cuando nos encontramos ante un caso de omisión impropia donde el sujeto tiene el deber de garante.

El presupuesto para aplicar la pena a los partícipes, dado su carácter accesorio con respecto al comportamiento del autor, es la realización del delito, aunque el acto sólo quede en grado de tentativa.

Atendiendo a la pena, los arts. 24° y 25° disponen que al instigador y al cómplice necesario se les impondrá la misma pena que corresponde al autor. Es decir, se determina dentro del marco de la pena del delito realizado por el autor, debiéndose siempre atender al grado de aportación a la configuración del delito. En el caso del cómplice no necesario se le disminuirá prudencialmente la pena, debiéndose entender que ésta puede determinarse hasta por debajo del mínimo legal del delito cometido.

3. Circunstancias Incomunicables.

Hasta aquí se ha definido la autoría y la participación en sus distintas clases, pero existen circunstancias en las cuales la doctrina no se ha puesto de acuerdo para dar una solución definitiva. De acuerdo al art. 26° del Código Penal:

---

30 Wessels, Johannes.- "Derecho Penal – Parte General", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 169.

"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 figura se denominada Incomunicabilidad de las Circunstancias. En nuestro concepto esta figura penal, debe circunscribirse a la intransmisibilidad de las circunstancias y cualidades **personales**, conforme lo disponía el Código Penal de 1924 y los proyectos que dieron origen al Código Penal de 1991. Sin embargo, al no haberse dispuesto la inclusión del término "personales", se puede entender que se refiere a cualquier tipo de circunstancia o cualidad.

Observando, esta institución limitada por **cualidades personales**, debemos decir que éstas no se transmiten a las otras personas. Se entiende que esta disposición se refiere tanto a las circunstancias agravantes o atenuantes en sentido estricto, esto es, las previstas en la parte general (por ejemplo, la imputabilidad disminuida u otra eximente incompleta, el exceso de legítima defensa, la minoría de edad, el arrepentimiento voluntario antes de ser descubierto (art.18°), la prescripción (art. 80° y ss.), el actuar en error de tipo o en error de prohibición (art. 14°), como las previstas en la parte especial que determinan la aparición de un tipo cualificado o privilegiado (por ejemplo, el homicidio piadoso en lugar del homicidio simple, art. 112°; el encontrarse bajo la influencia del estado puerperal, art. 110°; la relación de parentesco en los delitos contra la libertad sexual, art. 173° in fine y 184°). Es decir, *las circunstancias particulares que eximen o atenúan, no se comunican y sólo tienen alcance personal.* Por ejemplo, el partícipe no incluido entre los parientes por el art. 107° no respondería como partícipe en un delito de parricidio, sino de homicidio simple y viceversa, el hijo que instigara a un no pariente de dar muerte al padre de aquél, sería castigado como instigador de parricidio.

Es más fácil entender la complejidad del problema mediante casos prácticos, por ejemplo, si tenemos que:

A : es el Padre de C.
B : es la madre de C.
C : es el hijo.
D : es un tercero.

1° Caso: "D" instiga a "A" para que mate a "C". En este caso "A" comete el delito de parricidio -art. 107° del Código Penal- pero, "D" comete instigación de homicidio.

2° Caso: "D" instiga a "B" para que mate a su hijo recién nacido. En este caso "B" comete el delito de infanticidio -art. 110° del Código Penal- pero, "D" comete instigación de homicidio.

3° Caso: "C" instiga a "D" para que mate a "A". En este caso "D" comete el delito de homicidio -art. 106° del Código Penal- pero, "C" comete el delito de instigación al parricidio.

4° Caso: "C" y "D" se ponen de acuerdo -coautores- para matar a "A". Es este caso "C" comete parricidio y "D" homicidio.

5° Caso: "D" instiga a "A" -siendo "A" funcionario público" a que cometa el delito de concusión. "A" comete el delito de concusión (art. 382°), pero "D" comete instigación al delito de concusión. Este último caso debe tener en cuenta lo siguiente:

a) El Código Penal de 1924 se refería directamente a las "circunstancias y cualidades" de carácter personal pero, el Código Penal actual no dispone esa limitación, por lo que se puede entender, aunque este no sea el sentido que le quería dar el legislador, que ningún tipo de circunstancia o cualidad se puede trasmitir.
b) "A" tiene la cualidad especial de funcionario público por lo que comete el delito especial de peculado pero,

"D" es un tercero que actúa como partícipe en un delito especial. Por lo que, atendiendo al criterio de *unidad del título de la imputación* (delito de peculado) y de *accesoriedad de la participación*, "D" comete instigación al delito de peculado.

Así, se pueden dar muchas más hipótesis en las que, a pesar de tener el art. 26° del Código Penal, surgen dudas en la determinación de la responsabilidad de los sujetos.

Nuestro Código Penal establece lo que conocemos como delitos especiales, los cuales solo pueden ser cometidos por sujetos determinados, por contar éstos con atributos o calificaciones que los distinguen de los demás individuos. Por ejemplo: el delito de parricidio solo puede ser cometido por un ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, cónyuge o concubino.

Clases de delitos especiales:

1. **Impropios.-** Son aquellos delitos especiales que tienen correspondencia con un delito común, por ejemplo: el parricidio, tiene correspondencia con el delito de homicidio. El profesor Muñoz Conde[31] señala que, cuando el agente directo del delito tiene una característica especial y los partícipes no, todos responden por el delito especial, aunque no tengan esa calificación especial *(unidad del título de la imputación)*. Por ejemplo, el delito de malversación de fondos lo comete un funcionario publico, pero los partícipes en el mismo hecho también responden por el mismo delito, sobre la base del criterio de *unidad de título de la imputación*, aunque no tengan las cualidades específicas para cometerlo, se pueden presentar entonces las figuras de: instigación al delito de malversación o

[31] Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit., p. 515 - 516.

cooperación en el mismo delito por sujetos que no son funcionarios públicos. Otra hipótesis que se plantea surge cuando el ejecutante no tiene ninguna cualidad especial y comete un delito común como el hurto, todos los demás partícipes responderán de acuerdo a este delito, aunque alguno de ellos tenga una característica o calificación especial. Tan sólo en los casos de co-autoría entre un sujeto con características especiales y una persona sin ellas, cabe la posibilidad de que cada uno responda por separado del delito del que cada cual es autor.

En resumen, sobre la base de los criterios de *unidad del título de la imputación* y *accesoriedad de la participación,* podemos decir que en los delitos especiales impropios:

- Si el autor tiene característica o cualidades especiales y los partícipes no, todos son sancionados de acuerdo al delito especial cometido por el autor.
- Si el autor no tiene ninguna característica especial y uno de los partícipes sí, entonces todos son sancionados de acuerdo al delito realizado por el autor.
- Sólo en el caso de co-autoría entre un sujeto con características especiales y otro sujeto sin ellas; se sanciona independientemente a cada uno por el delito cometido. El primero por un delito especial y el segundo por un delito común. Por ejemplo: el funcionario público por malversación y el tercero por hurto.

2. **Propios.-** Son aquellos delitos especiales que no tienen correspondencia con un delito común. En estos casos el sujeto común sólo puede responder como partícipe del delito especial. Se presentan problemas en el caso de co-autoría entre un sujeto con características especiales y una persona normal sin ellas, el primero respondería por el delito especial, pero para el

segundo no existe tipo penal aplicable. Como propuesta de solución a este problema planteamos, que la existencia de co-autoría entre los sujetos implica la comisión de un solo delito sobre el cual tienen total dominio, por lo que deben responder por el mismo título de imputación, aunque uno de ellos no tenga las características o cualidades especiales.

4. Actuar en nombre de otro.

El art. 27° del Código Penal establece la institución del Actuar por otro:

> *"El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada."*

Este artículo trae a colación el problema de sí se puede establecer que una persona jurídica tenga o no responsabilidad penal, es decir se debe establecer quién responde por los hechos jurídicamente realizados por una persona jurídica, ya que resulta imposible obligar a responder penalmente a lo que no es otra cosa que un concepto jurídico. Lo que no podemos tolerar es que se dé un vacío en la punibilidad producto de la actuación de una persona jurídica.

El artículo del Código parte del supuesto de que el autor del delito actúa en nombre de la persona jurídica, tratando de esta manera de eludir su responsabilidad penal; quiere establecer entonces que la responsable sea la persona jurídica, ya que su actuar es en interés de ésta y no de él. El fundamento para la sanción del actuar en nombre de otro se centra en el principio de la equivalencia, tal como señala el

maestro BRAMONT ARIAS[32]: "la ley castiga a quien obrando en nombre de otro, no reúne las condiciones exigidas para ser sujeto activo por su conducta, pese a no ser sujeto cualificado, es equivalente a la del sujeto idóneo desde el punto de vista del contenido del tipo de lo injusto, o sea, no basta con que un sujeto actúe en nombre de otro y que lo haga como representante, sino que además su comportamiento debe revestir las características necesarias para que se considere equivalente a la del autor idóneo, lo que implica que se trata de sujetos que en virtud de su competencias dominan el ámbito de protección de la norma".

Debe quedar claro que las personas jurídicas para el derecho penal peruano no pueden considerarse sujetos activos de un delito y como es lógico no pueden tener responsabilidad penal; el único mecanismo de "sanción" que existe sobre ellas los encontramos en lo que conocemos como consecuencias accesorias -art. 105° del Código Penal-, que a fin de cuentas son medidas netamente administrativas.

La ubicación sistemática y la redacción del art. 27° no son las más adecuadas, como dice el profesor Bustos[33]: "sitúa el precepto en el problema de las personas responsables de delitos y faltas (autores y partícipes), cuando lo único de que se trata es de dar una regla sobre el sujeto activo y no sobre la participación o autoría, que como hemos visto son conceptos completamente diferentes; debería pues, estar entre los preceptos generales del Título II: Del hecho punible, Capítulo I: Bases de la punibilidad (arts. 11°-15°) del Código Penal". En esa misma dirección, se señala que el órgano de representación (persona física o conjunto de personas físicas que, por disposición de la ley o en virtud de los estatutos, quedan investidas de la función de representar la

---

32 Bramont Arias, Luis y Bramont-Arias Torres, Luis Alberto.- op. cit., p.217.

33 Bustos Ramírez, Juan.- " Manual de Derecho Penal – Parte General", 3° edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, p. 223

voluntad del ente) o socio representante (persona que realiza funciones de gestión y administración social con poder otorgado por ministerio de la ley o por designación de la autoridad competente) "es responsable como autor", y evidentemente que la regla de "actuar por otro" no es una regla de responsabilidad y menos aún, de una presunción (de iure) de responsabilidad, como surgiría de una lectura formal y estricta del precepto (ciertamente falsa, pues hay que relacionar sistemáticamente el art. 27° con los arts. 11° y 20° del Código Penal, etc.).

No podemos dejar de mencionar que si bien nuestro derecho penal se rige por la máxima: *Societas delinquere non potest* -no se puede sancionar a las personas jurídicas-, el progreso de la ciencia y el avance de la sociedad en general han traído como consecuencia lógica la aparición de nuevas formas de delito; surgiendo así el desarrollo del Derecho Penal Económico. En estas circunstancias cobra vital importancia la denominada *criminalidad de la empresa.* Conforme Silvina Bacigalupo[34]: "La empresa en sentido estricto, es decir, como unidad organizada y determinada por el fin económico, plantea otra clase de problemas: la influencia criminógena de la "actitud criminal de grupo", las dificultades de determinación normativa de las competencias, la imputación jurídico-penal y la averiguación del verdadero responsable, entre otros problemas". Así, la empresa ha cobrado gran importancia, siendo necesaria una regulación especial de carácter penal, con la que por el momento no contamos.

Por el momento y, sobre la base del principio *Societas delinquere non potest,* respecto de la sanción que se debe imponer a una empresa sólo podemos aplicar medidas administrativas o civiles. En este sentido, nuestro Código Penal dispone las Consecuencias Accesorias (art. 105°).

---

[34] Bacigalupo, Silvina.- "La Responsabilidad penal de las personas jurídicas", Editorial Bosch, Barcelona, 1998, p. 27.

CAPÍTULO XVII

LA REACCIÓN PENAL

1. Las Penas.

El rasgo distintivo del derecho penal es la aplicación de las penas. La pena viene a ser una manifestación directa del poder punitivo estatal, se aplica siempre y cuando se haya afectado –lesión o puesta en peligro- un bien jurídico y no viene a ser otra cosa que, una formalización de la violencia. Tal como señala Mir Puig[1]: " (...) la pena es un mal con el que amenaza el Derecho Penal para el caso de que se realice una conducta considerada como delito". Por consiguiente, la pena tiene un acento negativo y por ello siempre el carácter de mal, aunque en última instancia debe beneficiar al condenado, así Sandoval Huertas[2] al referirse al modelo teórico tanto de la expiación como de la retribución manifiesta que en ambos se empieza a decir que el reo es beneficiario del castigo pues, la tesis expiacionista y retribucionista suponen que el sentenciado como autor de un hecho punible recibe un beneficio a través de la ejecución de la pena y que, por ende, el mismo posee interés en que la sanción se haga efectiva. Tal suposición implica que sólo tras su reconciliación

---

1 Mir Puig, Santiago.- "Derecho Penal - Parte General", 5° edición, TECFOTO, Barcelona, 1998, p. 9.

2 Sandoval Huertas, Emiro.- "Penología. Parte General", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1982, p. 27.

con la divinidad (expiación) o con la colectividad (retribución) podría el sentenciado gozar de tranquilidad espiritual; de allí que a éste le afane expiar o retribuir el daño ocasionado con su conducta. Al respecto manifiesta Fernández Carrasquilla[3]: "La analogía de la pena con la medicina, efectuada por el positivismo preventivo-especial, es en verdad una mala analogía y dio lugar a una severa deshumanización del derecho penal y penitenciario al convertir al condenado en "objeto" de un tratamiento psicofísico y forzoso (de resultados inciertos frente a sus propios fines, pero muy ciertos en cuanto a la manipulación del cuerpo o la conciencia de la persona humana sometida a la famosa "pena final", que por definición se concreta a los fines de la prevención especial, es la pena retributiva, que por su carácter ético absoluto no persigue fin o utilidad alguna, como todo fenómeno moral, que vale por sí mismo, como imperativo categórico". La personalidad del delincuente no puede ser en caso alguno un fin de la pena, pues ella es justamente su tope. La pena sin duda recae sobre la persona, pero no puede dirigirse a manipular la personalidad".

Para la aplicación de una pena debe haberse configurado un delito, y éste se da cuando la conducta humana puede ser calificada como típica, antijurídica y culpable, además, deben haberse respetado los mecanismos procesales que rigen el debido proceso como garantía de la administración de justicia –garantía del Estado de Derecho-. La pena no es parte del delito sino una consecuencia de éste. Si bien el delito es un presupuesto de la pena, éste no es el único, dado que, la aplicación de la pena puede estar condicionada a la existencia de "las condiciones objetivas de punibilidad" o a la ausencia de una "excusa absolutoria", cabe destacar que éstas instituciones son excepcionales dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal.

---

[3] Fernández Carrasquilla, Juan.- "Derecho Penal Fundamental", T. II, Temis, Bogotá, 1989, p. 458.

La pena es una privación de bienes jurídicos[4] prevista en la ley, que es impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes al autor de un hecho delictivo y es, a su vez, un instrumento para la autoconstatación general del Estado y reafirmación de su existencia en forma general[5]. Así, uno de los puntos más importantes de la teoría del profesor Bustos Ramírez es el señalamiento de la relación entre la autoconstatación del Estado con la protección de bienes jurídicos, lo que implica una permanente revisión crítica del legislador y del magistrado, que implica examinar que es lo que quiere proteger el derecho penal[6].

No importa en que sentido se observe la pena, ésta siempre es un mal necesario. Lo que se pretende con la pena es evitar un mal mayor al ya cometido, a su vez, la pena debe ser la medida más económica en términos de daño social para solucionar el problema del delito.

El profesor Jakobs[7] nos dice: "La pena pública existe para caracterizar el delito como delito, lo que significa lo siguiente: como

---

4 El derecho penal busca proteger los bienes jurídicos, es decir proteger nuestra libertad de garantizar nuestra disponibilidad de los mismos dentro del marco social y, justamente, su forma de reacción clásica cuando se afecta un bien jurídico es la aplicación de la pena privativa de libertad; se presenta así una paradoja dentro del sistema penal que consiste en proteger nuestra libertad quitándonosla.

5 Bustos Ramírez y Hormazábal Malareé.- "Pena y Estado", en Papers, Rev. de Sociología, N° 13, Madrid, 1980, p. 121.

6 Vid. Bustos Ramírez: "mediante la pena el Estado al autoconstatarse (ideológicamente) ejerce la protección de un sistema, luego de los bienes jurídicos que ha fijado, en definitiva de las relaciones concretas que ha determinado. Por eso, la principal tarea dentro de un Estado democrático, y su diferencia con otras formas de Estado, reside en la constante revisión de la autoconstatación del Estado y consecuentemente de los bienes jurídicos protegidos, esto es, de las relaciones sociales fijadas". En: "Bases críticas de un nuevo derecho penal", Temis, Bogotá, 1982, p. 73.

7 Jakobs, Günther.- "Sobre la teoría de la pena", traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998, p. 16.

confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad (...) ¿Por qué iba a entregarse la sociedad a la ilusión de que previene delitos? Su configuración se ve confirmada y sigue siendo el esquema de orientación determinante, y ello tanto para la determinación de lo que es fidelidad al derecho como para la determinación del delito. Se previene algo, pero no un delito futuro cualquiera, sino que los delitos ya no se conciban como delitos; lo que se previene, por lo tanto, es la erosión de la configuración normativa real de la sociedad. La pena pública es el mantenimiento del esquema de interpretación válido públicamente". El profesor Jakobs nos dice entonces que, los sujetos tienen expectativas dentro de la sociedad, las cuales deben desarrollarse normalmente, pero cuando se produce una decepción respecto de esa expectativa, es decir se quiebra, se ha cometido un delito, el cual afecta el orden jurídico de la sociedad. Al cometerse el delito se ha infringido la norma dispuesta por la sociedad, se rompe el orden social, motivo por el cual se debe recurrir a la pena, con el fin de reestablecer el orden y confirmar los valores dispuestos por la sociedad. La pena, sirve entonces para confirmar el valor de la norma. Como vemos, lo más importante es la protección de la norma.

Se debe distinguir entre la función y los fines de la pena[8]:

---

[8] Vid. Serrano-Piedecasas Fernández: "Una cosa es, por tanto, el fin de la pena y otra las funciones de la misma. La primera cuestión responde a la pregunta "para qué sirve la pena", condicionando el fundamento y legitimación de la pena, y también el tipo y medida de la pena concreta a imponer al sujeto particular que ha cometido un delito. La segunda cuestión atañe al análisis empírico-social descriptivo acerca de "los efectos de la pena en sociedad", junto al efecto necesario para la supervivencia del sistema de referencia. Así, por ejemplo, es importante señalar que una cosa son los fines del Derecho Penal (nivel del "debe ser"), que pueden servir para legitimarlo; y otra cosa las funciones que este cumple realmente (nivel del "ser"). Desde este punto de vista descriptivo se dice que las funciones del Derecho Penal, (que no sólo no lo legitiman, sino que más bien hacen todo lo contrario), son: la de carácter ético-social, la simbólica y la de satisfacción de necesidades de psicología social". En: "Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal", Editorial Gráfica Horizonte, Lima, 1999, p. 56.

- La función es la razón última e ideal por la que la pena se impone -a nivel del *debe ser*-. El derecho no puede ni debe pretender realizar la justicia en la tierra, porque ello representaría una insoportable injerencia en la libertad del hombre; debe limitarse a ordenar la convivencia externa de los hombres del modo menos gravoso para sus derechos y libertades. O sea, la función primordial de la pena es la tutela jurídica buscando la resocialización del delincuente. Actualmente, dentro de la función de la pena debemos incluir los intereses de la víctima, este sentido el profesor Hassemer[9]: "(...) Con la atención a la víctima se añade algo más al concepto normativo; a saber, la rehabilitación de la persona lesionada, la reconstrucción de su dignidad personal, el trazado inequívoco de la línea entre un comportamiento justo y uno injusto, la constatación ulterior para la víctima de que, efectivamente, ha sido una víctima (y no un delincuente ni tampoco el protagonista de un simple accidente)". Tal como señaló el profesor Antolisei[10]: "Por función de la pena se entiende la acción, o, mejor aún, *la eficacia de la pena*: en otros términos, los efectos que produce y en vista de lo que es adoptada por el Estado. Tales efectos pueden dirigirse hacia el pretérito o hacia el futuro. De los primeros surge la idea de represión; de los segundos, *la de prevención*".
- El fin: son los objetivos empíricos e inmediatos -a nivel del *ser*- a los que la pena, para cumplir su función ha de hallarse dirigida, esto es, la prevención general y la prevención especial, las cuales manifiestan también la utilidad de la pena, es decir se busca que el sujeto se abstenga de cometer delitos.

---

9 Hassemer, Winfried.- "Persona, Mundo y Responsabilidad - Bases para una Teoría de la Imputación en Derecho Penal", traducción de Francisco Muñoz Conde y Mª del Mar Díaz Pita, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 198.

10 Antolisei, Francesco.- "Manual de Derecho Penal - Parte General", traducción directa del italiano por Juan del Rosal y Angel Torio, UTEHA, Buenos Aires, 1960, p. 501.

Nuestro Código Penal acepta la retribución como fundamento de la pena (art. IX del TP del CP) y la responsabilidad como su límite (arts. 45°, 46° y 46°-A del CP), pero entiende que funcionalmente la pena no se agota en el castigo, sino que también ha de prevenir la comisión de otros delitos por parte de los demás asociados (prevención general, intimidación disuasoria), proteger a la sociedad de la capacidad delictiva del culpable, a la víctima[11] del redoblamiento del ataque y al propio delincuente de la venganza pública y privada y, en fin, resocializar al penado por medio de la ejecución humanitaria de la pena, sin violentar su oportunidad de participar voluntariamente en estudios y trabajos readaptadores y remunerados.

2. Características de la Pena (Principios).

La aplicación de la pena a una persona debe reúne ciertas características:

a. **Principio de Personalidad de las penas**.- El proceso penal ha de haber investigado y juzgado a una persona determinada, tal como lo establece el Código de Procedimientos Penales, y es a ésta, luego de haberla encontrado responsable del delito, a la que se sanciona con una pena. El juzgamiento, por tanto, es personal, y lo que se persigue es, la rehabilitación y reincorporación del individuo a la sociedad. No cabe, bajo ninguna circunstancia, que otra persona reemplace al sentenciado porque al que se quiere rehabilitar es a éste. Por

[11] Cuando un sujeto es víctima de un ataque, toda la sociedad es víctima del hecho, no en forma directa pero, si en forma indirecta, dado que, se atenta contra el orden social (tranquilidad social) que queremos alcanzar. Vid. Hassemer: "El Código Penal protege los bienes jurídicos sin cuyo reconocimiento sería imposible la convivencia en la actualidad según nuestra concepción normativa social y nuestra configuración democrática: las garantías fundamentales de los presupuestos de la dignidad humana, sobre todo la vida, la libertad, la salud, el honor, el patrimonio y las condiciones necesarias de una socialización al mismo tiempo libre y exitosa." Op. cit., p. 199.

ejemplo: no se puede aceptar que la madre de Juan cumpla una condena por el delito cometido por su hijo. Ahora, esta característica nos parece elemental, pero este principio es el resultado del progreso humano, dado que, en épocas pasadas la pena se imponía a personas extrañas al hecho delictivo: a personas que integraban un grupo social o a la familia del procesado.

b. **Principio de Proporcionalidad de las penas**.- Este principio es una consecuencia del carácter retributivo de la pena, entendiéndose la retribución en un sentido amplio como la respuesta que da el ordenamiento jurídico penal debido a la comisión de un delito, por lo que, la pena que se imponga debe tener un correlato lógico con el delito que se ha cometido, así lo establece el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, el que señala: *"La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)"*. En este sentido, el profesor Carnelutti[12] señala: "(...) de aquí que se introduzca en la determinación de la pena un elemento de equilibrio entre ambos términos: pena y delito. En el lenguaje corriente diríamos que la pena no debe ser sólo *ejemplar*, sino *retributiva*. Quizá se descubran mejor las raíces de la cuestión observando que la pena, para producir el máximo rendimiento con el mínimo esfuerzo, debe ser *justa*. Ni demasiado leve, porque no produce efecto; ni demasiado grave, porque cuesta mucho. No tenemos necesidad de añadir que, al hablar del costo de la pena, nos referimos, más que al presupuesto financiero de su aplicación, al daño social irrogado por el sacrificio que impone al individuo (...)".

---

[12] Carnelutti, Francesco.- "Teoría General del Delito", traducción del italiano por Víctor Conde, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, p. 8.

La correcta aplicación del Principio de Proporcionalidad de las Penas, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, debe tener en cuenta los arts. 45°, 46° y 46°-A del CP, los cuales establecen:

Art. 45°.- *"El Juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:*

1. *Las carencias sociales que hubiera sufrido el agente;*
2. *Su cultura y sus costumbres;*
3. *Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen."*

Art. 46°.- *"Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando específicamente:*

1. *La naturaleza de la acción;*
2. *Los medios empleados;*
3. *La importancia de los deberes infringidos;*
4. *La extensión del daño o peligro causados;*
5. *Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión;*
6. *Los móviles y fines;*
7. *La unidad y pluralidad de agentes;*
8. *La edad, educación, situación económica y medio social;*
9. *La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;*
10. *La confesión sincera antes de haber sido descubierto; y*
11. *Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.*

El Juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima."

Art. 46°-A.- *"Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal si el sujeto activo se aprovecha de su condición de miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, 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 la pena privativa de libertad temporal establecida en el art. 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".

c. **Legal**.- La pena antes de su aplicación debe ser conocida, encontramos aquí una de las manifestaciones del Principio de Legalidad, que en el art. II del Título Preliminar del Código Penal señala:

"*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".*

Esto debe ser complementado con el Principio de Ejecución Penal establecido en el art. VI del Título Preliminar, que dice: *"No puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos que la desarrollen. En todo caso, la ejecución de la pena será intervenida judicialmente".*

Los artículos antes mencionados del Título Preliminar del Código Penal tienen como base lo dispuesto por el art. 139° núm. 3 de nuestra Constitución Política de 1993:

"Son principios y derechos de la función jurisdiccional: ...3) La observación del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación".

En síntesis, la aplicación de la pena está estrictamente definida por la ley, lo que nos lleva a decir que las penas sólo pueden aplicarse a los casos expresamente establecidos en la ley *-nullum crimen sine lege-* y, sólo pueden imponerse las penas previstas y permitidas por la ley *-nullum poena sine lege-*. Además, la imposición de la pena es competencia de una autoridad judicial que le da al sujeto las garantías de un debido proceso.

3. Clasificación de la Penas.

Existen diversos criterios para la clasificación de las penas, a continuación presentamos los más importantes:

a. Según su naturaleza:

a.1. **Corporales**.- Se basan en el castigo físico hacia la persona que ha cometido el hecho reprochable, es decir recae sobre la vida, el cuerpo o la salud de la persona. Entre estas penas encontramos: la muerte, la mutilación, el tormento, la marcación a fuego y los azotes, de las cuales, en nuestro ordenamiento jurídico, subsiste la pena de muerte en el caso de traición a la patria en caso de guerra exterior y el terrorismo (art. 140° de la Constitución Política del Perú).

La doctrina moderna no acepta las penas de naturaleza corporal, sin embargo, existen comunidades pequeñas que

tienen sus propias reglas y costumbres en donde el castigo físico al delincuente tiene un carácter central.

a.2. **Infamantes**.- Son aquellas que afectan el honor del delincuente, es decir, lo estigmatizan.

a.3. **Privativa de libertad**.- Están destinadas a limitar la libertad ambulatoria del sujeto de una manera rigurosa. Este tipo de pena está recogida en el art. 29° del Código Penal, donde se señala que:

"La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso tendrá una duración mínima de 2 días y una máxima de 35 años".

En el artículo transcrito encontramos dos supuestos completamente diferentes; el primero donde el sujeto cumple su pena y recupera su libertad y, por tanto, según los fines de la pena ha sido resocializado y; el segundo, donde el sujeto no va a recuperar en ningún momento su libertad, por lo que, la función de la pena -art.IX del T.P. del C.P.- no se cumple y, a final de cuentas, el sistema penal está aceptando que existen personas que no puede resocializar, lo cual demuestra un alto grado de ineficiencia.

a.4. **Restrictivas de la libertad**.- limitan la libertad ambulatoria de la persona de una manera menos rigurosa. Nuestro Código Penal las regula en el art. 30°:

"Las penas restrictivas de la libertad son:

1.- La expatriación, tratándose de los nacionales; y,

2.- La expulsión del país, tratándose de los extranjeros. Ambas se aplican después de cumplida la pena privativa de libertad. La primera tiene una duración máxima de diez años."

Un ejemplo de este tipo de pena es el delito de narcotráfico (art. 303°), donde se señala que el extranjero luego

de cumplir su pena será expulsado y prohibido de reingresar al país -de por vida-.

La medida de expatriación resulta contraria a las estipulaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos. El art. 22° núm. 5 del Pacto de San José de Costa Rica señala que: *"Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo"*.

a.5. **Penas limitativas de derechos**.- Este tipo de pena priva de ciertos derechos al sujeto que se le impone. Nuestro Código Penal establece en su art. 31° que:

"Las penas limitativas de derechos son:

1.- Prestación de servicios a la comunidad;

2.- Limitación de días libres; e,

3.- Inhabilitación."

Al respecto debemos decir que los dos primeros casos en la actualidad casi no se aplican debido a una falta de reglamentación adecuada, en cambio el tercer caso es muy común y tiene una gran variedad de supuestos que son señalados en el art. 36° del Código, pueden privar de derechos políticos, sociales y profesionales.

a.6. **Pecuniarias.-** Este tipo de pena afecta al patrimonio del condenado y debe estar de acuerdo a la capacidad económica de la persona. La multa implica el pago de una cantidad de dinero que el condenado debe realizar a favor del Estado, por haber sido autor o partícipe de un hecho punible[13].

Nuestro Código Penal señala el sistema de días-multa. El día-multa, tal como señala el art. 41°, es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina

[13] Prado Saldarriaga, Víctor.- "Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú", Gaceta Jurídica S.A, Lima, 2000, p. 53.

atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.

b. Según su gravedad.

Nuestro Código Penal hace la distinción entre **delitos y faltas**. En el caso de los delitos las penas son más graves que las faltas, además, se debe tener en cuenta que los procesos penales pueden ser de dos tipos, de acuerdo al Código de Procedimientos Penales son: ordinarios o sumarios; los procesos ordinarios están destinados para los casos más graves y por tanto tienen una pena mayor.

c. Según su autonomía.

De acuerdo a este criterio, existen dos clases:

c.1. **Principales**.- son las que la ley determina para un caso en específico y cuya imposición no depende de otra pena, es decir, son autónomas. Por ejemplo: la pena privativa de libertad.

c.2. **Accesorias**.- Su aplicación depende o está subordinada a la imposición de una pena principal, ya sea porque la ley lo dispuso así o porque el juzgador lo a dispuesto para el caso concreto. Por ejemplo: la inhabilitación - arts. 39° y 40°-.

d. Según su aplicabilidad.

De acuerdo al modo de conminar las penas o forma en que se ponen a disposición del Juez, las penas se clasifican en:

d.1 **Únicas.-** Cuando existe solo una pena principal para el delito y no hay opción para el juzgador, por ejemplo: la pena privativa de libertad en el delito de homicidio.

d.2 **Conjuntas o copulativas**.- cuando la ley amenaza la ejecución de un delito con dos o más penas que el Juez debe imponer conjuntamente, cosa que, desde luego, ocurre siempre cuando existe la obligación de irrogar, además de la principal, una accesoria, pero también en otras situaciones, por ejemplo: pena privativa de libertad y multa, en las lesiones menos graves (art. 122°).

d.3 **Paralelas**.- cuando el Juez debe escoger entre las formas de aplicación de la misma especie de pena, pues éstas no se pueden imponer acumulativamente, es decir cuando ambas penas se enfocan en el mismo bien jurídico; por ejemplo: la prestación de servicios a la comunidad y limitación de días libres, ambas son limitativas de derechos.

d.4 **Alternativas**.- cuando se puede elegir entre penas de naturaleza diversa, es decir que afectan bienes jurídicos diferentes, por ejemplo: pena privativa de libertad o prestación de servicios comunitarios en el delito de auto-aborto (art. 114°).

4. La Pena de Muerte.

El tema de la pena de muerte siempre ha originado preocupación, no solo en el mundo del derecho sino también en la religión, la filosofía, la ciencia, el arte, etc. La cultura en general se define por las concepciones vigentes sobre la vida y la muerte.

La enciclopedia jurídica OMEBA[14] dice: "La pena de muerte es la sanción jurídica capital, la más rigurosa de todas, consiste en quitar la vida a un condenado mediante los procedimientos y órganos

[14] Enciclopedia Jurídica OMEBA, T. XXI, Bibliográfica OMEBA editores-libreros, Buenos Aires, 1964, p. 973.

de ejecución establecidos por el orden jurídico que la instituye. Por sus caracteres esenciales puede ser definida como: *destructiva*, en cuanto al eliminar de modo radical e inmediato la existencia humana no permite enmienda, reeducación, ni resocialización alguna del condenado; *irreparable*, en cuanto su aplicación, en el supuesto de ser injusta, impide toda posterior reparación; y *rígida*, toda vez que no puede ser graduada, ni condicionada, ni dividida".

La pena de muerte es la eliminación de una vida por mandato de la sociedad, traducida en una ley, cuya voluntad expresada por medio de una sentencia emitida por el Poder Judicial, significa la más rotunda negación de la dignidad humana, que proclaman los juristas, los filósofos y los demás estadistas. Como sabemos, el hombre está a la cabeza de los seres del mundo porque es persona, y la persona es un sistema centrado en sí mismo para existir y para obrar, esto es: fin en sí mismo, y de ninguna manera, medio o instrumento para alcanzar otros fines.

Si el hombre es el centro y la fuente del derecho, él es el verdadero destinatario de las normas, la destrucción de su vida significa la exclusión del ser humano del propio ordenamiento que ha creado, es decir, es la negación misma del derecho. No puede entenderse que el hombre cree algo, a lo cual él mismo da sentido y, posteriormente a su creación esto –el ordenamiento jurídico- lo elimine.

Como sabemos la pena esta destinada a dos puntos fundamentales:

a) Resocializar al agente que ha cometido un delito para reinsertarlo en la sociedad.
b) La defensa del ordenamiento jurídico, es decir la protección de la sociedad.

Al aplicarse la pena de muerte se demuestra que nuestro ordenamiento jurídico está fallando, pues considera que hay sujetos

que no pueden ser resocializados o que no cuenta con la suficiente técnica para lograrlo; esto es, el mayor fracaso. Debemos preguntarnos si: ¿La sociedad necesita matar en legítima defensa?. La defensa de la sociedad no puede justificar la eliminación de los individuos, como decía Voltaire: "por malvado que sea un hombre, será más útil vivo que muerto, si se le separa de la sociedad y se le hace trabajar". Además, si mal está que un sujeto mate a otro, peor es que la sociedad mate a un sujeto.

Existen diferentes posiciones para fundamentar la pena de muerte:

1) Surge para proteger la sociedad.
2) La debilidad de otras penas propuestas para reemplazarla, la hacen indispensable. Se comienza a considerar que es la única sanción verdaderamente apta para combatir eficazmente las formas más graves de delincuencia.
3) Es justa cuando es proporcional al delito.
4) Tiene un fin preventivo general, intimida a otros delincuentes y a los individuos en general.
5) Se elimina a todo elemento peligroso para la sociedad.

Entre los fundamentos para abolir la pena de muerte tenemos:

1) Se produce un daño irreparable, es decir la muerte de la víctima.
2) Los jueces pueden equivocarse, es decir un error judicial.
3) La muerte impide la resocialización del condenado, es decir se incumple con uno de los fines de la pena.
4) Que en lugar de intimidar para que no se cometan nuevos delitos, se produce un efecto contrario que incita a delinquir.

Se ha demostrado que la pena de muerte no cumple un fin

preventivo, pero si así lo hiciese cabría preguntarnos si es justo destruir la vida de un hombre para atemorizar a los demás. Fue en Inglaterra (aproximadamente en 1949), mediante un trabajo de campo, que se demostró que la pena de muerte no produce efectos intimidatorios.

Llevando la hipótesis al extremo, si la pena de muerte cumpliera un efecto intimidatorio, se la debería establecer para cualquier tipo de infracción, y de esta manera no se cometería ningún daño dentro del ordenamiento jurídico, pero se llegaría a casos absurdos, por ejemplo: un conductor que se pasa una luz roja, sabiendo que le van a aplicar la pena de muerte por ese acto, se dirige a las casas de sus diferentes enemigos y los comienza a matar, pues como de todas maneras va a morir no le importa en lo más mínimo. No se puede tomar, entonces la aplicación de la pena de muerte en términos absolutos.

La Constitución Política del Perú (art. 140°) establece la pena de muerte en los siguientes supuestos:

a. En caso de traición a la Patria en caso de guerra.
b. En caso de terrorismo.

Respetando siempre las leyes y los tratados internacionales de los que el Perú es parte obligada. Debemos señalar que nuestro Código Penal no establece la pena de muerte como una de sus alternativas.

Ha variado nuestra Constitución Política de 1993 respecto a la de 1979. La Constitución de 1979 establecía en su art. 235°: *No hay pena de muerte, sino por traición a la Patria en caso de guerra exterior*; mientras que la Constitución de 1993, en su art. 140°, dice: *La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la Patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada.* Esta variación es relevante porque conforme a la legislación vigente se ha ampliado los supuestos:

1. La Constitución de 1993 ya no señala, a diferencia de la Constitución de 1979, que tiene que ser *traición a la Patria en caso de guerra exterior*, es decir con otro país, sino establece simplemente en caso de *guerra*; con lo cual se ha ampliado el supuesto y, por tanto, se podría incluir el caso de la guerra interna.
2. La Constitución de 1993 agrega que se puede aplicar la pena de muerte en el delito de terrorismo.

Estas ampliaciones responden a una política represiva en extremo respecto del terrorismo surgido en el país, es decir, el Estado quiere satisfacer la demanda social de aplicación de la pena de muerte a los terroristas por los graves atentados que éstos producen. Pero, estas ampliaciones en la Constitución de 1993 sólo tienen un carácter simbólico porque el Perú a suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica, firmada en la ciudad de San José de Costa Rica, el veintidós (22) de noviembre de 1969. Esta Convención dispone en su Parte I: Deberes de los Estados y Derechos Protegidos, Capítulo II: Deberes Civiles y Políticos:

Artículo 4°: Derecho a la Vida.

1. *Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.*
   Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
2. *En los países que no han abolido la pena de muerte ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito.* ***Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se le aplique actualmente.***
3. *No se establecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.*

4. *En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos* ***ni comunes conexos con los políticos.***
5. ***No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieron menos de dieciocho años de edad o más de sesenta****, ni se le aplicará a las mujeres en caso de gravidez.*
6. *Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante la autoridad competente.*

Al examinar este artículo, observamos que nuestro ordenamiento jurídico no puede establecer la pena de muerte en caso de guerra interna y tampoco puede aplicarla al delito de terrorismo, pues al momento de suscribir el Pacto de San José de Costa Ricas se obligó, conforme el art. 4° núm. 2 a no aplicarla a delitos a los cuales no se le aplique actualmente, es decir, no se pueden ampliar supuestos, sólo se los puede reducir. Por otro lado, debemos recordar la modificatoria dada por el Dec.Ley N° 25564 (actualmente derogada), del 17 de junio de 1992, que modificaba el art. 20° inc. 2 estableciendo:

Esta exento de responsabilidad penal:

2.- *El menor de 18 años, con excepción de aquel que sea autor o haya participado en hechos tipificados como delitos de terrorismo, en cuyo caso será menor de 15 años.*

Como vemos el Estado pretendía aplicar el derecho penal a los menores de quince (15) años que cometieran el delito de terrorismo e, incluso, conforme a la Constitución de 1993 se podría aplicar la pena de muerte, lo cual a todas luces contradice la Convención. Afortunadamente, este decreto ley fue derogado y reemplazado por la

Ley N° 26447, de 21 de abril de 1995, y el artículo volvió a su disposición de origen que establece:

"Esta exento de responsabilidad penal:

2.- El menor de 18 años."

Todos estos cambios dentro de la legislación peruana responden a la desesperación de la sociedad por defenderse del terrorismo. En resumen, podemos decir que la pena de muerte no puede ser aplicada al delito de terrorismo y, el único camino que le quedo al Estado fue aplicar una política de elevación de penas, conforme el Dec.Leg. N° 895[15], de 23 de mayo de 1998, en donde también se incluye en la quinta disposición transitoria la pena de cadena perpetua, quedando el art. 29° del Código Penal: *"La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso, tendrá una duración mínima de 2 días y una máxima de 35 años"*; afortunadamente, este texto ha sido prácticamente derogado.

En conclusión, la pena de muerte no es la solución a los conflictos. El derecho debe buscar medios alternativos como son la pena privativa de libertad e incluso la cadena perpetua, aunque ésta última presenta problemas propios como no cumplir con el fin resocializador de la pena.

5. Pena Privativa de Libertad.

Como su nombre lo dice, esta pena consiste en privar de la libertad a una persona, entendiendo libertad referido al carácter ambulatorio, es decir, a la movilidad con que normalmente se desenvuelve la persona, esta medida sólo se da cuando el sujeto ha cometido un delito considerado por el ordenamiento jurídico como grave.

---

[15] Actualmente, el Dec. Leg. N° 895 ha sido modificado por la Ley N° 27235 publicada el 20/12/99, pero no existe una derogación absoluta.

A lo largo de la historia ha quedado demostrado la ineficacia de este tipo de pena, sin embargo, en nuestro país se ha optado por una política que tiende a elevar el margen de la pena privativa de libertad, en la creencia –errónea- de que con una mayor pena se van a solucionar los problemas referidos a la delincuencia. Incluso, actualmente, tenemos la llamada cadena perpetua que no es otra cosa que una prueba de la ineficacia de todo nuestro sistema penal, ya que el fin de la pena se pierde y fracasa al aceptar que no puede resocializar al delincuente.

Tal como señala el profesor Prado Saldarriaga[16]: "En la actualidad y pese a existir un Código de Ejecución Penal inspirado en la idoneidad del tratamiento y el humanismo, la pena privativa de libertad se ejecuta en ambientes donde reinan la anarquía, la promiscuidad, la explotación, la enfermedad y el hambre. Realidad tan cruel que convierte en sádica ironía las aspiraciones de reinserción social proclamadas en la Constitución, y en el Código de Ejecución Penal".

La pena privativa de libertad, tal como señala el art. 29° del Código Penal[17], puede ser de dos clases: con carácter temporal y de cadena perpetua. Cuando es temporal, puede tener una duración entre 2 días y 35 años, la graduación se da sobre la base de los parámetros que establece el Código para los distintos delitos teniendo siempre en cuenta los caracteres del sujeto -edad, costumbres, educación- y las circunstancias en que se realizó el hecho -durante la noche, por dos o más personas, etc.-, la mira de la pena en este caso está destinada a

---

16 Prado Saldarriaga, Víctor.- "Comentarios al Código Penal de 1991", Editorial Alternativas, Lima, 1993, p. 54.

17 Artículo 29° del Código Penal: "*La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso tendrá una duración mínima de 2 días y una máxima de 35 años.*"

lograr la resocialización del individuo mediante tratamientos individuales y grupales. La cadena perpetua, se aplica en los delitos más graves como son el terrorismo y la violación entre otros. Con este tipo de pena se le quita al individuo la esperanza de vida en sociedad y queda relegado al ambiente de la prisión, perdiendo de esta forma cualquier deseo por resocializarse. En este sentido el profesor César San Martín[18] dice: "La ejecución de la pena privativa de libertad corresponde al Instituto Nacional Penitenciario. A la Administración Penitenciaria compete ubicar al interno en el correspondiente Establecimiento Penitenciario (art. 2° del Código de Ejecución Penal)[19]. Según el art. IV del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal[20], el tratamiento penitenciario, esto es, las medidas o influencias dirigidas a modificar o reorientar la conducta criminal del interno, se realiza mediante el sistema progresivo; a su vez el tratamiento penitenciario, que consiste en la utilización de una serie de métodos interdisciplinarios en orden a la reeducación, rehabilitación y reincorporación del interno a la sociedad (art. 60°)[21], es individualizado y grupal, a tenor de lo dispuesto en el art. 61° [22]".

---

18 San Martín Castro, César.- "Derecho Procesal Penal", Vol. II, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 1999, p. 1094.

19 Artículo 2° del Código de Ejecución Penal: *"El interno ingresa al Establecimiento Penitenciario sólo por mandato judicial, en la forma prevista en la ley. Es ubicado en el Establecimiento que determina la Administración Penitenciaria".*

20 Artículo IV del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal: *"El tratamiento penitenciario se realiza mediante el sistema progresivo".*

21 Artículo 60° del Código de Ejecución Penal: *"El tratamiento penitenciario tiene como objetivo la reeducación, rehabilitación y reincorporación del interno a la sociedad".*

22 Artículo 61° del Código de Ejecución Penal: *"El tratamiento penitenciario es individualizado y grupal. Consiste en la utilización de métodos médicos, biológicos, psicológicos, psiquiátricos, pedagógicos, sociales, laborales y todos aquellos que permiten obtener el objetivo del tratamiento de acuerdo a las características propias del interno".*

6. Penas alternativas a las penas privativas de libertad de corta duración: Suspensión de la Ejecución de la Pena, Reserva del Fallo Condenatorio, Exención de la pena.

La progresiva humanización de las ideas penales y el aumento del nivel económico en los países desarrollados, han llevado a considerar, hoy en día, que la pena privativa de libertad es excesiva en muchos casos. Ello ha determinado a luchar contra la duración máxima de la pena privativa de libertad, y a propiciar la implantación de las penas de corta duración[23]. Pero éstas también han entrado en "crisis" y hay la necesidad de evitarlas por dos razones, como señala Mir Puig[24], porque por un lado, "antes desocializan que favorecen la resocialización, puesto que permite ya el contagio del pequeño delincuente al entrar en contacto con otros más avezados y en cambio no posibilitan el tiempo necesario para emprender un tratamiento eficaz" y, por otro, "las penas cortas de prisión se prevén para delitos poco graves, para los cuales bastarían penas menos traumáticas".

Respecto a la duración mínima de la pena privativa de libertad, el Código consigue eliminarla en gran parte con su conversión en multa, prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres (art. 52°), suspensión de la ejecución de la pena (art. 57° y ss.), la reserva del fallo condenatorio (art. 62° y ss.), la exención de pena (art. 68°), los servicios a la comunidad (art. 34°), limitación de días libres (art. 35°).

---

23 El Instituto Interamericano de Derechos Humanos dice: "No puede sostenerse que una privación de libertad tenga los fines prescritos por la Convención Americana cuando está claro que provoca un deterioro psíquico irreversible. Simplemente, pasado cierto límite, se convertirá en una forma de inutilizar a una persona, es decir, una pena física o corporal. No sería tolerable ante la opinión que el deterioro se lo provoque mediante neurosis eléctrica de tejido nervioso, pero es más disimulado cuando lo provoca mediante una institucionalización deteriorante. Creemos que no es necesario insistir en lo que estos límites altos significan desde el punto de vista de los Derechos Humanos, luego de esta reflexión (sic)". Sobre esta base nos permitimos recomendar penas privativas de libertad que no superen los 15 años.

24 Mir Puig, Santiago.- op. cit., pp. 716 - 717.

Suspensión de la Ejecución de la pena.

Nuestro Código Penal la establece en el art. 57°[25] Esta medida tiene como presupuesto básico el hecho de que el sujeto debe haber sido condenado a una pena privativa de libertad, y se aplica siempre que se den los siguientes requisitos:

a. La pena privativa de libertad impuesta no debe ser mayor de cuatro (4) años.
b. La medida debe asegurar que el sujeto no cometerá un nuevo delito.

Esta medida va acompañada por las reglas de conducta que dicta el Juez sobre la base del art. 58°[26] del Código Penal. La duración máxima de este tipo de medida es de tres años. Para aplicarse esta figura el Juez al momento de pronunciar la sentencia condenatoria debe expresar los fundamentos en que se apoya y los antecedentes que dan base a su convicción. En cambio, la denegación del beneficio

---

25 Artículo 57° del Código Penal: "*El Juez podrá suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:*
1.- Que la condena se refiera a pena privativa de libertad no mayor de cuatro años; y
2.- Que la naturaleza, modalidad del hecho punible y la personalidad del agente hiciera prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito.
El plazo de suspensión es de uno a tres años."

26 Artículo 58° del Código Penal: "*El Juez al otorgar la condena condicional, impondrá las siguientes reglas de conducta:*
1.- Prohibición de frecuentar determinados lugares;
2.- Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez;
3.- Comparecer personal y obligatoriamente al Juzgado, para informar y justificar sus actividades;
4.- Reparar los daños ocasionados por el delito, salvo cuando demuestre que está en incapacidad de hacerlo;
5.- Que el agente no tenga en su poder objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito; y
6.- Los demás deberes que el Juez estime convenientes a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado."

sólo requiere ser fundamentada cuando el reo lo ha solicitado expresamente. La suspensión de la pena puede darse de oficio o a petición de parte.

La opinión dominante de la doctrina, considera que la suspensión de la ejecución de la pena, dada la configuración jurídica, sólo es una modificación de la ejecución de la pena; otros, como Maurach, Kaufmann, Bockelmann, la consideran como una medida de corrección; y otros, como Jescheck, la estiman como un medio autónomo de reacción jurídico-penal que tiene varias posibilidades de eficacia, por un lado, es pena, en tanto que se condena a una pena privativa de libertad; y, por otro, es un medio de corrección cuando va unida con determinadas obligaciones que sirven para reparar el ilícito cometido, como multas administrativas y otras prestaciones socialmente útiles; también se aproxima a una medida de ayuda social, cuando se dan instrucciones que afectan al futuro comportamiento del condenado, especialmente cuando se le pone bajo el control y dirección de una persona encargada de ayudarle durante el período de prueba; y, por último, tiene un aspecto socio-pedagógico activo en cuanto estimula al condenado para que sea él mismo quien con sus propias fuerzas pueda, durante el período de prueba, reintegrarse en la sociedad.

La suspensión de la ejecución de la pena responde al principio de no-necesidad de ejecución de la pena. Desde el punto de vista teórico, la suspensión de la pena se justifica únicamente por una necesidad preventiva, esto es, la ejecución de una pena no es necesaria desde el punto de vista preventivo especial cuando puede conseguirse también con su suspensión que el sujeto no vuelva a delinquir, y desde el punto de vista preventivo general, el efecto intimidatorio se consigue también con la simple amenaza de ejecución de la pena impuesta si el sujeto vuelve a delinquir durante el período de prueba.

Reserva del Fallo Condenatorio.

Esta medida está regulada entre los arts. 62° y 67° del Código Penal[27] y tiene, como presupuesto para su aplicación, que el sujeto es responsable de haber cometido un delito. Esta medida sólo se puede dar si se cumplen con alguno de los siguientes requisitos:

a. La pena privativa de libertad, por el delito que se ha cometido no puede ser mayor a los 3 años o con multa, o
b. Cuando la pena a imponerse no es mayor a 90 jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres; o
c. Cuando la pena a imponerse no sea mayor a 2 años de inhabilitación.

Esta medida tiene un carácter facultativo de parte del Juez. Cuando se aplica, el Juez obvia la parte resolutiva de la sentencia, sólo dicta la parte expositiva y considerativa. Su aplicación va acompañada del cumplimiento de ciertas reglas de conducta de acuerdo al art. 58° del Código Penal. En este sentido el profesor Prado Saldarriaga[28]: "En términos concretos la medida supone que en la sentencia se declara formalmente la culpabilidad del procesado, pero éste no es condenado ni se le impone, por tanto pena alguna".

---

27 Artículo 62° del Código Penal: "*El juez podrá disponer la reserva del fallo condenatorio cuando la naturaleza, modalidad del hecho punible y personalidad del agente, hagan prever que esta medida le impedirá cometer un nuevo delito.*
La reserva será dispuesta:
1.- Cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa;
2.- Cuando la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres; o
3.- Cuando la pena a imponerse no supere los dos años de inhabilitación".

28 Prado Saldarriaga, Víctor.- "Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú", op. cit., p. 202.

El profesor San Martín[29] señala: "La *reserva del fallo condenatorio*, igualmente, importa la imposición de reglas de conducta por un plazo determinado, no mayor de tres años (art. 62° *in fine* CP). Esta medida especial, a diferencia de la condena condicional, no se inscribe en el Registro Central de Condenas (art. 63° CP)[30]. Por otro lado, también está sujeta a revocación, prórroga del régimen de prueba y advertencia o amonestación (arts. 65° y 66° CP)[31]. En estos casos, el Juez de la ejecución, al igual que el supuesto precedente, abrirá el *incidente de infracción* respectivo, con citación de las partes. Si el régimen de prueba no fuera revocado será considerado extinguido al cumplirse el plazo fijado y el juzgamiento como no efectuado (art. 67° CP)[32]".

La reserva del fallo y la suspensión de la ejecución de la pena son medidas penales de contenido pedagógico o reeducativo, por lo que sólo deben ser otorgadas cuando el Juez concluye que la

---

29 San Martín Castro, César.- op. cit., p. 1099.

30 Artículo 63° del Código Penal: "*El juez, al disponer la reserva del fallo condenatorio, se abstendrá de dictar la parte resolutiva de la sentencia, sin perjuicio de fijar las responsabilidades civiles que procedan.*
La reserva del fallo condenatorio importa la suspensión de su inscripción en el Registro Judicial".

31 Artículos 65° y 66° del Código Penal:
Art. 65°.- "*Cuando el agente incumpliera las reglas de conducta 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".
Art. 66°.- "*El régimen de prueba podrá ser revocado cuando el agente cometa un nuevo delito doloso por el cual sea condenado a pena privativa de libertad superior a tres años.*
La revocación será obligatoria cuando la pena señalada para el delito cometido exceda de este límite. La revocación determina la aplicación de la pena que corresponde al delito, sino hubiera tenido lugar el régimen de prueba".

32 Artículo 67° del Código Penal: "*Si el régimen de prueba no fuere revocado será considerado extinguido al cumplirse el plazo fijado y el juzgamiento como no efectuado*".

personalidad del agente, sus condiciones de vida y demás circunstancias indicadas en el texto legal, son medidas adecuadas para impedir que el agente cometa un nuevo delito. Por eso se postula para la reserva del fallo condenatorio, una naturaleza jurídica de medio de reacción específico (no de una pena ni de una medida de seguridad), de sanción cuasi-penal, en tanto que se declara la culpabilidad del agente, se determina la pena y se desaprueba públicamente su acción, pero no se impone la pena. El principio de culpabilidad no es lesionado, ya que la pena se determina sobre la base del veredicto de culpabilidad y su no-imposición, depende de que el grado de injusto y culpabilidad sea notablemente inferior al de otros casos análogos.

Exención de Pena.

Esta alternativa a la pena privativa de libertad de corta duración la encontramos en el art. 68° del Código Penal[33]. Consiste en eximir de pena a un sujeto que ha sido encontrado responsable de un delito, siempre y cuando, la responsabilidad de este sujeto sea mínima. Es decir, nos encontramos frente a un delito comprobado que no es merecedor de pena. En este sentido el profesor Prado Saldarriaga[34]: "El fundamento de la exención de pena resulta de consideraciones de prevención especial y de oportunidad o merecimiento de pena. De modo tal, que en atención a las circunstancias del hecho punible, a las condiciones personales del autor o partícipe, o a la naturaleza de los bienes jurídicos afectados, la respuesta punitiva aparece en el caso concreto como innecesaria o desproporcionada".

---

33 Artículo 68° del Código Penal: "*El 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*".

34 Prado Saldarriaga, Víctor.- "Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú", op. cit., pp. 212 - 213.

Esta medida se puede aplicar siempre que el delito cometido no sea sancionado con pena privativa de libertad mayor de dos (2) años o con pena limitativa de derechos o con multa. Esta medida no va acompañada de reglas de conducta. La aplicación de la exención de pena depende del arbitrio del juez, el cual se pronuncia en la sentencia. De optarse por su aplicación, aunque el Código Penal no lo dice en forma expresa, no se debe inscribir en los Registros Judiciales pues, por un criterio lógico, si la reserva del fallo condenatorio –destinada a casos más graves- no se inscribe en el registro de condenas, menos aún la exención de pena.

El profesor Jescheck[35] se refiere a la exención denominándola dispensa de pena, señala: "(...) es la declaración de culpabilidad sin condena penal. (...) La dispensa parece justificada dada la *poca importancia* del delito (...). La dispensa de pena no es un acto de gracia, sino que se basa, en los casos citados anteriormente, en la *falta de merecimiento de pena* ante el insignificante grado de injusto y culpabilidad o, en su caso, en la compensación de la culpabilidad con el desestimiento voluntario. No se trata sólo de una modalidad de determinación de la pena, sino de una *sanción especial* del Derecho Penal, cuya peculiaridad consiste en que se condena al reo por el delito cometido, pero no se le impone una pena".

La exención de pena, últimamente de acuerdo a nuestra legislación, ha sido utilizada en un sentido premial para los condenados que colaboren con la administración de justicia. Últimamente, dada la realidad por la que esta atravesando nuestro, ha surgido la Ley N° 27378 que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, la cual titula su Capítulo II: Derecho

---

35 Jescheck, Hans-Heinrich.- "Tratado de Derecho Penal – Parte General", traducción y adiciones de derecho penal español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Vol.II, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, p. 1175.

Penal Premial, donde se establecen quienes son las personas beneficiadas –personas que se encuentren o no sometidas a investigación preliminar o un proceso penal, así como los sentenciados-, el tipo de información que deben dar y los beneficios que pueden obtener –uno de ellos es la exención de pena-.

7. Penas Restrictivas de Libertad: expulsión y expatriación.

Las penas restrictivas de la libertad se encuentran en el art. 30° del Código Penal[36]. Este tipo de pena supone en un primer término el cumplimiento de una pena privativa de libertad, es decir, la persona ya ha perdido su libertad ambulatoria.

Esta pena consiste en el alejamiento obligado del país. Pueden darse dos casos:

7.1.- La expatriación, se aplica para los nacionales.
7.2.- La expulsión, se aplica para los extranjeros.

Los sujetos a los que se les aplica este tipo de pena han sido encontrados responsables de un delito. En primer lugar, deben cumplir con su pena privativa de libertad y luego, si es nacional, es expatriado -por un máximo de 10 años- y, si es extranjero, es expulsado -perpetuamente-. Por ejemplo: en el delito de defraudación y contrabando (Ley N° 26461), así como el delito de narcotráfico (art. 303° del CP) establecen la expulsión; y los delitos referidos al Estado y la defensa nacional (arts. 325°, 326°, 329°, 330°, 331° y 332°)

[36] Artículo 30° del Código Penal: "*Las penas restrictivas de la libertad son:*
1.- La expatriación, tratándose de nacionales;
2.- La expulsión del país, tratándose de extranjeros.
Ambas se aplican después de cumplida la pena privativa de libertad.
La primera tiene una duración máxima de diez años".

establecen la expatriación. A esto debemos añadir lo dispuesto en el art. 118° del Código de Ejecución Penal: *"Cumplida la condena privativa de libertad, el sentenciado a expatriación o expulsión del país es puesto, por el Director del Establecimiento Penitenciario, a disposición de la autoridad competente, para el cumplimiento de la sentencia"*. Las autoridades competentes a las que se refiere este artículo son la División de Migraciones y la Policía Nacional.

El profesor Villavicencio[37] señala: "Las penas restrictivas de libertad se encuentran en crisis porque no tienen utilidad social. Además, resultan siendo inconstitucionales, pues de conformidad con el art. 105° de la Constitución[38], los "preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía Constitucional", y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, que ha sido ratificada por la disposición decimosexta de la Constitución, establece que "nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo (art. 22° núm. 5)". Al respecto el profesor Prado Saldarriaga[39]: "El principal cuestionamiento que se formula a estas sanciones parte de su incompatibilidad con la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 22°.5) y que rechaza que se impida a un nacional permanecer en su territorio. Y del hecho de discriminar la condición extranjera del infractor para aplicarle una pena adicional que no se aplicaría a los nacionales que cometan el mismo delito, lo que afecta el principio de igualdad".

---

37 Villavicencio Terreros, Felipe.- "Código Penal", Cultural Cuzco S.A., Lima, 1992, p. 173.

38 El art. 105° y la disposición decimosexta de la Constitución de 1979 se corresponden con el art. 55° y la disposición cuarta de la Constitución vigente de 1993.

39 Prado Saldarriaga, Víctor.- "Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú", op. cit., p. 83.

8. Penas Limitativas de derechos: Prestación de Servicios a la Comunidad, Limitación de Días Libres, Inhabilitación.

Las penas limitativas de derechos recaen sobre derechos distintos de la vida, el cuerpo, la salud o la libertad de movimientos, están reguladas entre los arts. 31° y 40° del Código Penal y pueden ser de tres clases:

Prestación de Servicios a la Comunidad.

De acuerdo al art. 34° del Código Penal[40], la prestación de servicios a la comunidad obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarios, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras públicas.

En principio, esta obligación está impuesta para los fines de semana, pero puede autorizársele al individuo para que trabaje los días útiles, lo importante es que no se afecte el trabajo normal de la persona –en principio, esta pena se cumple en jornadas de diez (10) horas semanales entre los días sábados y domingos-. De preferencia se debe dar en actividades que conozca el individuo o para las cuales tiene aptitudes.

---

40 Artículo 34° del Código Penal: "*La pena de prestación de servicios a la comunidad obliga al condenado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos, otras instituciones similares u obras públicas.*
Los servicios serán asignados, en lo posible, conforme a las aptitudes del condenado, debiendo cumplirse en jornadas de diez horas semanales, entre los días sábados y domingos, de modo que no se perjudique la jornada normal de trabajo habitual.
El condenado puede ser autorizado para prestar estos servicios en los días útiles semanales, computándose la jornada correspondiente.
Esta pena se extenderá de diez hasta ciento cincuentiséis jornadas de servicios semanales.
La ley establecerá los procedimientos para asignar los lugares y supervisar el desarrollo de la prestación de servicios".

El Código de Ejecución Penal establece las instituciones en las que se puede realizar este tipo de trabajo; de preferencia, cerca del lugar del domicilio del condenado, además se señalan diversas característica (arts. 119° a 123° del Código de Ejecución Penal)[41].

Algunos podrían pensar que este tipo de penas no se deben aplicar porque no se puede obligar a trabajar a la persona en forma gratuita y, menos aún, en un lugar donde no quiere estar. Pero, en realidad, esto está justificado porque la pena en este caso parte de una limitación de derechos, se limita la posibilidad de escoger el trabajo que el individuo quiere y se impone en forma gratuita, por tanto, esta medida no es inconstitucional.

---

[41] Artículos 119° a 123° del Código de Ejecución Penal:
Art. 119°: *"La Pena de prestación de servicios a la comunidad obliga al penado a trabajos gratuitos en entidades asistenciales, hospitalarias, escuelas, orfanatos y otras instituciones similares u obras públicas.*
La Administración Penitenciaria coordina con las instituciones referidas a efectos de conocer las necesidades de las mismas para asignar la prestación de servicios".

Art. 120°.- *"Para asignar los servicios, se tiene en cuenta las aptitudes, ocupación, oficio, edad y estado de salud del penado.*
La prestación de servicios se realiza, preferentemente, en el lugar del domicilio del penado".

Art. 121°.- *"La supervisión de la ejecución de la pena de prestación de servicios a la comunidad está a cargo de la Administración Penitenciaria, la misma que informa periódicamente al Juez que conoció el proceso y al representante del Ministerio Público".*

Art. 122°.- *"El sentenciado a la pena de limitación de días libres permanece los días sábado, domingo y feriados, por el tiempo que determina la sentencia, en un establecimiento organizado con fines educativos a cargo de la Administración Penitenciaria".*

Art. 123°.- *"La Administración Penitenciaria gestiona la implementación de locales adecuados para la ejecución de la pena de limitación de días libres. Los establecimientos cuentan con los profesionales necesarios para orientar al penado a efectos de su rehabilitación".*

Limitación de días libres.

Según el art. 35° del Código Penal[42] consiste en la obligación del condenado a permanecer los días sábados, domingos y feriados –por un mínimo de diez (10) y un máximo de dieciséis (16) horas en total por cada fin de semana- en un establecimiento organizado con fines educativos, sin las características de un centro carcelario. El condenado seguirá cursos o charlas o realizará actividades educativas tendentes a su rehabilitación. Entre las diversas ventajas que se pueden dar al aplicar esta pena tenemos:

a. El sujeto no es separado de forma permanente de su familia.
b. El sujeto tiene la posibilidad de reflexionar sobre el acto que ha cometido.
c. El sujeto no pierde su trabajo y, por tanto, no está expuesto a carencias materiales.
d. No es expuesto al trato con delincuentes mayores.
e. Evita el estigma de ser considerado ex-presidiario.

Como nos indica el profesor San Martín[43]: "Se trata en rigor, de una pena corta privativa de libertad caracterizada por su cumplimiento discontinuo y traduce un importante "efecto shock" en el delincuente, aunque –como anotan Berdugo Gómez de la Torre y otros- sin alterar gravemente sus actividades normales. Funciona en orden a sus modalidades, como pena principal o autónoma (v gr.: art. 164° CP), como sustitutiva de la pena privativa de libertad (art. 32° CP) o como conversión de dicha pena (art. 52° CP)".

---

42 Artículo 35° del Código Penal: *"La limitación de días libres consiste en la obligación de permanecer los días sábado, domingo y feriados, por un mínimo de diez y un máximo de dieciséis horas en total por cada fin de semana, en un establecimiento organizado con fines educativos, sin las características de un centro carcelario. Esta pena se extenderá de diez a ciento cincuentiséis jornadas de limitación semanales".*

43 San Martín Castro, César.- op. cit., p. 1096.

Inhabilitación.

Mediante esta pena se limita al sujeto ciertos derechos diferentes a su libertad ambulatoria. El art. 36° señala:

"La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:

1.- *Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;*
2.- *Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;*
3.- *Suspensión de los derechos políticos que señala 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 o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo; o*
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."*

Como vemos la inhabilitación puede privar de derechos políticos, sociales y profesionales. Puede haber 2 tipos de inhabilitación:

a. Absoluta: se priva de todos los derechos contenidos en el art. 36°.
b. Relativa: se priva de determinados derechos del art. 36°.

Por la forma en que puede ser impuesta la inhabilitación puede ser principal o accesoria (arts. 37° y 39°). Puede aplicarse también como única o conjunta. Cuando la inhabilitación se aplica como principal tiene una duración entre 6 meses y 5 años (art. 38°); cuando se aplica como accesoria tiene la misma duración que la pena principal que se dispuso para el delito juzgado.

Como nos indica el profesor San Martín[44]: "(...) debe efectivizarse por la autoridad judicial cursando las órdenes correspondientes a los Registros y autoridades encargadas, tales como la Dirección de Transportes, de Tránsito de Control de Armas, Registros Públicos, Ministerios, Universidades, sistema electoral, etc.".

9. Pena de Multa.

La pena de multa está establecida en el art. 41° del Código Penal[45], en ella se obliga al condenado a pagar una suma de dinero al Estado, la cual se calcula sobre la base de los días-multa. Un día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado, se debe tener en cuenta su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gastos y demás signos exteriores de riqueza.

La multa deberá ser pagada dentro de los diez (10) días de pronunciada la sentencia, el Juez puede fraccionar el pago de la deuda. El cobro también se puede efectuar mediante el descuento de la remuneración del condenado, lo que debe tenerse en cuenta es que el descuento no debe incidir sobre los recursos indispensables para el sustento del condenado y de su familia.

---

44 Ibid. p. 1098.

45 Artículo 41° del Código Penal: *"La pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa.*
El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza".

El monto del día-multa está comprendido entre 10 y 365, sin embargo, a veces, el Juez puede señalar un número mayor de días-multa, porque la ley después de establecer los límites de los días-multa -art. 42° del Código Penal-, concluye: "salvo disposición en contrario".

Conforme nos indica el profesor Prado Saldarriaga[46]: " (...) al margen de las bondades político-penales y técnicas, la pena de multa no ha cumplido un rol importante en el país. Varios factores han determinado este fracaso, pero el principal se relaciona con la baja renta per-capita de nuestra población, y con el galopante proceso inflacionario, consecuencias negativas del subdesarrollo y de la crisis económica que cíclicamente agobia a la sociedad peruana. En este sentido se afirma que un efecto tangencial de la inflación monetaria es desplazar a la multa del catálogo de penas y fomentar las penas privativas de libertad".

El profesor Jescheck[47] señala: "La ventaja decisiva de la multa respecto a la pena privativa de libertad consiste en que al condenado no se le separa de su familia ni de su profesión, de forma que no constituye ninguna catástrofe social, sin que por ello quede en una pura bagatela. La multa comparte con la pena carcelaría la ventaja de ser graduable. Esto permite adecuar justamente la cuantía de la pena al injusto y la culpabilidad, y también, más allá, a las condiciones económicas del delincuente. A favor de la multa cuenta, además, la posibilidad de repartirla en un largo período de tiempo mediante la concesión del pago a plazos y, de esta manera, la de fijarla en cuantía suficiente para producir al condenado un verdadero efecto intimidatorio. El mayor inconveniente de la multa radica en su desigual eficacia sobre pobres y ricos. En efecto no pueden eliminarse

---

46 Prado Saldarriaga, Víctor.- "Comentarios al Código Penal de 1991", op. cit., p. 60.

47 Jescheck, Hans-Heinrich.- "Tratado de Derecho Penal – Parte General", traducido por Luis Manzanares Samaniego, 4° edición, Editorial Comares, Granada, 1993, p. 706.

completamente por mucho que se tomen en cuenta las circunstancias económicas del delincuente. Se manifiesta, sobre todo, en la ejecución de la pena subsidiaria privativa de libertad en caso de insolvencia del condenado (...)".

10. Determinación de la Pena.

El Juez luego de haber efectuado la valoración de las pruebas debe tomar la decisión de absolver o condenar al sujeto. En caso de darse una sentencia condenatoria, el Juez debe atender a una serie de criterios, algunos de los cuales se encuentran en forma expresa en el Código Penal, en los arts. 45° y ss. Tal como menciona el maestro BRAMONT ARIAS[48]: "la determinación de la pena es en sentido estricto aquel proceso por el que el Juez o Sala Penal decide la pena que merece un determinado hecho típico, antijurídico, culpable y punible en un autor concreto".

El art. 45° del Código Penal señala que el Juez debe tener en cuenta:

1. Las carencias sociales que hubiera sufrido el agente.
2. Su cultura y sus costumbres.
3. Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen.

De la unión de estos tres criterios surge el Principio de la Co-culpabilidad de la sociedad en la comisión del delito. Conforme lo establecido en la Exposición de Motivos del Código Penal: "(...) el juzgador deberá tener en cuenta, al momento de fundamentar el fallo y determinar la pena, las carencias sociales que hubieren afectado al agente. En esta forma nuestra colectividad estaría reconociendo que

[48] Bramont Arias, Luis y Bramont-Arias Torres, Luis Alberto.- "Código Penal Anotado", 4° edición, Editorial San Marcos, Lima, 2001, p. 243.

no brinda iguales posibilidades a todos los individuos para comportarse con adecuación a los intereses generales, aceptando una responsabilidad parcial en la conducta delictiva, *mea culpa* que tiene el efecto de enervar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad. La Comisión Revisora conceptúa que la culpabilidad a la que se alude, disminuye o desaparece en la misma medida en que el delincuente haya tenido las oportunidades de comportarse según las normas de convivencia social".

Además, de tener en cuenta lo antes mencionado, el Juez prestará especial atención a lo dispuesto en el art. 46°, el que señala diversos criterios para la determinación legal de la pena en atención a: las circunstancias, los métodos, los medios, el fin, el daño causado, etc. Estos criterios pueden servir tanto para atenuar como para agravar la pena.

El art. 46°-A le indica al Juez una agravante por la calidad del sujeto –miembro de las Fuerzas Armadas, Policía Nacional, autoridad, funcionario o servidor público- siempre que se esté aprovechado de esta condición o utilice armas del Estado para cometer un delito. El Juez, en este caso, está facultado para aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito cometido.

Existen casos en los que puede rebajarla la pena, como:

1. Tentativa: art. 16° del Código Penal.
2. Si el sujeto actúa como cómplice secundario: art. 25° del Código Penal.
3. Cuando surge una eximente de responsabilidad imperfecta: art. 21° del Código Penal.
4. En los casos de imputabilidad restringida: art. 22° del Código Penal.
5. Error de prohibición vencible: art. 14°, 2° pfo. del Código Penal.

6. En los casos de confesión sincera: art. 46° del Código Penal y 136° del Código de Procedimientos penales vigente.
7. En los casos de omisión: art. 13° del Código Penal.
8. Ciertas leyes especiales dan el beneficio de reducir la pena o eximir de pena al sujeto activo, siempre se que cumplan los requerimientos que ésta dispone. Ejm: Ley N° 27378 –Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada (21/12/2000).

Sobre la confesión sincera debemos hacer algunas precisiones: ***Primero***, el Código Penal (art. 46° núm. 10) señala que la confesión sincera puede reducir la pena dentro de los límites fijados por la ley, es decir, dentro del mínimo y máximo legal de cada delito; mientras, la confesión sincera establecida en el Código de Procedimientos penales (art. 136°) señala que la pena se puede reducir por debajo del mínimo legal. ***Segundo***, el Código Penal establece que la confesión sincera se debe expresar antes de ser descubierto, es decir, el agente por voluntad propia a decidido poner en conocimiento su delito, a la autoridad; en cambio, el Código de Procedimientos Penales trata la confesión del inculpado, es decir cuando el agente ya ha sido descubierto. ***Tercero***, en ambos casos la confesión sincera debe ir acompañada de una prueba que corrobore los hechos confesados, esto es sólo señalado por el Código de Procedimientos Penales; no debemos admitir la autoconfesión como suficiente para sentenciar a una persona. Como nos dice el profesor César San Martín[49]: "Este requisito significa que la confesión no es una prueba autónoma. La confesión puede intervenir en la prueba del hecho objeto del proceso y de la participación del imputado en él, esto es, tiene entidad para contribuir a su acreditación, pero por sí sola no puede cumplir la función de probar el

[49] San Martín Castro, César.- op. cit., p. 625.

hecho delictuoso. La confesión debe concordar con una fuente probatoria distinta, que puede estar representada por testimonios, pericias, documentos, etc.".

Respecto de las diferencias anotadas sobre la confesión sincera dispuesta en el Código Penal (art. 46° núm.10) y la dispuesta por el Código de Procedimientos Penales (art. 136°), el profesor Prado Saldarriaga[50] señala: " (...) mientras que la disposición del Código Penal plantea un caso de **arrepentimiento posterior**, en la disposición del Código de Procedimientos Penales se incluye, más bien, un caso de **colaboración eficaz** para el cual la ley ha regulado como premio una reducción directa de la pena conminada.(...) Atendiendo, pues, a sus precedentes legislativos, no cabe duda que la confesión sincera del art. 136° *in fine* del Código de Procedimientos Penales del Perú se constituye en un factor de abreviación del proceso. **De allí que el confeso se haga acreedor no a una atenuante por un menor injusto o una menor culpabilidad, sino a un beneficio que opera como reducción de la penalidad y que se justifica por la ayuda que aquél ofrece, con su confesión debidamente sustentada, a la eficiencia de la administración de justicia.** La admisión de responsabilidad por parte del imputado permite, pues, concluir los debates probatorios y facilita la solución del caso penal. En cambio, si evaluamos la *"confesión sincera"* del art. 46° inciso 10 del Código sustantivo, advertimos un propósito dogmático y político criminal diferente. **En esta norma como ya se señaló se incluye una modalidad de arrepentimiento posterior, a través de la cual el autor del delito desarrolla una acción positiva no rehuyendo su responsabilidad y autodenunciándose.**(...)La confesión del art. 46° inciso 10 es, pues, una **autodeterminación y no una declaración judicial** como la exige el art. 136° *in fine* del Código de Procedimientos Penales. Aquella

[50] Prado Saldarriaga, Víctor.- "Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú", op. cit., pp. 120 - 122.

opera como una **notita criminis** que el propio agente del delito debe hacer conocer a las autoridades competentes (Policía Nacional o Ministerio Público), antes de haber sido descubierto y por ende sindicado en sede judicial como autor del hecho punible.(...)En atención a lo expuesto, podemos concluir señalando que no existe identidad entre las dos disposiciones nacionales que hemos venido analizando".

Los problemas de la graduación de pena se presentan mayormente en los concursos de delitos -real, ideal y retrospectivo-. Ya hemos mencionado, en el punto referido a la pluralidad de delitos, cómo se resuelven cada uno de estos casos. Pero, hay que tener claro que la determinación de la pena afecta tanto a la decisión de la *clase de pena* que ha de imponerse como la *cantidad* que se señale.

Como una cuestión de carácter procesal debemos añadir que, las sentencias absolutorias se pueden dictar sin la presencia del acusado y sólo se le notifica –sólo en el proceso sumario-; pero, las sentencias condenatorias tienen que ser leídas al acusado en persona. Se debe tener en cuenta, si durante el procesado la persona estuvo detenida, ya que este tiempo sirve para descontar la pena impuesta, de acuerdo al art. 47° del Código Penal.

11. Medidas de Seguridad. Fundamento y límites.

En el campo del derecho penal, culminado un proceso, hay dos alternativas: la primera y más común es imponer una pena y, la segunda, es la aplicación de una medida de seguridad.

El tema de las medidas de seguridad va relacionado de manera directa con la Imputabilidad. Nuestro Código Penal parte de la presunción de que todas las personas son imputables, pero ha establecido ciertos casos de inimputabilidad, los cuales se encuentran en el art. 20° núm.1: la anomalía psíquica, grave alteración de la

conciencia y alteraciones en la percepción; y art. 20 núm. 2: El sujeto menor de 18 años es inimputable. Cuando el sujeto está incurso en alguna de estas situaciones en forma parcial, es considerado como un inimputable relativo o disminuido. Las medidas de seguridad son tratamientos que se brindan a los sujetos cuando están inmersos de alguno de los supuestos del art. 20° inc.1 -inimputabilidad total o relativa-, y **tiene como fundamento evitar que estas personas consideradas como peligrosas, cometan nuevos delitos**.

El profesor Prado Saldarriaga[51]: "Las medidas de seguridad son sanciones que se aplican judicialmente a los inimputables o imputables relativos que han cometido un hecho punible, cuando existe el peligro potencial de que puedan incurrir en el futuro en actos similares".

Requisitos para aplicar una medida de seguridad (art. 72°):[52]

1. Que, el agente haya realizado un hecho previsto como delito, es decir, la conducta realizada debe estar recogida dentro de un tipo penal.
2. Que, del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos. Esto es lo que se conoce como un pronóstico de peligrosidad post-delictual, es decir, esta medida se aplica para que el sujeto no cometa delitos posteriores -futuros-.

---

51 Prado Saldarriaga, Víctor.- Ibid. p. 155.

52 Artículo 72° del Código Penal: "*Las medidas de seguridad se aplicarán en concurrencia con las circunstancias siguientes:*
1.- Que el agente haya realizado un hecho previsto como delito; y,
2.- Que del hecho y de la personalidad del agente pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos".

Luego de cumplirse estos requisitos, debe examinarse la duración, la cual debe ser proporcional a la peligrosidad delictual del agente (art. 73°)[53] la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometería si no fuera tratado. La graduación de la peligrosidad del sujeto depende de la opinión de peritos en la materia. Pero, tal como señala el Dr. Prado Saldarriaga[54]: "En todo caso, la ley no precisa los indicadores concretos de la peligrosidad, configurándose por tanto una noción ambigua y de corte estrictamente normativo, afectando así el Principio de Legalidad".

Las medidas de seguridad no son penas y, por tanto, no se basan en el principio de culpabilidad -reproche de la conducta-, sino en el principio de proporcionalidad -grado de peligro-.

Las medidas de seguridad pueden ser de dos tipos:

1. Internación.- Se aplica a los inimputables dentro de instituciones especializadas en el tratamiento de estos sujetos, con fines terapéuticos o de custodia. La duración de esta medida no puede exceder el máximo de legal de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarle por el delito cometido. La autoridad del centro de internación debe dar un informe cada 6 meses al Juez. Por ejemplo: en los manicomios.
2. Tratamiento ambulatorio.- Esta medida se aplica a los inimputable relativos conjuntamente con su pena. En este caso, a diferencia del anterior, el sujeto no está recluido en una institución sino que es examinado periódicamente.

---

53 Artículo 73° del Código Penal: *"Las medidas de seguridad deben ser proporcionales con la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado".*

54 Prado Saldarriaga, Víctor.- "Todo sobre el Código Penal", Tomo I: notas y comentarios, Editorial IDEMSA, Lima, 1996, p. 151.

Existen casos en los que se tiene que aplicar la medida de internamiento a un inimputable relativo, o a un toxicómano o alcohólico imputable, el Juez dispondrá que ella se dé antes de la pena. De acuerdo a lo que señala el art. 77° del Código Penal[55] el período de internamiento se computará como tiempo de cumplimiento de la pena sin perjuicio que el Juez pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración atendiendo al éxito del tratamiento. Este sistema se denomina "vicarial".

[55] Artículo 77° del Código Penal: *"Cuando se necesite aplicar una medida de internación a un imputable relativo, o a un toxicómano o alcohólico imputable, el Juez dispondrá que ella tenga lugar antes de la pena.*
El período de internación se computará como tiempo de cumplimiento de la pena sin perjuicio que el Juez pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración atendiendo al éxito del tratamiento".

CAPÍTULO XVIII

EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

1. Concepto.

Lo lógico es que una conducta típica, antijurídica y culpable -delito-, sea sancionada con una pena[1] o medida de seguridad, pero existen casos en los que esto no se puede dar, en virtud de que la pretensión punitiva del Estado admite diversas causas de extinción. Este fenómeno tal como señala Velásquez[2]: "(...) no sólo afecta la potestad de juzgamiento (la acción penal), sino también la de ejecutar un pronunciamiento dado (la pena o medida de seguridad); de allí que dependiendo de si en el proceso se ha dictado o no sentencia firme, se hable de expiración de la acción penal o de la sanción penal".

Las causas de la extinción de la acción y de la pena son ciertas situaciones que, en algunos casos, determinan la imposibilidad de pronunciarse sobre la responsabilidad penal, para afirmarla o para negarla, pero, en otros, ocasionan efectivamente la exclusión total o

---

1 La pena no es un elemento o requisito del delito o falta, pero sí su consecuencia jurídica, debiendo ser aplicada la sanción cuando se comprueba que hubo el delito o la falta y la conducta del agente fue culpable. Con la comisión del delito o falta, el derecho de punir del Estado, que era abstracto, se torna concreto, surgiendo la punibilidad, que es la posibilidad jurídica de imponer la sanción.

2 Velásquez Velásquez, Fernando.- "Derecho Penal - Parte General", 2° edición, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995. p. 658.

parcial de los efectos de ella. Esto quiere decir que la extinción del poder Estatal de sancionar puede presentarse antes de dictarse sentencia de condena o después de que ella se haya ejecutoriado o consentido: en el primer caso, se habla de *extinción de la punibilidad en abstracto* o simplemente de la extinción de la acción penal y, en el segundo, de extinción de la punibilidad en concreto o simplemente de *extinción de la pena.*

La diferencia, entonces, como hemos dicho, entre la extinción de la acción penal y la extinción de la pena, está dada por la existencia de una sentencia firme que da por culminado el proceso en la última instancia. En este sentido el Dr. Roy Freyre[3] señala: "Los ámbitos temporales en que operan, de un lado, las causas extintivas de la acción penal, y de otro, las que finalizan la ejecución de las penas, están separados por el día en que la sentencia condenatoria deviene irrecurrible. Ni la persecución del castigo a través del proceso, ni el castigo mismo impuesto en sentencia firme son absolutos, pues nuestra ley permite que ambos se extingan, pudiendo serlo el segundo en todo o en parte de su medida".

Las causas de extinción de la responsabilidad penal no deben confundirse con las causas de atipicidad, causas de justificación o con las causas exculpantes, dado que, las últimas giran en torno a los elementos constitutivos del delito, es decir, su función es evitar que un hecho sea considerado como delito, mientras que las causas de extinción de la responsabilidad penal se centran en evitar las consecuencias penales de un delito producido.

La extinción de la responsabilidad penal refleja una pérdida de interés por la persecución de ciertos delitos. Esto es establecido legalmente y, en consecuencia, se da la finalización definitiva de todo

---

[3] Roy Freyre, Luis Eduardo.- "Causas de extinción de la acción penal y de la pena", Grijley, Lima, 1997, p. 29.

el procedimiento penal; pero, la responsabilidad civil queda intacta, es decir puede exigirse la reparación por el daño cometido.

Nuestro Código Penal señala en sus artículos 78° y 85°:

Artículo 78°.- *"La acción penal se extingue:*

1. *Por muerte del imputado, prescripción, amnistía y 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".*[4]

Artículo 85°.- *"La ejecución de la pena se extingue:*

1. *Por muerte del condenado, amnistía, indulto y prescripción;*
2. *Por cumplimiento de la pena;*
3. *Por exención de la pena; y*
4. *Por perdón del ofendido en los delitos de acción privada".*

Como vemos, si bien existen similitudes, la concordancia no es exacta entre una y otra. Cuando se habla de la extinción de la responsabilidad penal abarcaremos los dos casos antes mencionados.

2. Causas de extinción: muerte, prescripción, amnistía, indulto, cosa juzgada, cumplimiento de la pena, exención.

Muerte.

En el caso de referirse a la extinción de la acción penal, se trata de la muerte del investigado, del imputado, lo cual impide por razones

[4] Texto según la modificatoria efectuada por el artículo 1° de la Ley N° 26993, del 24 de noviembre de 1998.

prácticas seguir adelante con el desarrollo del proceso, ya que no existe persona a la cual se absuelva o sancione. La muerte debe ser probada con la respectiva partida de defunción, no bastan hechos jurídicos o físicamente similares, como la ausencia o la desaparición. En este sentido el profesor Berdugo[5] señala: "La responsabilidad penal es personal. Por ese motivo, la pena no puede extenderse a quienes no hayan participado en el hecho delictivo, como ocurría antiguamente, cuando se trasladaba la pena a la familia del culpable. Tampoco cabe imponer una pena a un difunto. Por ese motivo, la muerte del reo es el primer supuesto de extinción de la responsabilidad criminal. Esta circunstancia no afecta en lo más mínimo a los demás partícipes del hecho, aunque el fallecido haya sido el autor del hecho principal".

En caso de referirse a la **extinción de la ejecución de la pena**, la ejecución desaparece. En este caso, existe una sentencia que se está cumpliendo pero, dado el carácter personalísimo de la misma, con la muerte del sujeto se extingue. También podría presentarse el caso que una persona sentenciada haya rehuido la acción de la justicia y muera sin cumplir su pena. Lo único que no se extingue es la reparación civil, la cual se transmite a los herederos.

Prescripción.

La prescripción es un plazo de tiempo establecido en la ley, dentro del cual los órganos jurisdiccionales pueden iniciar el proceso pero, finalizado este plazo de tiempo, ya no se puede perseguir el delito. La prescripción también se puede aplicar con referencia a la ejecución de la pena, consiste en el plazo que establece la ley para exigir el cumplimiento de una pena, luego de haberse impuesto la sentencia respectiva. Cabe anotar que, el plazo de prescripción de la

---

5 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- "Lecciones de Derecho Penal", 2° edición, Editorial Praxis, Barcelona, 1999, p. 429.

pena es totalmente independiente de la pena dispuesta en la sentencia del proceso[6].

Prescripción de la Acción Penal: La persecución penal de un delito no es perpetua, todos los delitos de nuestro ordenamiento jurídico prescriben. La definición de prescripción va ligada al tiempo que ha transcurrido desde el momento en que se realizó la conducta típica. Cuando el tiempo transcurrido es igual al máximo legal de la pena prevista para el delito cometido, entonces, se puede decir que ha operado la *prescripción ordinaria.*

También existe la *prescripción extraordinaria*, la cual opera cuando se ha interrumpido el plazo establecido para la prescripción ordinaria. De acuerdo al art. 83° del Código Penal esto sucede:

1.- Por actuación del Ministerio Público.
2.- Por actuación de las autoridades judiciales.
3.- Por la comisión de un nuevo delito doloso.

El art. 83° establece dos hipótesis en las que opera la prescripción extraordinaria:

a. Después de la interrupción comienza a correr un nuevo plazo de prescripción, a partir del día siguiente de la última diligencia.
b. La acción penal prescribe, en todo caso, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción.

---

6 Vid. Labatut Glena: "La prescripción en materia penal, que como una de las demás ramas del derecho, obedece al fenómeno uniformemente reconocido de la influencia del tiempo en las relaciones humanas, consiste en la cesación de la potestad represiva del Estado por el transcurso de un determinado espacio de tiempo, en ciertas condiciones sin que el delito haya sido perseguido o sin que la pena haya sido ejecutada. En el primer caso se trata de la prescripción de la acción penal; en el segundo de la prescripción de la ejecución de la pena. Su fundamento hay que buscarlo en la necesidad social de eliminar un estado de incertidumbre en las relaciones jurídico penales entre el delincuente y el Estado". En: "Derecho Penal", 9° edición actualizada por el profesor Julio Centeno Vargas, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992, p. 297.

Es más fácil entender estas hipótesis con un caso práctico.

Ejemplo 1:

- El delito tiene una pena máxima legal de 6 años.
- El delito se ha realizado en 1993.
- El autor es denunciado por el Ministerio Público en 1995.

Siguiendo la hipótesis "A": Al haber sido denunciado el autor en 1995, luego de 2 años de haber cometido el delito (1993), este tiempo transcurrido queda sin efecto y comienza a correr un nuevo plazo de prescripción a partir del día siguiente de la denuncia. Por lo que debe sumarse 6 años luego de 1995. Es decir, el delito prescribirá en el año 2001.

Hipótesis B: en este caso, el delito prescribirá de todas maneras cuando el tiempo transcurrido sea igual al plazo ordinario de prescripción sumado en una mitad. Dado que el delito es sancionado con una pena máxima de 6 años, se le debe sumar la mitad de ella, es decir, 3 años. Por lo que el plazo máximo de prescripción es de 9 años. Dado que el delito se cometió en 1993, este prescribirá de todas maneras en el año 2002. En el caso desarrollado, es mejor aplicar la hipótesis A.

Ejemplo 2:

- El delito tiene una pena máxima legal de 6 años.
- El delito se ha realizado en 1993.
- El autor comete un nuevo delito doloso en 1997.

De acuerdo a la hipótesis A: se deben sumar 6 años luego de la interrupción (1997) por lo que el delito prescribiría en el año 2003. Pero, si al mismo caso le aplicamos la hipótesis B: no interesa cuando fue interrumpida porque, siempre que haya interrupción se suma el plazo ordinario de prescripción más su mitad, es decir 6 años más 3

años, sería igual a 9 años y, el delito prescribiría de todas formas en el año 2002. En este ejemplo, resulta mejor aplicar la hipótesis B.

Suspensión de la Prescripción: La prescripción de un delito se puede suspender, es decir durante un determinado tiempo el plazo de prescripción queda detenido, pero una vez que cesa la suspensión se reinicia, tomándose en cuenta el plazo anterior a la suspensión. Nuestro Código Penal en su art. 84° establece que la causa de suspensión surge cuando dentro del proceso penal aparezca cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento.

La suspensión de la prescripción se puede dar en dos casos:

a) Por la aparición de una Cuestión Previa, surge cuando el Código Penal dispone un requisito para poder iniciar la acción judicial. Por ejemplo: para iniciar un proceso por el delito de libramiento indebido es requisito indispensable el requerimiento de pago al girador del cheque (art. 215° núm. 1 CP).

b) Por la aparición de una Cuestión Pre-Judicial, aparece cuando se requiere un elemento indispensable para que el delito se pueda configurar, como señala Faustino Cordón, se está ante una pre-judicialidad cuando la cuestión principal requiere imprescindiblemente la propia resolución de una cuestión perteneciente a un orden jurídico diferente, en virtud de la existencia de un nexo lógico-jurídico que une a ambas. Por ejemplo: cuando una sujeto es denunciado por el delito de bigamia (art. 139°), se le imputa que ha contraído matrimonio civil por segunda vez; en su defensa, él puede alegar que el primer matrimonio que contrajo es nulo, lo que tendrá que demostrar en el fuero civil.

Debemos mencionar, a manera de innovación del Código Penal, el hecho que establece la **renunciabilidad de la prescripción**

en el art. 91°. De realizar esta conducta, la persona demostraría que confía en la correcta administración de justicia y que está seguro de su inocencia, como también podría darse el caso que está seguro de que no existen pruebas que demuestren su culpabilidad.

Prescripción de la Pena: comienza a correr desde el día en que la sentencia condenatoria quedo firme y funciona en los mismos términos que la prescripción de la acción penal de acuerdo art. 86° del Código Penal. En el art. 87° del Código Penal encontramos una fórmula análoga a la del art. 83° del mismo cuerpo legal, observando tres premisas:

a. Una vez interrumpida la prescripción, comenzará a correr nuevamente, si hay lugar a ello, como si antes no se hubiese iniciado. La interrupción se puede dar por:

   a.1. Por el comienzo de la ejecución de la pena.
   a.2. Por haber sido aprehendido el condenado a causa de la comisión de un nuevo delito doloso.

b. En los casos de revocación de la condena condicional o de la reserva del fallo condenatorio, la prescripción comienza a correr desde el día de la revocación.

c. Sin embargo, la pena prescribe, en todo caso, en los mismos plazos de la acción penal, es decir, se aplican las hipótesis referidas a la prescripción ordinaria y extraordinaria de la acción penal. En otras palabras, funciona igual que la prescripción de la acción penal pero, a diferencia de ella, ésta toma como punto de inicio el momento en que se estableció la pena.

Como nota general debemos decir que la prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los partícipes del hecho punible, según el art. 88° del Código Penal. Cuando la prescripción ha sido declarada es equivalente a la "cosa

juzgada", conforme lo indica la Constitución Política en su art. 139° núm. 13.

Amnistía.

La amnistía implica el desconocimiento legal de la comisión de un hecho punible, consiste entonces en olvidar el propio delito. Por tanto, sus efectos son de carácter general -impersonal- porque, va dirigido a todos los sujetos del delito particular, tanto a los condenados como a los que se encuentran en investigación y perseguidos. De acuerdo a Guillermo Cabanellas[7]: "(...) Suele entenderse por amnistía un acto del Poder soberano que cubre con el velo del olvido las infracciones penales de cierta clase, dando por conclusos los procesos comenzados, declarando que no deben iniciarse los pendientes o bien declarando automáticamente cumplidas las condenas pronunciadas o en vías de cumplimiento".

El profesor Berdugo[8] señala: "La amnistía es otra manifestación del derecho de gracia, que extingue todos los efectos de la pena y que se concede atendiendo a motivos de política general. Históricamente se ha aplicado con mucha frecuencia a los delitos políticos y no se considera una institución jurídica ordinaria, sino excepcional".

La amnistía es otorgada por el Congreso de la República e implica una limitación a la aplicación de la ley penal. Implica entonces, la supresión de la acción represiva del Estado de tal manera que, los hechos y sus autores son objeto de olvido para efectos posteriores[9]. Como consecuencia lógica se eliminan los antecedentes penales, pero no el pago de la reparación civil del delito, ya que ésta no es parte del

---

7 Cabanellas, Guillermo.- "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", T. I, 21° edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1989, p. 275.

8 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- op. cit., p. 430.

9 Velásquez Velásquez, Fernando.- op. cit. p. 661.

delito sino consecuencia del mismo. En este sentido el Dr. Roy Freyre[10]: "(...) la amnistía como manifestación del derecho de gracia *stricto sensu* tiene el significado de una renuncia generosa que hace el Estado en relación a su potestad de recurrir al empleo, hasta sus últimas consecuencias, de su sistema de represión penal *(ius puniendi)*, beneficiando de esta manera a las personas que cometieron cierto delito en el transcurso de un tiempo determinado. Esta abstención o desestimiento en el ejercicio estatal de un derecho de castigar tiene lugar por motivos diversos, como pueden ser: pacificación, conciliación pública, ansias de popularidad, reivindicación política o simplemente como expresión de júbilo por algún acontecimiento feliz o conmemorativo".

La amnistía se encuentra recogida en el art. 102° núm. 6 de la Constitución como una de las atribuciones del Congreso, esta facultad sólo se ejerce por ley. Además, también se dispone que la amnistía adquiere el valor de cosa juzgada (art. 139° núm. 13 de la Constitución Política)

La amnistía puede extinguir tanto la acción penal como la ejecución de la pena; si se trata de la acción penal va dirigida a los investigados, procesados y, si es respecto de la ejecución de la pena, va enfocada a los condenados.

Indulto.

El indulto es una de las manifestaciones del derecho de gracia. Está recogido en el art. 118° núm. 21 de la Constitución como una de las facultades del Presidente de la República. El indulto tiene un carácter personal y consiste en perdonarle la pena a un sujeto que ha sido sentenciado. Con el indulto se trata de resolver cuestiones de justicia o equidad, en general sólo aspectos de necesidad de la pena.

[10] Roy Freyre, Luis Eduardo.- op. cit., p. 172.

Tal como señala el Dr. Roy Freyre[11]: "Es la renuncia que hace el Estado en favor de persona determinada respecto a su derecho a ejecutar la pena que le ha sido impuesta en una sentencia irrevocable".

Sobre el fundamento del indulto, Bustos Ramírez[12] señala: "(...) con el indulto se pretende encontrar una solución a la falta de sentido de la pena frente a un caso concreto, que pone de manifiesto que el derecho penal no podrá cumplir su función protectora de bienes jurídicos ni tampoco servir para la profundización de la capacidad de liberación personal del sujeto. Más bien todo lo contrario. De ahí que la pena aparezca como innecesaria. Nos encontramos frente a la última regla legal no metajurídica, de determinación de la pena que lleva justamente a su no aplicación".

El art. 89° del Código Penal establece en forma clara que el indulto extingue la pena impuesta pero, en nuestro concepto, el pago de la reparación civil subsiste. Conviene aquí señalar las diferencias entre la amnistía y el indulto:

1. La amnistía olvida el delito mientras que el indulto olvida la pena. En base a esto podemos ver los momentos en que se pueden presentar, la amnistía se puede dar antes o después de la condena pero, el indulto sólo se da después que se dicte la condena.
2. La amnistía tiene un carácter general que está destinado a eliminar la sanción de un grupo de personas que han cometido un determinado delito, el indulto va dirigido al perdón de los autores del delito en forma individual.
3. La amnistía a diferencia del indulto hace que desaparezca del ordenamiento jurídico un delito cometido por un grupo determinado de personas.

---

11 Ibid. p. 229.

12 Bustos Ramírez, Juan.- "La Extinción de la Responsabilidad Criminal", Rev. "Debate Penal", Año 1, N° 3, Barcelona, 1987.

4. El procedimiento de amnistía está a cargo del Congreso de la República mientras que, el procedimiento para el indulto está a cargo del Presidente.
5. La amnistía elimina los antecedentes penales, en cambio, el indulto sólo perdona el cumplimiento de la pena y, por tanto, subsisten los antecedentes. Tanto en la amnistía como el indulto subsiste el pago de la reparación civil.

Derecho de Gracia.

En derecho de gracia se encuentra establecido en el art. 118° núm. 21 de la Constitución Política del Perú:

> Art. 118°.- *"Corresponde al Presidente de la República: 21.- Conceder indultos y conmutar penas. Ejercer el derecho de gracia en beneficio de los procesados en los casos en los que la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria".*

Como nos indica Jescheck[13]: "Corresponde ejercer el derecho de gracia al supremo representante del poder estatal, ya que originalmente se consideró este derecho como elemento integrante de un poder total superior a los tres poderes parciales. Actualmente, se considera al derecho de gracia como su equivalente el poder punitivo, es un atributo de la soberanía de la Justicia y se le entiende en sentido amplio como parte de un poder punitivo total que abarca tanto el derecho como la gracia".

El "derecho de gracia" es un acto político con tradición jurídica muy antigua que se suele fundamentar, tanto en la doctrina de entonces como en la moderna de modo más o menos uniforme, en consideración

[13] Jescheck, Hans-Heinrich.- "Tratado de Derecho Penal – Parte General", traducido y adiciones de Derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde, Vol. II, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, p. 1255.

a la imposibilidad de la ley de prever todas las situaciones, lo que genera la necesidad de medios extraordinarios para supuestos en que la ley resulte drástica y que su aplicación pueda perturbar el orden público.

El profesor Quintero Olivares[14] nos dice: "(...) derecho de gracia, derecho que ha de entenderse como una supervivencia de la antigua reunión en el soberano de todos los poderes del Estado, incluido naturalmente el de administrar justicia, aquí en sus manifestaciones más palpables: castigar y perdonar. Considerado al margen de otras valoraciones, el derecho de gracia es incompatible con el Estado de Derecho, si tal derecho de gracia se entiende como una prerrogativa del Jefe de Estado en cuya virtud puede dejar sin efecto las decisiones del orden jurisdiccional penal que ha aplicado las leyes votadas por el Parlamento en ese Estado. Pero, desde otro punto de vista, el derecho de gracia aparece como un instrumento que debidamente administrado puede servir para la realización de la justicia material en aquellos casos en que la estricta e inevitable aplicación del derecho dé lugar a resoluciones materialmente injustas o político-criminalmente inadecuadas, pues el Derecho positivo (formal) ha de subordinarse a las exigencias de justicia y puede ceder ante postulados político-criminales que resulten incompatibles con su dureza. El Estado de Derecho no lo es porque la justicia formal sea inapelable e invariable, sino por la realización de la auténtica justicia".

Dentro del derecho penal, la denominación "derecho de gracia" se refiere a un conjunto de instituciones que extinguen la responsabilidad penal, en algunos casos se renuncia a la capacidad punitiva por parte de quien tiene el poder de hacerlo y, en otros casos, se renuncia a hacer efectiva la pena. Entre las instituciones que podemos encontrar

---

[14] Quintero Olivares, Gonzalo.- "Curso de Derecho Penal – Parte General", Cedecs Editorial, Barcelona, 1996, pp. 582 - 583.

bajo la denominación de "derecho de gracia" tenemos:

a. Amnistía.
b. Indulto.
c. La conmutación de pena.
d. El perdón del ofendido.

Estas figuras, doctrinariamente, son consideradas como manifestaciones del derecho de gracia pero, en nuestro ordenamiento jurídico, se han individualizado los conceptos –sin perder el nexo lógico entre ambos-, dándose una delimitación exclusiva al "derecho de gracia", se le ha dado un contenido propio. El derecho de gracia sólo puede ser aplicado por el Presidente de la República en beneficio de los procesados, cuando la etapa de instrucción haya excedido el doble de su plazo más su ampliatoria.

Conforme este planteamiento, el "derecho de gracia" puede alcanzar a cualquier implicado en un proceso penal que se encuentre en la fase de instrucción, tanto si es autor como partícipe, siendo indiferente el tipo de delito imputado.

Al ser introducido dentro del art. 78° del CP. el "derecho de gracia" conforme la Ley N° 26993 del 24 de noviembre de 1998, ésta institución se debe considerar como una causa de extinción de la acción penal. Es decir, el "derecho de gracia" es incluido en el ámbito sustantivo del derecho penal, produciendo efectos en la esfera procesal, pues ordena la renuncia a la pretensión punitiva del Estado, lo cual se plasma con el sobreseimiento definitivo o archivamiento del proceso, extinguiéndose así la posibilidad de calificar a un sujeto como responsable de un hecho delictivo y, dejándolo a salvo de cualquier consecuencia que derivara de la pena. Si bien esto se desprende de nuestra actual legislación, en nuestro concepto, "el derecho de gracia" sólo debería considerarse como un beneficio procesal por el excesivo tiempo que la persona está siendo detenida, pero el proceso penal

debería seguir adelante. No debemos permitir que la demora en la administración de justicia beneficie en extremo a los procesados, liberándolos de todo proceso, de lo contrario el Estado se estaría convirtiendo en cómplice de la delincuencia impune.

La condición para la aplicación del "derecho de gracia" gira en torno al plazo de instrucción, pues ésta debe haber excedido el doble de su plazo más su ampliatoria. En nuestro actual ordenamiento, tenemos dos tipos de procedimientos: sumario y ordinario.

a. Los procesos sumarios se encuentran establecidos en el Dec. Leg. N° 124, el cual en su art. 3° señala como plazo de instrucción sesenta (60) días, prorrogables a petición del Fiscal Provincial o cuando el Juez lo considere necesario a un plazo extraordinario de treinta (30) días. Por lo que, el plazo requerido para aplicar el derecho de gracia es de ciento cincuenta (150) días.
b. Los procesos ordinarios tienen un plazo de instrucción de cuatro (4) meses –art. 202° del Código de Procedimientos Penales-, siendo prorrogable a petición del representante del Ministerio Público o en el caso que el Juez lo considere necesario, por sesenta (60) días adicionales. En suma, el plazo para el aplicar el "derecho de gracia" es de diez (10) meses.

El derecho de gracia, considerado como un instrumento de política-criminal, busca funcionar como correctivo dentro de una inadecuada administración de justicia, es una opción frente a los errores judiciales y aplicaciones no conformes a derecho. En este sentido el profesor Bustos Ramírez[15]: "En todo caso se ha mantenido este derecho de gracia a través de la amnistía y el indulto, en razón que permite aplicar como correctivo, general y último, frente a errores o contra-

[15] Bustos Ramírez, Juan.- "Manual de Derecho Penal Español – Parte General", 3° edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, p. 459.

dicciones posteriores, el principio de necesidad de la pena (se afirma entonces la necesidad de la pena como principio correctivo básico y elemental del sistema penal) y también el merecimiento de pena como fundamento de ella".

Cosa Juzgada.

El principio de Cosa Juzgada está recogido a nivel Constitucional en el art. 139° núm. 13 y en el art. 90° del Código Penal:

> Artículo 139°: *"Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*
> *13.- La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada."*
>
> Artículo 90° : *"Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se fallo definitivamente."*

El principio de la Cosa Juzgada, de acuerdo al art. 78° núm. 2 del Código Penal, funciona como una causal de extinción de la acción penal. Esta causal se da cuando existe una sentencia firme proveniente de un órgano jurisdiccional competente, luego de haberse seguido todo un proceso respecto de un hecho investigado, e impide que se vuelva a juzgar sobre el mismo hecho -non bis in idem.

Para que se pueda aplicar este principio debe existir identidad tanto en el imputado como en el hecho, es decir no se puede juzgar a una misma persona dos veces por el mismo acto. De no cumplirse esto, se atentaría contra la seguridad jurídica de nuestro sistema. Cabe citar aquí la posición del Dr. Fernández Carrasquilla[16]: "Si el proceso

---

[16] Fernández Carrasquilla, Juan.- "Derecho Penal Fundamental", Tomo II, 2° edición, Editorial Temis, Bogotá, 1989, p. 108.

se inicia por un hecho ya juzgado o cuyo juzgamiento se adelanta en otro proceso previamente iniciado, debe terminarse por cesación del procedimiento porque en tal caso la acción penal no se puede proseguir. Se trata de un requerimiento muy elemental de la seguridad jurídica y de la justicia material, pero también de la seriedad y economía de las actuaciones que tienen que distinguir a un gobierno republicano y a todo Estado de derecho. De ahí que, con el lleno de las formalidades legales, las llamadas sentencias definitivas hacen tránsito a cosa juzgada, es decir, impiden que los jueces revisen de nuevo procesalmente el mismo asunto o lo fallen otra vez". El mecanismo procesal para aplicar este principio es mediante la Excepción de Cosa Juzgada, la cual tiene por finalidad impedir que el procesado, absuelto o condenado, pueda ser sujeto a proceso penal por un hecho que ya fue resuelto; debemos tener claro que, el principio de cosa juzgada va enfocado al hecho y no al *nomen juris* con que se puede calificar el acto, por ejemplo, si un hecho es juzgado como apropiación ilícita y se absuelve a la persona, no se le puede abrir otro proceso por el mismo acto calificándolo como estafa, ya que lo relevante siempre es la conducta realizada y en este caso seria la misma.

Conforme señala Cabanellas[17] sobre la cosa juzgada: "Lo resuelto en juicio contradictorio, ante un juez o tribunal, por sentencia firme, contra la cual no se admite recurso, salvo el excepcionalísimo de revisión. La cosa juzgada, según milenario criterio, se tiene por verdad y no cabe contradecirla ya judicialmente, para poner fin a la polémica jurídica y dar estabilidad a las resoluciones. El intento de renovar la causa en tales condiciones encuentra el insalvable obstáculo de la *excepción de cosa juzgada*".

Vale la pena mencionar la diferencia entre una sentencia consentida y otra ejecutoriada. La primera surge cuando emitida la

[17] Cabanellas, Guillermo.- op. cit., p. 397.

sentencia esta no es cuestionada (no es recurrida con algún tipo de recurso como: la apelación o queja), entonces, por el paso del tiempo se la tiene como firme; la segunda, surge cuando la sentencia ha llegado hasta la última instancia judicial posible, en la que ya no puede ser cuestionada, por tanto, queda firme. En consecuencia, es incorrecto utilizar la expresión: "la sentencia ha quedado consentida y ejecutoriada".

Cumplimiento de la Pena.

Resulta obvia la disposición recogida en el art. 85° núm. 2 de nuestro Código Penal, ya que, luego de cumplirse la pena impuesta por nuestro ordenamiento jurídico, ésta desaparece. En nuestro concepto, señalar como extinción de la ejecución de la pena al cumplimiento de la misma resulta inadecuado, porque, en realidad no se puede extinguir lo que ya no existe[18]. Por ejemplo: una persona que es sentenciada a cinco (5) años de pena privativa de libertad y cumple su pena, se presume que ha sido rehabilitado, por lo que ya no puede ser perseguido penalmente (borrándose los antecedentes penales).

Se debe tener en cuenta que existen casos en los que no coincide la pena impuesta con la pena realmente cumplida. Por ejemplo: de acuerdo al beneficio penitenciario del "dos por uno" -dos días de trabajo reducen un día de la condena de pena privativa de libertad-, en este caso la pena reducida no es el cumplimiento de la condena, y sin embargo extingue la responsabilidad penal. Lo mismo puede suceder en el caso que se imponga una multa que no es cumplida, pudiendo el Juez transformarla en pena privativa de libertad efectiva, de acuerdo al art. 52° del Código Penal. Por tanto, el cumplimiento de pena debe

[18] Vid. Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco.- "Las Consecuencias Jurídicas del Delito", 2° edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1993, pp. 98 - 199.

entenderse tanto para el cumplimiento literal y efectivo de la pena impuesta en la sentencia, como aquellas situaciones en las cuales la ley entiende que se ha cumplido debido a la reunión de ciertos requisitos que la ley admite como sustitutivos de la pena, como es el caso de la suspensión de la ejecución de la pena (art. 57° del CP), cuando transcurre satisfactoriamente el plazo de suspensión y se obtiene la remisión definitiva; o con la libertad condicional (art. 53° Código de Ejecución Penal), en que el tiempo que el condenado permanezca acogido a ese beneficio se computa como realmente cumplido para los efectos de la extinción de la responsabilidad penal. Si la pena impuesta en una sentencia ha sido objeto de reducción o conmutación posterior, la determinación de su cumplimiento atiende a la naturaleza y duración de la pena que, en definitiva, resultó obligado a cumplir el condenado.

También se debe tener en cuenta, para el cumplimiento de la sentencia, el tiempo que permaneció detenido el sujeto a consecuencia del proceso, es decir el tiempo de detención ya cumplido debe ser descontado de lo dispuesto en la sentencia.

Exención.

Para comprender en forma clara la exención de pena establecida como una causal de extinción de la ejecución de la pena en el art. 85° núm. 3 del Código Penal, debe ser concordada con el art. 68° del mismo cuerpo legal, el que señala:

> Artículo 68°.- *"El Juez podrá eximir de sanción, en los casos en los 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."*

La exención de pena o dispensa de pena señala sólo la falta de merecimiento de pena por la escasa responsabilidad del agente, pero es un tipo de sanción, es decir, se condena al individuo por el delito

que ha cometido pero se le exime de pena. Como un requisito objetivo indispensable para aplicar la exención se señala que el delito previsto por la ley no sea sancionado con pena privativa de libertad mayor a los dos (2) años o con pena limitativa de derechos o con multa.

Tal como señala el Dr. Prado Saldarriaga[19]: "El fundamento de la exención de pena resulta de consideraciones de prevención especial y de oportunidad o merecimiento de pena. De modo tal que en atención a las circunstancias del hecho punible, a las condiciones personales del autor o partícipe, o a la naturaleza de los bienes jurídicos afectados, la responsabilidad punitiva aparece en el caso concreto como innecesaria o desproporcionada". La aplicación de esta institución implica determinar la culpabilidad del sujeto pese a lo cual no se le impone una pena, esto resalta el valor del proceso -en cuanto a la comprobación de la culpabilidad- pero, esto no es lo único que se debe tener en cuenta para imponer la pena a un individuo, se manifiesta entonces una relación entre el derecho y la justicia.

La concesión del beneficio mencionado se confía a la sabia apreciación del juez, quien perdona al agente cuando presume que se abstendrá de cometer ulteriores delitos, habida cuenta de las circunstancias indicadas en el art. 68° del CP, es decir, no sólo de la poca gravedad del delito, sino también de su mínima responsabilidad (motivos, carácter del reo, antecedentes, conducta, condiciones de vida, caso en que el contenido del injusto y de la culpabilidad es mínimo).

En nuestro concepto, la Exención de Pena puede ser calificada como una Excusa Absolutoria, en las que existe el delito -conducta típica, antijurídica y culpable- pero no se impone una pena. El Código Penal establece varios casos de excusas absolutorias como: el arts. 175° in fine, 85° núm. 3, 208° , 215° ult. pfo., 406°.

---

[19] Prado Saldarriaga, Víctor.- "Todo Sobre El Código Penal", T.I: Notas y Comentarios, Editorial IDEMSA-, Lima, 1996, p. 137.

Como nota aparte, debemos mencionar el art. 299° del Código Penal, utiliza el término "exento" pero no referido a un caso de exención de pena, sino señalando la atipicidad de la conducta. El art. 299° establece que está exento de pena el poseedor de drogas para su consumo personal, lo que no guarda ninguna relación con la institución de la exención de pena, pues ésta requiere que exista una mínima culpabilidad del autor.

3. Causas de extinción en los delitos de acción privada: desistimiento, transacción, perdón del ofendido.

La acción penal siempre es pública, pero el ejercicio de la misma puede ser pública o privada. Al decir que, la acción penal es siempre pública nos referimos a que la investigación y el juzgamiento de los hechos siempre se realiza ante los órganos del Estado -Ministerio Público o Poder Judicial-.

Respecto del ejercicio de la acción penal, existen dos posibilidades:

1. De oficio, cuando el Ministerio Público da inicio a las investigaciones de un hecho por iniciativa propia o cuando el hecho es denunciado por algún particular -sin ser necesariamente el agraviado-, por ejemplo: delito de hurto, robo, tráfico ilícito de drogas, etc.
2. Privada, cuando el ejercicio de la acción penal sólo puede darse por las personas que señala la ley. Por ejemplo: arts. 130°, 131°, 132° y otros. Nuestro Código Procesal Penal, que aún no entra en vigencia, tiene una redacción clara sobre el tema: Artículo 1°.- *"La acción penal es de naturaleza pública. Su ejercicio corresponde al Ministerio Público, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley".*

Como comentario podemos citar el caso del art.7° del Dec. Leg. N° 813, en el cual se establece que: *"El Ministerio Público, en los casos de delito tributario, podrá ejercitar la acción penal sólo a petición de parte agraviada. A efecto se considera parte agraviada al Órgano Administrativo del Tributo"*. Cabe preguntarse aquí: ¿Se presenta en el delito tributario un caso de ejercicio privado de la acción de parte de la SUNAT?, ¿Es el titular de la Acción Penal, el Ministerio Público? ¿Puede actuar en forma independiente en este delito?

Las causas de extinción en los delitos de acción privada se justifican por tener un carácter netamente personal, referido a un interés preferente de parte de la víctima, es ella la que debe tomar la decisión de seguir con el proceso o no de acuerdo a sus propios intereses. En este sentido, el profesor César San Martín afirma: "La característica más importante de los delitos privados es que la persecución está reservada a la víctima. Ella es la única que tiene legitimación activa, sólo a su instancia es posible incoar el procedimiento penal". Por ello, la extinción de los delitos de acción privada se puede dar a través del desestimiento, la transacción o el perdón del ofendido.

Desistimiento.

En este caso, el sujeto que interpuso la querella por voluntad propia ya no quiere que se siga el proceso, es decir el sujeto renuncia a la facultad que le ha otorgado el derecho. Como señala el Dr. Roy Freyre[20]: "Es la facultad que tiene el agraviado de renunciar a continuar con la sustanciación de la acción penal que ha incoado por ejercicio privado, ya sea mediante una declaración expresa en tal sentido, o tácitamente si es que omite concurrir a la citación judicial efectuada bajo apercibimiento de tenerlo por desistido, o deja de impulsar el juicio durante un tiempo determinado por la ley".

---

20 Roy Freyre, Luis Eduardo.- op. cit., p. 204.

Entre los delitos en los que se puede aplicar la figura del desestimiento tenemos:

a. Delitos contra el honor: injuria (art. 130°), calumnia (art. 131°) y difamación (art. 132°).
b. Delitos referidos a la violación de la intimidad: arts. 154°, 156° y 157°.
c. Delito de aprovechamiento y daño de la reputación ajena: art. 240°.

Puede darse el caso que la persona que ha sido denunciada -querellado- no acepte el desestimiento, porque quiere que se siga el proceso con el fin de demostrar su inocencia.

Transacción.

En este caso tanto el querellante como el querellado se ponen de acuerdo para dar por concluido el proceso, se da pues una composición entre los sujetos. En este caso, tal como señaló el Dr. Peña Cabrera[21]: "el agraviante y el agraviado espontáneamente o auspiciados por el colectivo social encuentran formas de reconciliación con las que el Estado no puede ser indiferente". En este sentido el Dr. Roy Freyre[22] señala: "(...) creemos, más bien, que tiene el significado de una conciliación. El querellante y el querellado ajustan sus pretensiones para hacer mutuas concesiones que pueden ser de naturaleza patrimonial, como cuando se acuerda el monto de la reparación civil; o de índole moral, como en el caso de una retractación pública respecto a ciertas expresiones consideradas ofensivas".

La transacción tiene su base en el Derecho Penal primitivo, donde lo único que tenía importancia era la reparación del daño que

---

21 Peña Cabrera, Raúl.- "Nuevo Código Penal Comentado y Leyes Complementarias", 2° edición, Editorial San Marcos, Lima, 1992, p. 112.

22 Roy Freyre, Luis Eduardo.- op. cit., p. 209.

se había causado. Un aspecto positivo de la transacción es el hecho que puede terminar el proceso antes de la sentencia.

El maestro BRAMONT ARIAS[23] define la transacción como un convenio por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo, cada una alguna cosa ponen término a un proceso que ha comenzado. Se trata de una verdadera "composición", cuyo significado jurídico fue el "transigir" en el primitivo derecho penal.

Perdón del Ofendido.

De acuerdo al art. 85° núm. 3, se puede extinguir la acción penal por el perdón del ofendido en aquellos casos en los que el legislador ha dejado en sus manos la iniciativa de la persecución penal de los hechos, es decir, cuando la pena impuesta se haya dado en los delitos perseguibles mediante denuncia o querella del agraviado. En este caso, se le esta dando un poder excepcional al querellante porque puede paralizar la acción represiva del Estado.

El profesor César San Martín[24] remarca: "El perdón del ofendido, que por cierto debe ser prestado de modo expreso y sin condiciones, es una causal que opera exclusivamente en los delitos privados. Es, apunta Sebastián Soler, un acto unilateral del ofendido cuyo efecto consiste, *per se*, en la extinción de la pena, independientemente de cualquier voluntad del reo. Impuesta la pena mediante fallo firme, el ofendido puede formular el perdón ante el Juez de ejecución. El perdón opera automáticamente y no es renunciable por el ofensor. El juez deberá declarar sin efecto la sanción y ordenar la anulación o cancelación de los antecedentes que el delito generó".

---

23 Bramont Arias, Luis Alberto y Bramont-Arias Torres, Luis Alberto.- "Código Penal Anotado", 4° edición, Editorial San Marcos, Lima, 2001, p. 297.

24 San Martín Castro, César.- "Derecho Procesal Penal", Vol. II, Editorial Grijley, Lima, 1999, p. 1104.

Hay que recalcar que el ofendido perdona la pena, es decir, se ha demostrado a lo largo de un proceso la responsabilidad del ofensor y a pesar de eso se le dispensa de pena.

El Profesor Bustos Ramírez[25] en relación con los delitos de ejercicio de la acción privada señala que: "Hoy no tiene sentido tal tipo de delitos, pues no se puede entregar al particular la facultad de sancionar; el objetivo que con ellos se quería conseguir, de ir hacia una descriminalización o hacia otro tipo de alternativas sancionatorias, se puede obtener por medios que no impliquen dejar en el particular la facultad de sancionar, que se puede prestar a abusos. El perdón del ofendido aparece como una lógica consecuencia de este tipo de delitos, ya que el particular tendría la propiedad de la sanción y, por tanto, podría renunciar a ella (perdonar). De *lege ferenda* hay que señalar que su mantenimiento no tiene fundamento y que debería irse a su supresión, sustituyendo los casos en que se aplica por otras instituciones."

El perdón debe ser expreso y sin ningún tipo de condición pues, no debe ser utilizado por la víctima para obtener algún tipo de provecho, lo que se quiere en este tipo de procedimientos es reparar los daños ocasionados y conseguir nuevamente la paz entre los ciudadanos, no enriquecerse a raíz de un proceso. En este sentido el profesor Prado Saldarriaga[26]: "Un perdón sujeto a condiciones sería extraño al sentido de la causal a la vez que se convertiría, cuando menos de modo explícito, en una transacción la cual en nuestro sistema legal sólo puede extinguir la acción penal".

---

25 Bustos Ramírez, Juan.- op. cit., p. 460.

26 Prado Saldarriaga, Víctor.- "Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú", Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2000, p. 250.

CAPÍTULO XIX

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

1. Concepto y fundamento.

Al momento de dictarse la sentencia se establecen dos puntos: la pena -o medida de seguridad, dependiendo del caso- y la reparación civil -de acuerdo al art. 92° del Código Penal-; mientras la primera tiene por objeto resocializar o rehabilitar al individuo para reincorporarlo a la sociedad, la segunda pretende reparar el daño o perjuicio que ha sufrido la víctima u otras personas afectadas por el delito. En este sentido, el profesor Muñoz Conde[1] señala: "(...) mientras que con la pena el responsable penal responde frente al Estado y a la colectividad, con la responsabilidad civil se pretende, a grandes rasgos, reparar o compensar los efectos que el delito ha tenido sobre la víctima o los perjudicados por el mismo".

La reparación civil surge luego de la comisión de un delito, es decir, la reparación civil requiere para su aplicación de la existencia de un delito. La razón es que la esencia para la imposición de la reparación civil no está en que se halla afectado intereses individuales o colectivos, sino en el hecho de que el sujeto conociendo la norma

---

[1] Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- "Derecho Penal – Parte General", 4° edición, Valencia, 2000, p. 675 - 676.

que regula nuestro ordenamiento jurídico ha decidido ir contra ella, es decir, su conducta enfocada contra la norma provoca que se le imponga una pena y una reparación civil. Sobre esta base podemos decir que el pago de la reparación civil tiene un efecto intimidatorio. Pero, debemos tener en cuenta que no toda conducta relevante para el derecho penal genera responsabilidad civil, así tenemos: cuando el sujeto actúa en legítima defensa.

Conforme dice el maestro BRAMONT ARIAS[2]: "El planteamiento penal de la responsabilidad civil se basa en el hecho de que según la letra de la ley y la opinión corriente en la doctrina, las sanciones civiles serán consecuencia del delito. Pero esto no es verdad. Bien miradas las cosas no es el delito el que afecta intereses individuales, privados o patrimoniales y exige la aplicación de una sanción civil, sino el hecho calificado como ilícito, que al mismo tiempo genera responsabilidad delictual y civil, dos valoraciones distintas, entre ellas sólo existiría un vínculo de conexión, no se confunden".

La reparación civil puede observarse desde dos perspectivas. Primero, desde la prevención especial el autor del delito trata de reparar el daño que le ha ocasionado a la víctima, es parte de su resocialización; segundo, desde la prevención general positiva cumplir con la reparación civil implica reconocer que se ha afectado un valor protegido por la sociedad, el que seguirá siendo afectada mientras el sujeto no cumpla.

Al igual que la pena, la reparación civil en sentido estricto es una sanción[3], por tanto tiene un carácter coactivo. Este tipo de sanción consiste en una pérdida o disminución de los bienes -materiales- del responsable que trata de compensar el daño que ha ocasionado pero, a

---

2 Bramont Arias, Luis Alberto y Bramont-Arias Torres, Luis Alberto.- "Código Penal Anotado", 4° edición, Editorial San Marcos, Lima, 2001, p. 310.

3 Parte de la doctrina señala que la reparación civil es una tercera vía de sanción autónoma. Las otras vías son la pena y la medida de seguridad.

la vez y de acuerdo al art. 93° del Código Penal, la reparación civil comprende **la restitución[4] del bien o, si no es posible, el pago de su valor y la indemnización[5] por daños y perjuicios.** Así el Dr. Fernández Carrasquilla[6]: "las consecuencias civiles del delito se reducen generalmente a la obligación de indemnizar los daños materiales y morales que se ocasionen a la víctima con el delito, pero realmente y de modo estricto abarcan igualmente la restitución".

La reparación civil se rige básicamente por las normas civiles, manifestándose diversos principios que no concuerdan con el ordenamiento penal, por ejemplo:

- La reparación civil no se extingue con la muerte del autor del delito, sino que es transmisible a sus herederos (art. 96°). El principio de personalidad que rige el ordenamiento penal, el cual impone que sólo el autor puede responder por el delito, es contradicho respecto de la reparación civil porque pueden pagar personas que no cometieron el delito.
- La reparación civil no se establece sobre la base del delito cometido, como en el caso de la pena, sino en referencia a los efectos que ha producido; por lo que pueden darse casos en que un delito muy grave tenga una reparación civil muy pequeña y, por el contrario, un delito muy leve puede originar el pago de una gran suma de dinero.

---

4 La restitución puede definirse como, resarcimiento consistente en la vuelta de la cosa al legítimo poseedor o propietario, ya se trate de bienes muebles o inmuebles. La restitución procederá aún cuando se encuentre en manos de un tercero que lo haya adquirido legalmente y de buena fe (art. 94°), dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda.

5 Corresponde a la parte civil la obligación de acreditar y probar suficientemente esos perjuicios, o la prohibición al órgano jurisdiccional de sobrepasar la cuantía de lo pedido o de formular pronunciamientos no solicitados a favor de personas distintas a las señaladas como beneficiarios por los accionantes.

6 Fernández Carrasquilla, Juan.- "Derecho Penal Fundamental", 2° edición, Editorial Temis, Bogotá, 1989, p. 445.

- La reparación civil se rige conforme las normas del Código Civil y Procesal Civil, por lo que es un derecho renunciable; esto marca una gran diferencia con la acción penal, la cual una vez iniciada no se puede detener.

La regulación de la reparación civil dentro de un proceso penal obedece principalmente al principio de economía procesal. Al respecto, el profesor Muñoz Conde[7] nos dice: "Esta unidad en el ejercicio de las acciones penales y civiles supone enormes ventajas para los perjudicados por el delito, ya que en los sistemas donde se ejercen y resuelven separadamente, concluido el proceso penal, el perjudicado debe incoar un nuevo proceso civil para obtener la declaración de esta naturaleza y el resarcimiento".

En conclusión, la reparación civil busca compensar a la persona que ha sufrido un daño producto de la comisión de un delito por alguna otra persona, pero el fundamento de la reparación civil se encuentra en haber contradicho la norma y no precisamente en el daño producido. Además, de acuerdo al art. 93° del Código Penal, se debe proceder a la restitución del bien -si es imposible, se debe pagar su valor- y la indemnización de daños[8] y perjuicios.

2. Sujetos Obligados a la reparación.

El pago de la reparación civil rompe con el principio de personalidad recogido en el Derecho Penal, ya que, como lo establece el art. 96° del Código Penal:

---

7 Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit., p. 678.

8 Debemos aclarar que, la indemnización de daños y perjuicios incluye tanto los daños materiales como los morales, al referirnos a los daños, éste puede ser de dos clases:

a) Daño emergente: es el equiparable al daño, como el que resulta efectiva y materialmente en el objeto del delito y;
b) Lucro Cesante: equivalente al perjuicio (beneficios que se dejan de obtener como consecuencia del delito).

"La obligación de la reparación civil fijada en la sentencia se transmite a los herederos del responsable hasta donde alcancen los bienes de la herencia. El derecho a exigir la reparación civil se transfiere a los herederos del agraviado".

La redacción de este artículo nos muestra que no sólo se transmite la obligación del pago de la reparación civil sino, también, el derecho a exigir el pago de la misma. Esto pone en evidencia que el pago de la reparación civil es de índole privada, por lo que se deduce que la pretensión correspondiente es renunciable y transmisible, lo que es confirmado por el art. 101° del Código Penal, el cual establece que la reparación civil se rige de acuerdo a las disposiciones del Código Civil.

A esto, debemos añadir, el art. 95° del Código que señala: *"La obligación de la reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente obligados"*. En estos casos los condenados por un mismo delito -autores y partícipes- y los terceros civilmente, están obligados al pago. Puede darse el caso que uno de los obligados pague íntegramente la reparación civil, en este caso puede repetir el pago hacia los demás obligados. Tal como señala el profesor Muñoz Conde[9]: "(...) en principio, el responsable penal es también el responsable civil y en caso de concurrencia de varios responsables penales -autores y cómplices-, se fijarán las cuotas que corresponden a cada uno de ellos. Los distintos intervinientes en el delito o falta responden solidariamente entre sí por sus respectivas cuotas y subsidiariamente respecto de las correspondientes a los demás, sin perjuicio del derecho a repetir contra ellos". Lamentablemente, nuestro Código Penal no establece taxativamente que el pago de la reparación civil sea proporcional al grado de intervención del sujeto en el delito. Actualmente, las sentencias fijan un monto total, al cual están obligados

[9] Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes.- op. cit., p. 681.

por igual todos los condenados. Al respecto remarcan los profesores Borja Mapelli y Juan Terradillos[10]: "No sólo se trata, pues, de fijar cantidades determinadas, sino de jerarquizar la responsabilidad civil, de acuerdo con la ponderación penal de cada una de las conductas".

Nuestro Código Penal establece varios **mecanismos de defensa** que se pueden utilizar cuando el condenado al pago no lo hace:

1. Los actos practicados o las obligaciones adquiridas con posterioridad al hecho punible son nulos en cuanto disminuyan el patrimonio del condenado y lo hagan insuficiente para la reparación, sin perjuicio de los actos jurídicos celebrados de buena fe por terceros (art. 97°).
2. Si el condenado no tiene bienes, se puede retener hasta un tercio de su remuneración por concepto de reparación civil (art.98°).
3. Procede acción civil contra los terceros cuando la sentencia dictada en la jurisdicción penal no alcanza a estos (art. 99°). Es decir el agraviado tiene la posibilidad de iniciar una acción civil contra terceros obligados a resarcir, pero que no fueron incluidos en sentencia.

Pueden surgir casos en los que exista el delito, pero *el agente no este obligado al pago de una reparación civil*, por ejemplo en los delitos que se quedaron en la fase de tentativa y no llegaron a producir ningún daño material ni perjuicio alguno; lo mismo puede suceder en los delitos de peligro. Pero, también pueden darse casos *en los que exista reparación civil y no hay responsabilidad penal*, como por ejemplo en las causas exculpantes; en este sentido el profesor Berdugo [11] nos dice: "(...) a veces sucede que el agente, sujeto activo,

---

[10] Mapelli Caffarena Borja y Terradillos Basoco, Juan.- "Las consecuencias jurídicas del delito", 2° edición, Editorial CIVITAS S.A., Madrid, 1993, p. 218.

[11] Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y otros.- "Lecciones de Derecho Penal – Parte General", 2° edición, Editorial Praxis, Barcelona, 1999, p. 413.

no llega a ser declarado culpable o resulta eximido de su responsabilidad penal, subsistiendo, no obstante, la civil. Casos en los que concurren algunas de las circunstancias que recoge el artículo 20° del Código Penal".

La acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal (art. 100°). La interpretación de este artículo implica coordinar normas penales y civiles:

- La extinción de la acción penal se produce de acuerdo al art. 78° en los siguientes casos:

  1) Por muerte del imputado, prescripción, amnistía y el derecho de gracia.
  2) La 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.

  Otra situación de extinción de la acción penal surge en el art. 51° -concurso real retrospectivo- del Código Penal, el que dispone el sobreseimiento definitivo de la causa y su archivo cuando el delito descubierto merezca una pena menor a la impuesta.
- La prescripción de la acción civil derivada de un hecho punible se rige por el art. 2001° del Código Civil[12], el que determina

[12] Artículo 2001 del Código Civil: *"Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:*

1. *A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.*
2. *A los siete años, la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado.*
3. *A los tres años, la acción para el pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral.*
4. *A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la que proviene de pensión alimenticia, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivada del ejercicio del cargo."*

en su núm. 4 que la responsabilidad extra-contractual prescribe a los 2 años.

- La acción civil no se extingue mientras subsista la acción penal. Es decir, el tiempo durante el cual este vigente la acción penal implica la vigencia de la acción civil. De aquí, que se pueda iniciar durante este período dicha acción. En otras palabras, la acción civil no se encuentra sujeta a ningún plazo, se puede considerar como un período de gracia a favor del llamado a iniciar la acción civil.
- Luego de extinguida la acción penal, la acción civil no se extingue sino que se rige por el plazo señalado en el art. 2001° núm. 4. Es decir, el plazo de prescripción de la acción civil comienza a contabilizarse desde el momento en que se extingue la acción penal por cualquiera de las circunstancias dispuesta en el art. 78° del Código Penal.
- **En conclusión:** la prescripción de la acción civil opera 2 años después de extinguida la acción penal.

3. Consecuencias Accesorias.

Las consecuencias accesorias no son medidas reparadoras de los daños y perjuicios, ni penas, ni medidas de seguridad. En primer lugar, debemos decir que no guardan relación con la gravedad del hecho ni con la culpabilidad del mismo. El Código Penal las regula entre los arts. 102° y 105°.

> **Artículo 102°.-** *"El Juez resolverá el decomiso o pérdida de los efectos provenientes de la infracción penal o de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, a no ser que pertenezcan a terceros no intervinientes en la infracción".*

Este artículo trata el decomiso de bienes, tanto de aquellos que han sido obtenidos por medio del delito como de aquellos que sirvieron

para perpetrarlo -armas, herramientas, etc.-. El decomiso se puede dar tanto en los delitos como en las faltas, pero en ningún caso se aplica sobre los efectos o instrumentos que pertenecen a un tercero no responsable de la infracción penal.

El decomiso es una consecuencia accesoria de la infracción penal, dirigida a la prevención de delitos, no mediante la readaptación a la vida social del delincuente, sino quitándole a éste las cosas relacionadas con el delito cometido, las cuales son en sí mismas peligrosas.

El art. 102° se refiere a los *efectos provenientes de la infracción penal y a los instrumentos con que se hubiese realizado.* Los efectos de la infracción son los objetos materiales sobre los cuales ha recaído la acción delictiva o que sean producto de ella, por ejemplo: las monedas falsificadas. Los instrumentos son los medios materiales de los que el autor se ha valido para perpetrar el delito, por ejemplo: armas, herramientas, etc., ya que se hayan utilizado ocasionalmente durante la ejecución del delito o hayan sido dispuestos en forma especial para cometerlo.

El decomiso tiene naturaleza de pena, aunque tenga una clara utilidad para la indemnización del daño, por lo que no cabe aplicarla cuando el bien pertenezca a un tercero, aunque sea responsable civil subsidiario.

> **Artículo 103°.-** *"Cuando los efectos o instrumentos referidos en el artículo 102°, no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal podrá el juez no decretar el decomiso o, cuando sea posible, decretarlo sólo parcialmente".*

Este artículo hace referencia al decomiso facultativo, en el cual el Juez puede no decretar el decomiso cuando los bienes no sean de

ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal o, en su defecto, puede decretar un decomiso parcial. Con este precepto se pone fin a la opinión predominante que no consideraba instrumento del delito, por ejemplo, el vehículo de motor mediante el que se perpetraba un delito, pero ahora tal criterio carece de apoyo legal, pues se justifica el decomiso por el valor económico del vehículo y por ser éste de lícito comercio.

> **Artículo 104°.-** *"El juez decretará, asimismo, la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquéllos si sus bienes fueran insuficientes".*

El art. 104° va dirigido a los beneficios *obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción pe*nal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, pero esto sólo se puede dar cuando es necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquellos si sus bienes fueran insuficientes, esto se conoce como el *comiso de la ganancia*[13]. Tal como señala Manzanares[14], el decomiso de las ganancias más que una medida de derecho penal, se trata de una medida de derecho civil tendente a impedir el enriquecimiento sin causa, llamado también enriquecimiento injusto.

---

13 Los delitos acarrean un beneficio o provecho (no necesariamente económico) para los autores o partícipes o para sujetos ajenos al hecho típico y antijurídico; pero el comiso de la ganancia no puede estar sometido a los mismos principios que el comiso de los efectos o instrumentos del hecho punible pues, normalmente no ofrecen peligrosidad intrínseca alguna.

14 Manzanares Samaniego.- "La pena de comiso en el Proyecto del Código Penal". ADPCP, fascículo II-III, Mayo-Diciembre. 1981. Número monográfico extraordinario en memoria del Profesor D. José Anton Oneca, Madrid, p. 620.

La naturaleza del comiso de la ganancia es la de una "medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial", por emplear palabras de Maurach, o, si se prefiere, una medida tendente a impedir un lucro ilícito.

Artículo 105°.- *"Si un hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el juez podrá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:*

1. *Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.*
2. *Disolución de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.*
3. *Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.*
4. *Prohibición de la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.*

La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.
Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores".

El art. 105° trata las medidas que se pueden tomar frente a las personas jurídicas, siempre y cuando el hecho punible fuere cometido

en ejercicio de su actividad o utilizando dicha persona jurídica para favorecerlo o encubrirlo. Dado que una persona jurídica no puede delinquir en forma directa -por no poder aplicársele un juicio de culpabilidad o reprochabilidad-, es decir, no puede ser considerada como sujeto activo del delito, nuestro Código Penal contiene la figura del "actuar por otro" en el art. 27°, según el cual el representante autorizado es el responsable y es aquí donde se puede adicionar las medidas contra la persona jurídica señaladas en el art.105° -clausura definitiva o temporal, disolución, suspensión, etc.-. Las medidas que señala el art.105° son netamente administrativas.

Gracia Martín[15] señala que si las personas jurídicas no pueden delinquir y el fundamento de las medidas de seguridad es la peligrosidad del sujeto revelada por la previa comisión de un hecho punible, las personas jurídicas no podrán ser objeto de medidas de seguridad post-delictuales, únicas que revisten carácter penal, y, por lo tanto, a las personas jurídicas sólo podría aplicárseles medidas de carácter administrativo. Sin embargo, agrega el citado autor, la moderna ciencia del derecho penal ha abierto actualmente una vía suscribible que permite hacer frente a la llamada "peligrosidad" de los entes colectivos y según la cual las medidas pueden ser encuadradas en la categoría de las medidas *sui generis* que se fundamentan, no en la peligrosidad subjetiva del autor, sino en la *peligrosidad objetiva de la cosa*, esto es la peligrosidad objetiva de la persona jurídica puesta de manifiesto por las acciones típicas y antijurídicas, realizadas por sus órganos o personas que actúan en su servicio. Se trata de la peligrosidad que revelan tales entes por estar expuestos a ser instrumentalizados (no como sujetos pasivos) para la realización de actividades delictivas.

---

15 Gracia Martín, Luis.- "Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales", Casa Editorial Bosch S.A., Barcelona, 1986, pp. 103 - 105.

La aplicación de este "tipo de medidas de seguridad" a las personas jurídicas, de acuerdo a Bajo Fernández[16], no afectan el principio de no responsabilidad de las personas jurídicas, porque no se trata de penas que operen en función de la culpabilidad del autor, sino de medidas que dependen de la peligrosidad objetiva del hecho y del autor.

16 Bajo Fernández, Manuel.- "Manual de Derecho Penal". Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989, p. 419.

ANEXOS

CUADROS SINÓPTICOS DE DERECHO PENAL

<table>
<tr><th colspan="3">APLICACION DE LA LEY PENAL</th></tr>
<tr><td rowspan="6">Aplicación Espacial</td><td>Principio de Territorialidad: art 1°</td><td></td></tr>
<tr><td>Principio de Ubicuidad: art 5°</td><td></td></tr>
<tr><td>Excepciones a la Aplicación Espacial: art. 2° núm 2 y 3</td><td rowspan="2">Principio de Extraterritorialidad</td></tr>
<tr><td>Principio de Personalidad: art 2° núm 1 y 4</td></tr>
<tr><td colspan="2">Principio Universal o de Justicia Mundial: art 2° núm. 5</td></tr>
<tr><td colspan="2">Inaplicabilidad del Principio de Extraterritorialidad: art 4°</td></tr>
<tr><td colspan="2">Extradición: Activa y Pasiva</td></tr>
<tr><td rowspan="6">Aplicación Temporal</td><td colspan="2">Principio de Irretroactividad de la ley penal: art. 6°</td></tr>
<tr><td colspan="2">Principio de Retroactividad Benignal: art. 6°</td></tr>
<tr><td colspan="2">Leyes Penales Intermedias</td></tr>
<tr><td colspan="2">Ley Abolitiva: art. 7°</td></tr>
<tr><td colspan="2">Leyes Temporales o Especiales: art. 8°</td></tr>
<tr><td colspan="2">Lex Tertia</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Aplicación Personal</td><td colspan="2">Momento de Comisión del delito: art 9°</td></tr>
<tr><td colspan="2">Inviolabilidad</td></tr>
<tr><td colspan="2">Inmunidad</td></tr>
<tr><td colspan="2">Antejuicio</td></tr>
</table>

CASOS DE FALTA DE ACCION	Fuerza Física Irresistible (art. 20° núm. 6)
	Estado de Inconsciencia
	Actos Reflejos

TIPICIDAD				
Consiste en adecuar el comportamiento concreto de un sujeto en el tipo penal abstracto				
Objetiva	El Bien Jurídico Protegido: Es el interés jurídicamente tutelado			
	Acción Típica: Debe señalarse el tipo penal que corresponde al comportamiento realizado por el agente			
	Sujetos	Activo	Es el que realiza la conducta	
		Pasivo	De la acción: recibe la conducta	
			Del delito: recibe el perjuicio	
	Relación de Causalidad o Nexo Causal: Se aplica la teoria de la equivalencia de condiciones: conditio sine quanon			
	Imputación Objetiva	Crear un riesgo no permitido		
		Aumentar un riesgo no permitido		
		Estar dentro del ámbito de protección de la norma		
		La teoría de la Adecuación es el límite de la imputación objetiva	Previsibilidad	
			Falta de diligencia debida	
	Elementos descriptivos: son fácilmente aprehensibles por los sentidos			
	Elementos normativos: requieren de una valoración de parte del Juez			
Subjetiva	Dolo: conciencia y voluntad de realizar el hecho punible	Dolo directo de primer grado		
		Dolo de consecuencias necesarias o de segundo grado		
		Dolo eventual o de tercer grado		
	Error de Tipo	Cae sobre algún elemento de tipo objetivo. Destruye el Dolo		
		Clases	Vencible: desaparece el dolo y se castiga a título de culpa (si está tipificado)	
			Invencible: desaparece el dolo y la culpa. La conducta es atípica	
Causas de Atipicidad	El consentimiento (art. 20° núm. 10)			
	El error de tipo - art. 14°, primer párrafo			
	Obrar por disposición de la ley y en cumplimiento de un Deber (art. 20° núm. 8)			

DELITOS CULPOSOS		
Clases de Culpa	Consciente (con representación)	
	Inconsciente (sin representación)	
Tipicidad	Objetiva	Incumplimiento del deber objetivo de cuidado (desde el punto de vista de un observador imparcial)
		Previsibilidad
		Reglas de cuidado - Lex artis
		Relación de Causalidad: Equivalencia de condiciones
		Imputación objetiva
	Subjetiva	Capacitación individual del sujeto: puede tener un conocimiento especial
Notas del delito culposo	Regulación en forma expresa: art. 12° del Código Penal	
	Debe producirse un resultado	
	No hay co-autoría ni instigación	
	No hay omisión propia culposa	
	No hay tentativa	

<table>
<tr><th colspan="5">DELITOS DE OMISIÓN</th></tr>
<tr><td rowspan="4">Requisitos</td><td colspan="4">Norma de mandato - Hacer lo dispuesto por la Ley (omisión propia)
Norma de prohibición - no realizar el comportamiento dispuesto por la Ley (omisión impropia)</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Capacidad de actuar</td><td colspan="3">Física</td></tr>
<tr><td colspan="3">Mental</td></tr>
<tr><td colspan="4">No realización de la acción debida, por "no hacer nada" o por "hacer algo diferente" a lo ordenado</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Clases</td><td colspan="4">Omisión propia o pura.- Se encuentra en forma expresa en el CP (se presume la posición de garante)</td></tr>
<tr><td colspan="4">Omisión impropia o comisión por omisión.- Consiste en hacer equivalente una omisión a una acción. Conforme el artículo 13° del CP. (se debe demostrar la posición de garante)</td></tr>
<tr><td rowspan="7">Omisión Propia</td><td rowspan="5">Tipo Objetivo</td><td colspan="3">Acción Esperada.- El comportamiento que debió realizar</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Capacidad de actuación</td><td colspan="2">Física</td></tr>
<tr><td colspan="2">Mental</td></tr>
<tr><td colspan="3">Ausencia de realizar el comportamiento ordenado</td></tr>
<tr><td colspan="3">Relación de Causalidad</td></tr>
<tr><td colspan="3">Imputación objetiva</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Tipo Subjetivo</td><td colspan="3">Dolo.- Conocimiento de la obligación de actuar</td></tr>
<tr><td colspan="3">Culpa.- Incumplimiento del deber objetivo de cuidado</td></tr>
<tr><td rowspan="6">Omisión Impropia</td><td rowspan="5">Posición de Garante</td><td rowspan="3">Función de protección de bienes jurídicos</td><td>Estrecha relación familiar</td></tr>
<tr><td>Comunidad de peligro</td></tr>
<tr><td>Supuestos de asunción voluntaria</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Función personal de control de una fuente de peligro</td><td>Actuar precedente o injerencia</td></tr>
<tr><td>Deber de control de una fuente de peligro</td></tr>
<tr><td>Responsabilidad por conductas de otras personas</td></tr>
<tr><td colspan="4">Nexo de Causalidad - Causalidad hipotética</td></tr>
<tr><td colspan="4">Imputación objetiva</td></tr>
</table>

<table>
<tr><th colspan="3">ANTIJURICIDAD</th></tr>
<tr><td colspan="3">Formal Contradicción entre el comportamiento y el ordenamiento jurídico</td></tr>
<tr><td colspan="3">Material: Cuando el comportamiento lesiona o pone en peligro el bien jurídico</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Estructura de una Causa de Justificación</td><td colspan="2">Aspecto Objetivo: Son los requisitos dispuestos en el CP.</td></tr>
<tr><td colspan="2">Aspecto Subjetivo: Conocer o creer que se está actuando justificadamente</td></tr>
<tr><td rowspan="7">Causas de Justificación (eliminan la antijuricidad)</td><td rowspan="3">Legítima defensa (art. 20° núm. 3)</td><td>Agresión ilegítima</td></tr>
<tr><td>Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla</td></tr>
<tr><td>Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Estado de necesidad justificante (art. 20° núm. 4)</td><td>Peligro actual e insuperable de otro modo</td></tr>
<tr><td>Bien propio o de terceros</td></tr>
<tr><td>Bienes jurídicos de diferente valor</td></tr>
<tr><td colspan="2">Ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20° núm. 8)</td></tr>
<tr><td colspan="2">Obediencia jerárquica (art. 20° núm. 9)</td></tr>
</table>

<table>
<tr><th colspan="4">CULPABILIDAD</th></tr>
<tr><td rowspan="8">Elementos o Causas Inculpantes</td><td>Imputabilidad</td><td colspan="2">Art. - art. 20° núm. 1 y 2
Imputabilidad restringida - art. 21° y 22°</td></tr>
<tr><td rowspan="7">Conocimiento de la antijuricidad</td><td rowspan="2"></td><td>Invencible: desaparece la responsabilidad</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Error de prohibición (art. 14°, 2p.)</td><td>Vencible: se atenúa la Responsabilidad</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Error de comprensión Culturalmente condicionado</td><td>Invencible: desaparece la responsabilidad</td></tr>
<tr><td>Vencible: disminuye la responsabilidad</td></tr>
<tr><td colspan="2">Error sobre los presupuestos de una causa de justificación.- surge cuando no se ha cumplido con el aspecto objetivo de una causa de justificación pero si, con el aspecto subjetivo. Se resuelve como error de prohibición.</td></tr>
<tr><td colspan="2">Error sobre los presupuestos de una causa exculpante.- aparece cuando no se cumplen con los requisitos objetivos pero, si con el aspecto subjetivo. Se resuelve como error de prohibición</td></tr>
<tr><td colspan="3">Exigibilidad de otra conducta.- Se debe examinar que tanto se puede reprochar al agente su conducta</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Causas Exculpantes</td><td rowspan="2">Eliminan la culpabilidad</td><td>Estado de necesidad exculpante: respecto de bienes jurídicos del mismo valor (art. 20° núm. 5)</td></tr>
<tr><td>Miedo insuperable (art. 20° núm. 7)</td></tr>
</table>

EL ITER CRIMINIS (GRADOS DE DESARROLLO DEL DELITO)	
Fase Interna	Ideación
	Decisión
	Deliberación
Fase Externa	Actos Preparatorios
	Tentativa
	Consumación
	Agotamiento

CASUSAS QUE PUEDEN DISMINUIR LA PENA	
Figura Penal	**Artículo**
Los realizados mediante omisión	13° in fine
Los casos de error de prohibición vencible	14° 2do. párrafo
Los delitos en fase de tentativa	16° 2do. párrafo
Eximentes incompletas	21°
Imputabilidad restringida	22°
Cómplice no necesario	25° 2do. párrafo
Confesión sincera	46° núm. 10

CAUSAS DE IMPUNIDAD AJENAS AL DELITO
Las Excusas Absolutorias
Las Condiciones Objetivas de Punibilidad

<table>
<tr><th colspan="5">LA PENA</th></tr>
<tr><td colspan="5">Puede ser Temporal: 2 días a 35 años o, permanente: cadena perpetua</td></tr>
<tr><td colspan="5">Puede existir un delito sin pena: Las excusas absolutorias: ejm, art. 208° del CP</td></tr>
<tr><td colspan="5">La prescripción de la pena comienza a computarse desde la sentencia firme</td></tr>
<tr><td colspan="5">La pena, en sus distintos momentos cumple con:
Prevención general: intimida a los sujetos para que no cometan delitos
Prevención especial: plantea la resocialización del delincuente
La teoría retributiva: La pena debe ser proporcional a la conducta (límite)</td></tr>
<tr><td colspan="5">Sistema vicarial en la aplicación de internación antes de la pena</td></tr>
<tr><td colspan="5">La aplicación de la pena de muerte debe respetar el Pacto de San José de Costa Rica</td></tr>
<tr><td rowspan="13">Clasificación de las Penas</td><td rowspan="9">Según su naturaleza</td><td colspan="2">Corporales</td></tr>
<tr><td colspan="2">Infamantes</td></tr>
<tr><td colspan="2">Privativa de libertad</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Restrictiva de la libertad</td><td>Expulsión</td></tr>
<tr><td>Expatriación</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Limitativas de derechos</td><td>Prestación de servicios a la comunidad</td></tr>
<tr><td>Limitación de días Libres</td></tr>
<tr><td>Inhabilitación</td></tr>
<tr><td colspan="2">Pecuniarias - multa</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Según su Gravedad</td><td colspan="2">Delitos</td></tr>
<tr><td colspan="2">Faltas</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Según su Autonomía</td><td colspan="2">Principales</td></tr>
<tr><td colspan="2">Accesorias</td></tr>
<tr><td rowspan="4">Según su aplicabilidad</td><td colspan="2">Únicas</td></tr>
<tr><td colspan="2">Conjuntas o copulativas</td></tr>
<tr><td colspan="2">Paralelas</td></tr>
<tr><td colspan="2">Alternativas</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Penas alternativas a las penas privativas de libertad de corta duración</td><td colspan="3">Suspensión de la ejecución de la pena</td></tr>
<tr><td colspan="3">Reserva del fallo condenatorio</td></tr>
<tr><td colspan="3">Exención de pena</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Las medidas de seguridad</td><td colspan="3">Internación</td></tr>
<tr><td colspan="3">Tratamiento ambulatorio</td></tr>
</table>

<table>
<tr><th colspan="2">CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN</th></tr>
<tr><td colspan="2">Muerte del Imputado</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Prescripción</td><td>Ordinaria</td></tr>
<tr><td>Extraordinaria</td></tr>
<tr><td colspan="2">Amnistía</td></tr>
<tr><td colspan="2">Derecho de Gracia</td></tr>
<tr><td colspan="2">Por autoridad de cosa juzgada</td></tr>
<tr><td rowspan="3">En casos de
acción privada</td><td>Art. 78 núm. 1 (muerte, prescripción, amnistía, derecho de gracia)</td></tr>
<tr><td>Desistimiento</td></tr>
<tr><td>Transacción</td></tr>
<tr><th colspan="2">CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA</th></tr>
<tr><td colspan="2">Muerte del condenado</td></tr>
<tr><td colspan="2">Amnistía</td></tr>
<tr><td colspan="2">Indulto</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Prescripción</td><td>Ordinaria</td></tr>
<tr><td>Extraordinaria</td></tr>
<tr><td colspan="2">Cumplimiento de pena</td></tr>
<tr><td colspan="2">Exención de la pena</td></tr>
<tr><td colspan="2">Perdón del ofendido en los casos de acción privada</td></tr>
</table>

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

1. AGUDELO BETANCUR, Nodier.- "Curso de Derecho Penal – Esquema del Delito", 2° edición, Editorial Linotipia Bolívar, Bogotá, 1993.
2. ANTOLISEI, Francesco.- "Manual de Derecho Penal – Parte General", traducción directa del italiano por Juan del Rosal y Ángel Tono, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana (UTEHA), Buenos Aires, 1960.
3. ANTÓN ONECA / RODRÍGUEZ MUÑOZ.- "Derecho Penal I", 2° edición, Madrid,1986.
4. BACIGALUPO, Enrique.- "La Técnica de Resolución de Casos Penales", 2° edición, Editorial COLEX, Madrid, 1995.
5. BACIGALUPO, Enrique.- "Manual de Derecho Penal – Parte General", 4° reimpresión, Editorial Temis, Bogotá, 1988.
6. BACIGALUPO, Enrique.- "Derecho Penal – Parte General", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1987.
7. BACIGALUPO, Enrique.- "Delitos Impropios de Omisión", Editorial Temis, Bogotá, 1983.
8. BACIGALUPO, Enrique.- "Lineamientos de la teoría del delito", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.
9. BACIGALUPO, Silvina.- "La Responsabilidad penal de las personas jurídicas", Bosch, Barcelona, 1998.
10. BAJO FERNÁNDEZ, Manuel.- "Manual de Derecho Penal – Parte Especial", delitos patrimoniales y económicos, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1989.

11. BALDÓ LAVILLA, Francisco.- "Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito", en el libro homenaje a Claus Roxin: "Política Criminal y nuevo derecho Penal", Jesús María Silva Sánchez editor, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.

12. BAUMANN, Júrgen.- "Derecho Penal Fundamental – Conceptos fundamentales y sistema", traducido por el Dr. Conrado A. Finzi, 4° edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981.

13. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; Arroyo Zapatero Luis; García Rivas Nicolás; Ferré Olivé Juan Carlos y Serrano Piedecasas, José Ramón.- "Lecciones de Derecho Penal – Parte General", 2° edición, Editorial Praxis, Barcelona, 1999.

14. BRAMONT ARIAS, Luis Alberto y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto.- "Código Penal Anotado", 4° edición, Editorial San Marcos, Lima, 2001.

15. BRAMONT ARIAS, Luis.- "Derecho Penal - Parte General", T.I, 3° edición, Lima, 1978.

16. BRAMONT ARIAS, Luis.- "La Ley Penal", Imprenta del Servicio de Prensa y Publicaciones Técnicas de la Policía, Lima, 1950.

17. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel.- "Lecciones de Derecho Penal y el Código Penal", 2° edición, Editorial San Marcos, Lima, 1998.

18. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán.- "Lecciones de Derecho Penal". Vol. I, Editorial Trotta, Madrid, 1997.

19. BUSTOS RAMÍREZ, Juan.- "La extinción de la Responsabilidad Criminal", Revista Debate Penal, Año 1, N° 3, Barcelona, 1987.

20. BUSTOS RAMÍREZ, Juan.- "Introducción al Derecho Penal", Editorial Temis, Bogotá, 1986.

21. BUSTOS RAMÍREZ, Juan.- "Manual de Derecho Penal Español – Parte General", 3° edición, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1984.

22. BUSTOS RAMÍREZ, Juan.- "Bases Críticas de un nuevo Derecho Penal", Editorial Temis, Bogotá, 1982.

23. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán.- "Pena y Estado", en Papers, Revista de Sociología N° 13, Madrid, 1980.

24. CABANELLAS, Guillermo.- "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual", T. II, 21° edición revisada, actualizada y ampliada, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1989.

25. CADAVID LONDOÑO, Paula.- "Los delitos de acción por omisión", Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Santa Fe de Bogotá, 1984.

26. CARNELLUTTI Francesco.- "Teoría General del Delito", traducción del italiano por Víctor Conde, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952.

27. CASTIÑEIRA, María Teresa.- "El delito masa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español", en el libro homenaje al profesor José Antón Oneca, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

28. CEREZO Mir, José.- "Curso de Derecho Penal Español", Parte General II, Teoría Jurídica del delito /2, Editorial TECNOS S.A., Madrid, 1990.

29. COBO DEL ROSAL, M. Y VIVES ANTÓN, T.S.- "Derecho Penal – Parte General", 3° edición corregida y actualizada, Tirant lo blanch, Valencia, 1990.

30. CREUS, Carlos.- "Esquema de Derecho Penal – Parte General", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993.

31. CREUS, Carlos.- "Derecho Penal – Parte General", 3° edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

32. CUELLO CALON, Eugenio.- "Derecho Penal", 2° edición, T.I., Librería Bosch, Barcelona, 1929.

33. CURY URZÚA, Enrique.- "Derecho Penal – Parte General", T. I y II, 2° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

34. CURY URZÚA, Enrique.- "Orientación para el estudio de la Teoría del Delito", Ediciones Nueva Universidad, Santiago de Chile, 1973.

35. DANNECKER Gerhard.- "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", Rev. Penal N° 7, La Ley, Sevilla, 1997.

36. ESTRADA VELEZ, Federico.- "Manual de Derecho Penal", Editorial Salesiana, Medellín, 1972.

37. FABBRINI MIRABETE, Julio.- "Manual de Derecho Penal – Parte General", Vol. I, Editorial Atlas S.A., Sao Paulo, 1986.

38. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan.- "Concepto y Límites del Derecho Penal", Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992.

39. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan.- "Derecho Penal Fundamental", T. I y II, 2° edición, Editorial Temis S.A., Bogotá, 1989.

40. FERRAJOLI, Luigui.- "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal", traducido por P.A. Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantero Bandrés, Editorial Trotta, Madrid, 1995.

41. FLORIAN, Eugenio.- "Diritto Penale – Parte General", T.I, 4° edición, Milano, Villardi, 1934.

42. FRAGOSO, Heleno Claudio.- "Licoes de Direito Penal", A nova Parte Geral, 4° edicao, revista e atualizada por Fernando Fragoso, Forense, Río de Janeiro, 1994.

43. GAITAN MAHECH, Bernardo.- "Curso de Derecho Penal General", Ediciones Lerner, Bogotá, 1963.

44. GARAYCOTT ORELLANA, Norman.- "Comentarios al Código de Ejecución Penal", Editorial San Marcos, Lima, 1998.

45. GARCÍA TOMA, Víctor.- "Introducción al Derecho", 2° edición, publicado por la Universidad de Lima, Lima, 1988.

46. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique.- "Autor y Cómplice", en Derecho Penal, Madrid, 1996.

47. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique.- "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?", en Estudios de Derecho Penal, 3° edición, Madrid, 1990.

48. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel.- "Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General", reimpresión, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1988.

49. GRACIA MARTÍN, Luis.- "Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales", Bosch, Barcelona, 1986.

50. HASSEMER, Winfried.- "Persona, Mundo y Responsabilidad – Bases para una teoría de la Imputación", en Derecho Penal, traducción de Muñoz Conde y Díaz Pita, tirant lo blanch, Valencia, 1999.

51. HASSEMER, Winfried.- "Fundamentos del Derecho Penal", Editorial Bosch, Barcelona, 1984.

52. HULSMAN, L.- "La criminología crítica y el concepto de delito", Revista Poder y Control, N° 0, Madrid, 1986.

53. HURTADO POZO, José.- "Manual de Derecho Penal – Parte General", 2° edición, Editorial Eddili, Lima, 1987.

54. JAKOBS, Günther.- "La Imputación Objetiva en el Derecho Penal", traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia – Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998.

55. JAKOBS, Günther.- "Sobre la Teoría de la Pena", traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia

– Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998.

56. JAKOBS, Günther.- "Derecho Penal – Parte General: fundamentos y teoría de la imputación", 2° edición, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo, Marcial Pons editores, Madrid, 1997.

57. JAKOBS, Günther.- "Estudios de Derecho Penal", traducción al castellano y estudio preliminar de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Súarez González y Manuel Cancio Melía, UAM ediciones y Editorial CIVITAS S.A., Madrid, 1997.

58. JAKOBS, Günther.- "Sociedad, norma y persona en teoría de un nuevo Derecho Penal Funcional", Editorial Civitas, Graficas Serven, Madrid, 1996.

59. JESCHECK, Hans-Heinrich.- "Tratado de Derecho Penal – Parte General", traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Vol. I y II, 4° edición completamente corregida y ampliada, Editorial Comares, Granada, 1993.

60. JESCHECK, Hans-Heinrich.- "Tratado de Derecho Penal – Parte General", traducción y adiciones del Derecho español por Mir Puig y Muñoz Conde, Vol. I y II, Editorial Bosch, Barcelona, 1981.

61. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis.- "Tratado de Derecho Penal", T. II, Editorial Lozada, Buenos Aires, 1950.

62. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis.- "El Criminalista", T. V, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1945.

63. KANT, Immanuel.- "Nueva crítica a la razón pura", traducido por Castaño Piñán, Editorial Sarpe, Madrid, 1984.

64. KANT, Immanuel.- "Introducción a la teoría del derecho", traducido por Vincenc González, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978.

65. LABATUT GLENA, Gustavo.- "Derecho Penal", actualizada

por el profesor Julio Centeno Vargas, T. I, 9° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1992.

66. LESCH, Heiko.- "La función de la Pena, Cuadernos: Luis Jiménez de Asúa", Dykinson, Madrid, 1999.

67. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel.- "Curso de Derecho Penal – Parte General", Editorial Universitas S.A., Madrid, 1996.

68. MANZANARES SAMANIEGO, José.- "La Pena de comiso en el Proyecto del Código Penal", ADPCP, fascículo II-III, mayo-diciembre, Madrid, 1981.

69. MAPELLI CAFFARENA, Borja y TERRADILLOS BASOCO, Juan.- "Las Consecuencias Jurídicas del Delito", 2° edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1993.

70. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Mauricio.- "La abolición del sistema penal", Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995.

71. MATA Y MARTÍN, Ricardo M.- "Bienes Jurídicos Intermedios y delitos de Peligro", Editorial Comares, Granada, 1997.

72. MAURACH, Reinhart.- "Derecho Penal – Parte General", traducción de la 7° edición alemana por Jorge Bofill Genznch y Enrique Aimone Gibson, T. I y II, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.

73. MAURACH, Rehinhart.- "Tratado de Derecho Penal", traducción y notas de Derecho penal español por Juan Córdova Roda, T. I y II, Ediciones Ariel S.A., Barcelona, 1962.

74. MEZGER, Edmund.- "Derecho Penal – Parte General", T.I, traducción de la 6° edición alemana por el Dr. Conrado A. Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

75. Ministerio de Justicia: "Una visión moderna de la teoría del delito", Publicación de la Dirección de Difusión Legislativa de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos, Lima, 1998.

76. MIR PUIG, Santiago.- "Derecho Penal – Parte General", 5° edición, Impreso por Tecfoto, Barcelona, 1998.

77. MIR PUIG, Santiago y LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel.- "Responsabilidad Penal de las empresas y sus órganos de responsabilidad por el producto", Editorial Bosch, Barcelona, 1996.

78. MIR PUIG, Santiago.- "El Derecho Penal y el Estado Social y Democrático de Derecho", Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1994.

79. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes.- "Derecho Penal – Parte General", 4° edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

80. MUÑOZ CONDE, Francisco.- "El Error en Derecho Penal", Tirant lo blanch, Valencia, 1989.

81. MUÑOZ CONDE, Francisco.- "Teoría General del Delito", 2° edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1989.

82. MUÑOZ CONDE, Francisco.- "Introducción al Derecho Penal", Editorial Bosch, Barcelona, 1975.

83. NÚÑEZ, Ricardo.- "Derecho Penal Argentino – Parte General", T. II, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1980.

84. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio y HUERTA TOCILDO, Susana.- "Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito", 2° edición, Editorial Rafael Castellanos, Madrid, 1986.

85. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio.- "Sobre el concepto del Derecho Penal", Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1981.

86. OMEBA, Enciclopedia Jurídica, Bibliografía Omeba editores – libreros, Buenos Aires, 1964.

87. PEÑA CABRERA, Raúl.- "Nuevo Código Penal Comentado y Leyes Complementarias", 2° edición, Editorial San Marcos, Lima, 1992.

88. PEÑARANDA RAMOS, Enrique; Suárez González, Carlos y

Cancio Meliá, Manuel.- "Un nuevo sistema del derecho penal. Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación Objetiva de Günther Jakobs", Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 1999.

89. PRADO SALDARRIAGA, Víctor.- "Consecuencias Jurídicas del Delito en el Perú", Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2000.

90. PRADO SALDARRIAGA, Víctor.- "Todo sobre el Código Penal", T.I., Editorial Idemsa, Lima, 1996.

91. PRADO SALDARRIAGA, Víctor.- "Comentarios al Código Penal de 1991", Editorial Alternativas, Lima, 1993.

92. PRADO SALDARRIAGA, Víctor.- "Derecho Penal y Política", Editorial Eddili, Lima, 1990.

93. QUINTERO OLIVARES; Gonzalo, Gonzales Prats Fermin y Prats Canut Miguel.- "Curso de Derecho Penal – Parte General (acorde con el nuevo Código Penal de 1995)", Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales – Cedecs, Editorial S.L., Barcelona, 1996.

94. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo.- "Derecho Penal – Parte General", reimpresión de la 2° edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992.

95. RIVERA BEIRAS, Iñaki.- "El problema de los fundamentos de la intervención Jurídico-Penal. Las teorías de la Pena", Editorial Gráficas SIGNO S.A., Barcelona, 1998.

96. RODRÍGUEZ DEVESA, José María.- "Derecho Penal Español – Parte General", 7° edición, Gráficas Carasa, Madrid, 1979.

97. RODRÍGUEZ MOURULLO, G.- "Derecho Penal – Parte General", T.I, Editorial Civitas, Madrid, 1977.

98. ROXIN, Claus.- "Autoría y dominio del hecho en derecho penal", Marcial Pons, Madrid, 1998.

99. ROXIN, Claus.- "Dogmática Penal y Política Criminal", traductor y editor Manuel Abanto Vásquez, Editorial IDEMSA, Lima, 1998.

100. ROXIN, Claus.- "Derecho Penal – Parte General", traducción de la 2° edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Editorial CIVITAS, Madrid, 1997.

101. ROXIN, Claus.- "La Imputación Objetiva en el Derecho Penal", traductor y editor Manuel Abanto Vásquez, Editorial IDEMSA, Lima, 1997.

102. ROXIN, Claus.- "Zur Problematik des Schuldstrafrechts", ZStW 96, 1984.

103. ROXIN, Claus.- "Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal", traducido por Francisco Muñoz Conde, Editorial Reus, Madrid, 1981.

104. ROXIN, Claus.- "Teoría del Tipo Penal – Tipos Abiertos y Elementos del Deber Jurídico", versión castellana del profesor Enrique Bacigalupo, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1979.

105. ROXIN, Claus.- "Problemas básicos del derecho penal", coordinador Diego Luzón Peña, Editorial REUS S.A., Madrid, 1976.

106. ROXIN, Claus.- "Sentido y límites de la pena estatal", en Problemas Básicos de Derecho Penal, traducido por Luzón Peña, Editorial Reus, Madrid, 1976.

107. ROXIN, Claus.- "Política Criminal y Sistema de Derecho Penal", traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona, 1972.

108. ROY FREYRE, Luis Eduardo.- "Causas de Extinción de la Acción Penal y de la Pena", Editora y Distribuidora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 1997.

109. RUBIO CORREA, Marcial.- "El Sistema Jurídico – Introducción al Derecho", 8° edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001.

110. RUDOLPHI, Hans-Joachim.- "Causalidad e imputación

objetiva", traducción de Claudia López Díaz, Impreso y encuadernado por CARGRAPHICS S.A., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1988.

111. SAN MARTÍN CASTRO, César.- "Derecho Procesal Penal", Vol. I y II, Editorial Jurídica Grijley, Lima, 1999.
112. SANDOVAL HUERTAS, Emiro.- "Penología. Parte General", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1982.
113. SANTIAGO NINO, Carlos.- "Introducción al análisis del Derecho", 8° edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1997.
114. SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón.- "Conocimiento Científico y Fundamentos del Derecho Penal", anotaciones de Derecho peruano por el prof. Carlos Caro Coria, Gráfica Horizonte S.A., Lima, 1999.
115. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María.- "Estudios de Derecho Penal", Editorial Grijley, Lima, 2000.
116. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María.- "La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales", Editorial CIVITAS, Madrid, 1999.
117. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María.- "Consideraciones sobre la Teoría del Delito", Editorial AD-HOC, Buenos Aires, 1998.
118. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María.- "Política Criminal y nuevo Derecho Penal", Libro homenaje a Claus Roxin, Editorial Bosch, Barcelona, 1997.
119. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María.- "Fundamentos de un Sistema Europeo del Derecho Penal", Libro Homenaje a Claus Roxin, Editorial Bosch, Barcelona, 1995.
120. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María.- "Aproximaciones al Derecho Penal Contemporáneo", Editorial Bosch, Barcelona, 1992.
121. SILVELA.- "El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España", 2° edición, Madrid, 1903.

122. SOLER, Sebastián.- "Derecho Penal Argentino", T. II, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1945.

123. STRATENWERTH, Günther.- "Derecho Penal – Parte General, I El Hecho Punible", traducción de la 2° edición alemana (1976) de Gladis Romero, Editoriales de Derecho Reunidas – EDERSA, Madrid, 1982.

124. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando.- "Derecho Penal – Parte General", 2° edición, Editorial Temis, Bogotá, 1995.

125. VILLA STEIN, Javier.- "Derecho Penal – Parte General", Editorial San Marcos, Lima, 1998.

126. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.- "Código Penal", Cultural Cuzco, Lima, 1992.

127. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe.- "Lecciones de Derecho Penal – Parte General", Cultural Cuzco, Lima, 1990.

128. VON IHERING, Rudolf.- "El fin en el derecho", Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1978.

129. VON LISZT, Frank.- "La idea del fin en el derecho penal", introducción y nota bibliográfica de José Miguel Zugaldía Espinar, traducción de Carlos Pérez Del Valle, programa de la Universidad de Marburgo, Colección los Argonautas, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 1995.

130. VON LISZT, Frank.- "Tratado de Derecho Penal", 3° edición, Editorial Reus, Madrid, 1928.

131. VON LISZT, Frank.- "Tratado de Derecho Penal", traducido de la 20° edición alemana por Luis Jiménez de Asúa y adicionado con el derecho penal español por Quintiliano Saldaña, T. I, II y III, 2° edición, Editorial Reus, Madrid, 1917.

132. WELZEL, Hans.- "Derecho Penal Alemán", traducido por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez, 4° edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

133. WELZEL, Hans.- "Das Deutschstrafrecht", 11° edición, Walter Gruyter, Berlín, 1969.

134. WELZEL Hans.- "La teoría de la acción finalista", Editorial Depalma, Buenos Aires, 1951.

135. WESSELS, Johannes.- "Derecho Penal – Parte General", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980.

136. YOUNG.- "Radíkale Kriminologie in Grossbritannien: Die Entfaltung eines Konkurrierenden Paradigmas", traducido del inglés al alemán por Wettmann-Jungblut, Krim J, 1988.

137. ZAFFARONI, Raúl Eugenio.- "Manual de Derecho Penal – Parte General", T. I y II, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1986.

138. ZUGALDIA ESPINAR, José.- "Fundamentos de Derecho Penal", Universidad de Granada, Granada, 1991.

Este libro se terminó de imprimir
en Julio del 2002
Edición
Editorial y Distribuidora de Libros S.A.
Av. Universitaria 636 - 638 - San Miguel
TELEFAX: 263-6697

Venta y Distribución

Av. Javier Prado Este N° 4215 Of. 301 - Surco
Telf.: 434-3140 - 832-4892