

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRIA EN CIENCIAS

TESIS:

LA FALTA DE PROPORCIONALIDAD DE LA CONSECUENCIA JURÍDICA ESTABLECIDA EN EL SEGUNDO NUMERAL DEL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO PENAL

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: DANTE RAFAEL ARCE CRISÓLOGO

Asesor:

M.Cs. CLOSER SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

Cajamarca – Perú

2021

COPYRIGHT © 2021 by
DANTE RAFAEL ARCE CRISÓLOGO
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRIA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

LA FALTA DE PROPORCIONALIDAD DE LA CONSECUENCIA JURÍDICA ESTABLECIDA EN EL SEGUNDO NUMERAL DEL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO PENAL

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Presentada por:

Bachiller: DANTE RAFAEL ARCE CRISÓLOGO

JURADO EVALUADOR

M.Cs. Closver Sánchez Rodríguez
Asesor

Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Jurado Evaluador

Dr. Julio Alejandro Villanueva Pastor
Jurado Evaluador

M.Cs. Saúl Alexander Villegas Salazar
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2021



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 089-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS
ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

Siendo las 17:00 horas del día 22 de **diciembre** de dos mil veintiuno, reunidos a través de Gmeet meet.google.com/vvd-csxa-avp, creado por la **Unidad de Posgrado** de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JUAN CARLOS TELLO VILLANUEVA, Dr. JULIO ALEJANDRO VILLANUEVA PASTOR, M.Cs. SAUL ALEXANDER VILLEGAS SALAZAR**, y en calidad de Asesor el **M.Cs. CLOSVÉR SÁNCHEZ RODRÍGUEZ**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **LA FALTA DE PROPORCIONALIDAD DE LA CONSECUENCIA JURÍDICA ESTABLECIDA EN EL SEGUNDO NUMERAL DEL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO**; presentada por el **Bach. en Derecho DANTE RAFAEL ARCE CRISÓLOGO**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **APROBAR** con la calificación de 16 (dieciséis) la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bach. en Derecho DANTE RAFAEL ARCE CRISÓLOGO**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA**.

Siendo las 18: 12 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
M.Cs. Clovser Sánchez Rodríguez
Asesor

.....
Dr. Juan Carlos Tello Villanueva
Jurado Evaluador

.....
M.Cs. Saúl Alexander Villegas Salazar
Jurado Evaluador

.....
Dr. Julio Alejandro Villanueva Pastor
Jurado Evaluador

A:

Matías Sebastián y Rafael Alejandro,
Catherine y Filomena - compañeros de vida

AGRADECIMIENTOS

Imposible no agradecer a Dios, por todo.

Al buen Dr. José Grandez Odiaga,

gracias por las pláticas;

al Dr. Closver Sánchez Rodríguez,

agradecemos su desinteresada colaboración profesional;

y al Dr. Omar Álvarez Villanueva,

gracias por el significativo aporte final.

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	vi
RESUMEN	x
ABSTRACT	xiii
INTRODUCCIÓN	xvi
CAPÍTULO I	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1.1.CONTEXTUALIZACIÓN	1
1.2.DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	4
1.3.FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	4
1.4.JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.....	4
1.5.ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN.....	6
1.5.1. Espacial	6
1.5.2. Temporal.....	6
1.6.TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	7
1.6.1.De acuerdo con el fin que persigue	7
A. Básica	7
1.6.2.De acuerdo al diseño de investigación	7
A. Descriptiva	7
B. Explicativa	8
1.6.3.De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	8
A. Cualitativa	8
1.7.HIPÓTESIS.....	9
1.8.OBJETIVOS.....	9
1.8.1.Objetivo general.....	9
1.8.2.Objetivos específicos	9
1.9.MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	10
1.9.1.Métodos Genéricos.....	10
A. Método Deductivo	10
B. Método Inductivo	11
1.9.2.Métodos propios del derecho.....	12
A. Método de dogmática jurídica	12
B. Método hermenéutica-jurídica.....	13

C. Método argumentativo.....	14
1.10.TÉCNICAS PARA LA RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN.....	15
1.11.INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	15
CAPÍTULO II	17
MARCO TEÓRICO.....	17
2.1.NORMA JURÍDICO PENAL.....	17
2.2.EL DELITO Y SUS CLASES.....	20
2.2.1.Delito doloso	22
2.2.2.Delito culposo	28
2.2.3.El delito preterintencional.....	31
2.3.EL CONCURSO DE DELITOS	34
2.3.1.Concurso real	36
2.3.2.Concurso ideal.....	38
2.4.PODER PUNITIVO	40
2.4.1.Límites al poder punitivo	43
2.4.2.El principio de proporcionalidad y su relación como ente limitador del poder punitivo	44
2.5.RESPONSABILIDAD OBJETIVA.....	46
2.5.1.El delito cualificado por el resultado.....	47
2.6.LA SISTEMATICIDAD EN BASE A LA CRIMINALIZACIÓN PRIMARIA....	48
2.6.1.Criminalización primaria y secundaria	48
A. La criminalización primaria.....	50
B. Criminalización secundaria	50
2.7.VALIDEZ, AMBIGÜEDAD Y VAGUEDAD DE UNA NORMA JURÍDICA ...	52
2.7.1.Validez	52
2.7.2.Ambigüedad.....	54
2.7.3.Vaguedad	54
2.8.ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE LESIONES, PREVISTO ESPECÍFICAMENTE EN EL PRIMER Y SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO PENAL.....	55
2.8.1.Tipicidad objetiva	55
2.8.2.Tipicidad subjetiva	56
2.8.3.De la reforma de la Ley N.º 30364.....	57

CAPÍTULO III	59
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	59
3.1.LA FALTA DE PROPORCIONALIDAD	60
3.2.¿EL SEGUNDO NUMERAL DEL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO PENAL REGULA UN DELITO PRETERINTENCIONAL?.....	62
3.3.EN EL SEGUNDO NUMERAL DEL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO PENAL SE HA REGULADO UN DELITO CUALIFICADO POR EL RESULTADO	66
3.4.LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA PERTENECE A UN MOMENTO HISTÓRICO DIFERENTE AL NUESTRO (1821 - 2021).....	71
3.5.¿ES UNA EXPRESIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO PENAL?.....	74
CAPÍTULO IV	76
PROPUESTA LEGISLATIVA	76
4.1.PARTE INTRODUCTIVA	76
4.1.1. Antecedentes	76
4.2.PARTE SUSTENTATORIA	78
4.2.1.Exposición de motivos	78
4.2.2.Análisis costo - beneficio	80
4.2.3.Efecto de la vigencia de la norma en nuestra legislación nacional ...	80
4.3.PARTE RESOLUTIVA	81
CONCLUSIONES.....	82
RECOMENDACIONES	84
LISTA DE REFERENCIAS	85

RESUMEN

Para dar cuenta de una versión resumida del presente trabajo de investigación, tendré que empezar por aludir a los denominados delitos preterintencionales, para luego centrar nuestra atención en su consecuencia jurídica. La peculiar estructura de los delitos preterintencionales pasa por acoger dos conductas en un mismo supuesto de hecho; primero se advertirá la conducta dolosa, para luego describir una conducta imprudente. Como objeto de análisis por presentar esta estructura, hemos escogido el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal.

El evento doloso está delimitado por el segundo numeral del artículo 122, en la fracción lingüística en donde se indica: “(...) la lesión prevista en el párrafo 1 (...)”; es decir, nos remite al primer párrafo del artículo 122, que a su vez establece: “(...) 1. El que causa a otro lesiones en el cuerpo o en la salud (...) será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años (...)”.

Por su parte, el evento imprudente está determinado por la siguiente estructura lingüística: “(...) si la víctima muere (...) y el agente pudo prever ese resultado (...)”. Si tal descripción nos ilustra un delito imprudente, la pregunta sería ¿qué delito imprudente está describiendo? ya que sólo cuando demos respuesta a tal interrogante, estaremos en condiciones de identificar la consecuencia jurídica que tiene que ser atribuida a tal supuesto delictivo - hecho imprudente. Pues bien, entendemos que tiene que sumarse la consecuencia jurídica prevista para el Homicidio Culposos simple, delito descrito en el primer párrafo del artículo 111 del Código Penal, en donde se establece: “El que, por culpa, ocasiona la muerte

de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o (...). Por lo tanto, la consecuencia jurídica para el evento imprudente es una: “pena privativa de libertad no mayor de dos años (...).”

Ahora, habiendo identificado la consecuencia jurídica para ambos eventos (doloso e imprudente), asumiendo claro (por ahora) que nos encontramos ante una estructura preterintencional, tendríamos que optar por la consecuencia jurídica más grave, en el entendido de que nos encontramos ante un concurso ideal, siendo tal: “(...) no menor de dos ni mayor de cinco años (...)”. Sin embargo, la consecuencia jurídica asignada legalmente para el segundo párrafo del artículo 122 del Código Penal es: no menor de seis ni mayor de doce años.

Al parecer entonces, el legislador no se ha ceñido a la estructura tradicional del delito preterintencional, en cuanto al concurso ideal y sus efectos en las consecuencias jurídicas, sino, más bien, ha seguido los lineamientos de los delitos cualificados por el resultado, al agregar a la consecuencia jurídica un plus en su cuantificación, plus, que, desde nuestra percepción, no tiene ninguna justificación.

No obstante, es necesario dejar notar también que ni siquiera una sumatoria de las consecuencias jurídicas alcanzan a la pena privativa de libertad legalmente impuesta, pues si sumamos las penas legales en sus extremos mínimo y máximo de los eventos doloso e imprudente, habremos obtenido una consecuencia jurídica distinta pero siempre por debajo de la legalmente establecida, que tendría en su extremo máximo siete años (cinco más dos), y en el mínimo dos años más dos días de pena privativa de libertad. Ello evidencia que la

consecuencia jurídica establecida en la estructura legal en análisis, asignada por el legislador al momento de su creación, según Ley N.º 30076 (y demás leyes previas), carece de rasgos de proporcionalidad y rompe la armonía con el sistema penal en el que nos encontramos actualmente.

Para proponer una solución a este problema, hemos procedido a analizar la estructura del tipo penal objeto de la investigación, llegando finalmente a concluir que el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal actual regula un delito cualificado por el resultado, no un delito preterintencional; lo que en realidad significa que existe en nuestro ordenamiento jurídico una expresión de responsabilidad objetiva.

Como parte de la solución también estamos proponiendo una modificación legislativa, que incide básicamente en la consecuencia jurídica, la cual debe responder a parámetros de proporcionalidad y garantías que acoge nuestro actual ordenamiento jurídico.

Palabras Clave: Delito preterintencional; principio de proporcionalidad; poder punitivo; delitos cualificados por el resultado; responsabilidad objetiva.

ABSTRACT

To account for a summarized version of this research work, I will have to start by referring to the so-called pre-intentional crimes, and then focus our attention on their legal consequences. The peculiar structure of the so-called pre-intentional crimes happens to host two conducts in the same factual assumption; The malicious conduct will first be noticed, and then will be faced with reckless conduct. As an object of analysis for presenting this structure, we have chosen the second paragraph of article 122 of the Penal Code.

The malicious event is delimited by the second numeral of article 122, in the linguistic fraction where it is indicated: "(...) the injury foreseen in paragraph 1 (...)" ; that is, it refers us to the first paragraph of Article 122, which in turn establishes: "(...) 1. Anyone who causes injuries to the body or health (...) will be punished with a custodial sentence of not less than two and not more than five years (...)" .

For its part, the reckless event is determined by the following linguistic structure: "(...) if the victim dies (...) and the agent was able to foresee that result (...)" . If such a description illustrates a reckless crime, the question would be what reckless crime is it describing? since only when we answer such a question, we will be in a position to identify the legal consequence that has to be attributed to such a reckless event. Well, we understand that the legal consequence foreseen for simple Wrongful Death must be added, a crime described in the first paragraph of Article 111 of the Penal Code, which establishes: "Anyone who, through fault, causes the death of a person, it will be punished with a custodial

sentence of no more than two years or with the provision of community services of fifty-two to one hundred and four days". Therefore, the legal consequence for the reckless event is one: "(...) imprisonment of no more than two years (...)".

Apparently then, the legislator has not adhered to the traditional structure of pre-intentional crime, in terms of the ideal competition and its effects on legal consequences, but, rather, has followed the guidelines of crimes qualified by the result, by adding to the legal consequence a plus in its quantification, without any apparent justification.

However, it is also necessary to note that not even a summation of the legal consequences reaches the legally imposed custodial sentence, because if we add the legal penalties in their minimum and maximum extremes of fraudulent and reckless events, we will have obtained a consequence different legal but always below that legally established, which would have a maximum of seven years (five plus two), and at least two years plus two days of imprisonment. This shows that the legal consequence established in the legal structure under analysis, assigned by the legislator at the time of its creation, according to Law N.º 30076 (and other previous laws), lacks proportionality features and breaks the harmony with the criminal system in the that we are currently in.

To propose a solution to this problem, we have proceeded to analyze the structure of the criminal type under investigation, finally concluding that the second paragraph of article 122 of the current Penal Code regulates a crime qualified by the result, not a pre-intentional crime; which actually means that there is an expression of strict liability in our legal system.

To propose a solution to this problem, we have proceeded to analyze the structure of the criminal type under investigation, finally concluding that the second paragraph of article 122 of the current Penal Code regulates a crime qualified by the result, not a pre-intentional crime; which actually means that there is an expression of strict liability in our legal system.

As part of the solution, we are also proposing a legislative amendment, which basically affects the legal consequence, which must respond to parameters of proportionality and guarantees that our current legal system embraces.

Keywords: *Preterintentional crime; principle of proportionality; punitive power; crimes qualified by the result; strict liability.*

INTRODUCCIÓN

La idea de proporcionalidad (dícese de proporción) hoy por hoy ha alcanzado un protagonismo innegable (y necesario, por cierto); entendemos que luego de muchos años se ha logrado consolidar en su categoría de principio. El principio de proporcionalidad está presente en todo el ordenamiento jurídico o por lo menos, debería estarlo. Por lo tanto, es lógico que también en el Derecho Penal esté vigente, ubicándose de forma específica desde el momento de su creación, esto es, cuando el legislador determina la cuantificación de la consecuencia jurídica (pena privativa de libertad) respecto de un supuesto de hecho previo. No obstante, hemos de reconocer que también la idea de proporcionalidad la aplicamos para resolver casos en concreto; es decir, para determinar la cuantificación de una pena privativa de libertad por imponerse a una persona que ha cometido un delito; pero, en este último momento se suman factores distintos para el análisis.

En esta investigación se demostrará que el principio de proporcionalidad está ausente en nuestro objeto de estudio; es decir, la consecuencia jurídica establecida en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal, carece de proporción en relación con el supuesto de hecho que le precede.

Para lograr ello, primero, hemos de repasar nociones básicas de la norma jurídico penal; el delito y sus clases: los delitos dolosos, culposos y las estructuras complejas denominadas preterintencionales y los delitos cualificados por el resultado; tendremos en cuenta también al concurso de delitos (real e

ideal); al poder punitivo; los límites del poder punitivo; al principio de proporcionalidad como límite del poder punitivo, la responsabilidad objetiva y sus expresiones. Para después, en segundo lugar, estar en condiciones de comprobar que la norma penal en análisis contiene un delito cualificado por su resultado, justamente por su injustificada cuantificación en la consecuencia jurídica, que termina colisionando con la noción de proporcionalidad que tiene que estar presente.

Finalmente, propondremos una modificación de la actual legislación penal, precisamente para mostrar una consecuencia jurídica acorde con el principio de proporcionalidad y con ello, con el sistema penal constitucional.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. CONTEXTUALIZACIÓN

Si observamos al injusto descrito en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal, en donde se establece:

2. La pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años consecuencia jurídica si la víctima muere como consecuencia de la lesión prevista en el párrafo 1 y el agente pudo prever ese resultado / 1. El que causa a otro lesiones [lesión o lesiones] en el cuerpo o en la salud que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, o nivel moderado de daño psíquico, según prescripción facultativa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

Advertiremos que el legislador ha creado un delito preterintencional (por lo menos a primera vista así se nos presenta), en donde puede verificarse una inicial acción dolosa, pero con un resultado final imprudente; resultado que si bien va más allá de la inicial finalidad, siempre fue previsible para su autor.

En esta estructura típica la consecuencia jurídica está delimitada como sigue: “(...) 2. La pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años si la víctima muere como consecuencia de la lesión prevista en el párrafo 1 (lesión leve) y el agente pudo prever ese resultado (...)”. Como se puede apreciar, la única consecuencia jurídica para esta estructura típica es: no menor de seis ni mayor de doce años.

Por otro lado, en tal estructura típica, el delito doloso y el imprudente se distinguen de la siguiente manera. Primero, el delito doloso está

delimitado en el segundo numeral del referido artículo 122, en la fracción lingüística en donde se indica: “(...) la lesión prevista en el párrafo 1 (...)”; es decir, nos remite al primer párrafo del artículo 122, en donde se indica:

1. El que causa a otro lesiones en el cuerpo o en la salud que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, o nivel moderado de daño psíquico, según prescripción facultativa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años (...).

Entonces, éste sería el *supuesto de hecho* para el delito doloso, siendo su consecuencia jurídica: “no menor de dos ni mayor de cinco años”.

Segundo, por su parte, el delito imprudente está determinado por la siguiente estructura lingüística: “(...) si la víctima muere (...) y el agente pudo prever ese resultado (...)”. Si asumimos que tal descripción nos ilustra un delito imprudente, la pregunta sería qué delito imprudente nos está describiendo; ya que sólo cuando demos respuesta a tal interrogante, estaremos en condiciones de identificar la consecuencia jurídica que tiene que ser atribuida a tal supuesto de hecho imprudente.

Pues bien, terminará por conformar la estructura preterintencional delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en su modalidad de Homicidio Culposo, previsto en el artículo 111, primer párrafo del Código Penal, en donde se establece: “El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas”. Por lo tanto, la consecuencia jurídica para el evento imprudente es: “(...) será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años (...)”.

Ahora, habiendo identificado la consecuencia jurídica para ambos eventos (doloso e imprudente), asumiendo claro (por ahora) que nos encontramos ante una estructura preterintencional, tendríamos que optar por la consecuencia jurídica más grave, en el entendido de que estamos ante un concurso ideal, siendo esta, “(...) no menor de dos ni mayor de cinco años (...)”. Sin embargo, la consecuencia jurídica asignada legalmente es: no menor de seis ni mayor de doce años. Revelándose así prácticamente nuestro problema.

Es evidente que el legislador no se ha ceñido a la estructura tradicional del delito preterintencional, en cuanto al concurso ideal y sus efectos en las consecuencias jurídicas; sino, más bien, ha seguido los lineamientos de los delitos cualificados por el resultado, los que tienen por característica principal agregar a la consecuencia jurídica un plus en su cuantificación, pero, sin una aparente justificación, salvo la mera voluntad (autoridad).

Es necesario dejar notar también que ni siquiera una sumatoria de las consecuencias jurídicas coinciden con la pena privativa de libertad legalmente impuesta, pues si sumamos las penas legales en sus extremo mínimo y máximo de los eventos doloso e imprudente, habremos obtenido una consecuencia jurídica distinta, pero siempre por debajo de la legalmente establecida, que tendría en su extremo máximo siete años (cinco más dos), y en el mínimo dos años más dos días de pena privativa de libertad.

1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Lo descrito revela que la consecuencia jurídica establecida en la estructura legal en análisis, asignada por el legislador al momento de su creación según Ley Nro. 30076 y siguientes, tiene un plus de cuantificación que permanece sin justificación, por lo menos, una justificación que esté en armonía con el sistema penal constitucional en el que nos encontramos.

En suma, todo ello se traduce como la ausencia del principio de proporcionalidad en la consecuencia jurídica prevista en el segundo párrafo del artículo 122 del Código Penal, ya que tal no se condice con el supuesto de hecho que le precede y que contiene dos eventos delictivos, uno doloso y el otro imprudente.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos de inaplicación de la consecuencia penal del delito de lesiones leves seguidas de muerte previsto en el inciso 2) del artículo 122 del Código Penal?

1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

Nuestra investigación no solo se justifica en pretender demostrar que es desproporcional la magnitud de la consecuencia jurídica establecida para el delito descrito en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal, que es no menor de seis ni mayor de doce años; sino, que, luego de ello, estaremos en condiciones de advertir sobre los posibles efectos

nocivos que se producirían si se llegase a aplicar en un caso en concreto tal norma penal especial objeto de estudio. Y, por otro lado, tal desproporcionalidad tiene que servir para llamar la atención del legislador, pues con ella ha creado (legislado) en un estado constitucional democrático, una expresión de responsabilidad objetiva; conceptos que no pueden coexistir en un mismo ordenamiento jurídico, ya que provienen de tiempos y autores distintos.

Si acaso aplicamos la consecuencia jurídica establecida en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal, que es [no menor de seis ni mayor de doce años], a una conducta previamente subsumida en los supuestos fácticos respectivos, tendríamos que imponer como mínimo una pena privativa de libertad de seis años, debiendo conducir al autor a un Centro Penitenciario para que se ejecute la pena impuesta. Con ello, al haber impuesto y ejecutado una consecuencia jurídica desproporcional, prácticamente habremos provocado una vulneración a los derechos de una persona (sujeto activo).

Por otro lado, el legislador tiene que ser muy riguroso jurídicamente al momento de crear una norma, sobre todo si lo hace facultado por el poder sancionador. Al haber legislado una institución jurídica que es una expresión de la responsabilidad objetiva, como lo es un delito cualificado por el resultado, ha olvidado su real ubicación, ya que un Estado en donde toda sanción a imponer debe tener un respaldo argumentativo, en cuanto a su calidad y magnitud, no pueden legislarse sanciones cuantificadas a su sola autoridad o voluntad.

1.5. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN

1.5.1. Espacial

Se analizará la normatividad penal peruana, la cual se aplica dentro del territorio nacional, con sus respectivas excepciones, tal como lo establece el artículo 1 del Código Penal: “(...) La Ley Penal peruana se aplica a todo el que comete un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones contenidas en el Derecho Internacional (...)”.

1.5.2. Temporal

Se analizará el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal, incorporado por la Ley Nro 30364, publicada el 23 de noviembre de 2015 y vigente desde el día siguiente.

Es necesario tener en cuenta que la Ley Nro 30364 ha sido publicada el 23 de noviembre de 2015, pero, ha manteniendo su estructura después de la emisión del artículo uno del Decreto Legislativo Nro 1323, publicado el 06 de enero de 2017, y del artículo uno de la Ley Nro 30819, publicada el 13 de julio de 2018. Por otro lado, es necesario dar cuenta también de la norma legal que precedía a la Ley Nro 30364, que resulta ser el texto originario del Código Penal, el Decreto Legislativo Nro 635.

1.6. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.6.1. De acuerdo con el fin que persigue

A. Básica

Generalmente en la Ciencia Jurídica las investigaciones son básicas; es decir, su finalidad es incrementar el conocimiento doctrinario, dogmático o jurídico sobre un asunto (la hipótesis debidamente demostrada). Así sucede con la presente investigación, aunque seguro hay muchos aspectos que podrían ampliarse, la idea es aportar mayor información jurídica sobre la norma jurídica y sus elementos, el evento doloso e imprudente, el delito preterintencional, el delito cualificado por el resultado, el principio de proporcionalidad, entre otros; de tal forma que las personas que lean los apuntes estén en posibilidades de ofrecer mejores argumentos antes de adoptar una decisión, sea al aplicar, al legislar o llanamente comentar, sin ser estos últimos los fines prácticos inmediatos.

1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación

A. Descriptiva

Otro tipo de investigación que también se intercepta es la descriptiva, ya que, para analizar la norma jurídica, tenemos que describirla tal como se presente (legislada) en la realidad.

Por otro lado, se suma casi por obviedad lógica, el tipo de investigación experimental, pues luego de analizar la norma

jurídica, nos ubicaremos en el supuesto en que se aplique tal norma legal, utilizando para ello el método hipotético-deductivo; siendo un experimento dado en el plano teórico.

Para conocer la actual situación en la que se encuentra la norma jurídica, hemos de revisar toda la bibliografía posible y, sobre todo, que esté a nuestro alcance. Por ello, la presente investigación también sirve de la bibliográfica y metodológica, pues toda la bibliografía hallada será analizada y utilizada para arribar a conclusiones finales.

B. Explicativa

Entendemos que el presente trabajo de investigación es uno de nivel explicativo, pues al verificar porqué la consecuencia jurídica prevista en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal, carece de proporcionalidad, tendremos que explicar los motivos de aquella conclusión. Así también, se explicará cuanta noción o institución jurídica lo requiera, labor que entendemos lleva implícita una labor de investigación.

1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

A. Cualitativa

Los métodos que se han empleado para realizar la investigación son métodos jurídicos, como la hermenéutica, la dogmática y la argumentación. Esto hace que no sea

necesario recurrir a procedimientos que involucren criterios estadísticos, por lo que el enfoque de esta investigación es cualitativo, al presidir de mediciones y de contrastaciones estadísticas (Ñaupas Paitán et al., 2018, p. 375).

1.7. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos de inaplicación de la consecuencia penal del delito de lesiones leves seguidas de muerte son: la desproporcionalidad de la magnitud de la pena; la sanción penal proviene de un delito cualificado por el resultado; y la transgresión de la interdicción de responsabilidad objetiva.

1.8. OBJETIVOS

1.8.1. Objetivo general

Determinar los fundamentos jurídicos de inaplicación de la consecuencia jurídica establecida en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal, que es: no menor de seis ni mayor de doce años.

1.8.2. Objetivos específicos

- a. Verificar la estructura jurídica de un delito preterintencional en nuestra legislación peruana.
- b. Verificar que la consecuencia jurídica establecida en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal, proviene de un delito cualificado por el resultado.

- c. Establecer que un delito cualificado por el resultado es una expresión de responsabilidad objetiva.
- d. Establecer que la responsabilidad objetiva es una expresión legal que no corresponde a un Estado democrático constitucional.
- e. Proponer la modificación legal de la consecuencia jurídica establecida en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal.

1.9. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.9.1. Métodos Genéricos

A. Método Deductivo

Se conoce que este método deductivo es el que permite determinar las características de una realidad particular que se estudia por derivación o resultado de los atributos o enunciados contenidos en proposiciones o leyes científicas de carácter general formuladas con anterioridad. Es así que, mediante la deducción se derivan las consecuencias particulares o individuales de las inferencias o conclusiones generales aceptadas (Abreu, 2014). Veamos un ejemplo de derivación: Todas las guerras provocan víctimas entre la población civil; luego la guerra del Pacífico provocó víctimas entre la población civil.

Sin duda tendremos que valernos de las deducciones para argumentar en cuanto la presente investigación, ya que, hasta nuestra principal premisa proviene de una deducción: si una consecuencia jurídica no posee una debida argumentación, tal está relacionada con la responsabilidad objetiva; la consecuencia jurídica establecida en el segundo párrafo del artículo 122 del Código Penal tiene un plus en su cuantificación que no presenta justificación argumentativa; por lo tanto, aquella consecuencia jurídica es una expresión de responsabilidad objetiva.

B. Método Inductivo

Mediante este método se observa, estudia y conoce las características genéricas o comunes que se reflejan en un conjunto de realidades para elaborar una propuesta o ley científica de índole general. El método inductivo plantea un razonamiento ascendente que fluye de lo particular o individual hasta lo general. Se razona que la premisa inductiva es una reflexión enfocada en el fin. Puede observarse que la inducción es un resultado lógico y metodológico de la aplicación del método comparativo (Abreu, 2014).

Nos valdremos también de la inducción para arribar a conclusiones en la presente investigación, pues de aspectos particulares, llegaremos a conclusiones generales. Adviértase ello cuando a partir del análisis de un artículo del Código Penal, terminar con la conclusión general de que la

responsabilidad objetiva está presente en nuestro ordenamiento jurídico penal.

1.9.2. Métodos propios del derecho

A. Método de dogmática jurídica

Una investigación jurídico-dogmática concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, esto significa que se deja de lado el elemento fáctico o real que se relacione con la institución o especie legislativa, pero está presente este plano para analizar las consecuencias de la interpretación. De ahí que el método se manifiesta a través de estas palabras: El derecho objetivo es formal. La pregunta esencial del método dogmático consiste en averiguar la naturaleza jurídica de una determinada institución (Núñez Vaquero, 2018).

Valoramos esto último, es decir, que a través del método dogmático aplicado a un objeto de estudio (norma jurídica), se tendrá a la vista a su naturaleza jurídica o su razón de ser, como también la denominan. Quizá esté entre los objetivos más importantes de toda investigación llegar a descubrir la naturaleza del objeto de estudio, pues solo así estaremos en condiciones de iniciar un cabal entendimiento de aquella institución; esto es, con la dogmática jurídica se inicia la labor artística del entendimiento de una determinada institución jurídica.

Nos esforzaremos entonces en conocer la naturaleza jurídica de un delito preterintencional, su razón de ser; para así emprender la tarea de su comprensión y difusión; así como de las instituciones jurídicas que la acompañan.

B. Método hermenéutica-jurídica

La hermenéutica jurídica es el método de investigación jurídica que ha sido utilizado por los juristas desde antes de que se llamara así, como se nota en la propuesta de Savigny. Es una versión de interpretación de textos bíblicos en el ámbito jurídico, es decir que permite aclarar el significado de la norma, o la norma misma (Sánchez Zorrilla, 2011, pp. 340-343)

Lo más resaltante para nuestro modesto entender, es asignarle a la hermenéutica una definición subliminal, al concebirla como el “arte de comprender algo y así poder explicarlo”. En efecto, para poder explicar un determinado tema, primero tienes que entenderlo y entenderlo significa, conocer su razón de ser, algo que contadas veces sucede. Por ello, al concebirla como una actividad artística, la hermenéutica ofrece una peculiar estética en el pensamiento, que finalmente se difunde por intermedio de la oralidad.

Ello implica que, en la presente investigación, conozcamos primero la razón de ser de un delito preterintencional, así como de la responsabilidad objetiva y del principio de proporcionalidad, para después estar en condiciones de

difundir tales conocimientos; labor artística que estamos decididos a emprender.

C. Método argumentativo

Si tomamos como punto de partida el Diccionario de la lengua española de la RAE, argumentación es “la acción de argumentar”, argumentar significa “aducir, alegar, poner argumentos” y argumento es un “razonamiento que se emplea para probar o demostrar una proposición, o bien para convencer a otro de aquello que se afirma o se niega” (Real Academia Española, 1992). Podemos concluir, junto con Ruiz Manero (2017) que, en general, argumentar es ofrecer razones que apoyan una determinada proposición.

Hemos de reconocer que exactamente como un tipo de método de investigación no hemos ubicado al argumentativo; pero, algunas ideas que contribuyen serían las siguientes:

Existen diversos tipos de redacción que el investigador debe aprender a dominar para la ejecución de su labor. Así podemos mencionar a la redacción argumentativa que, partiendo de una premisa o supuesto, plantea diversas evidencias que van a servir de base para una conclusión final. Se utiliza este tipo de redacción, en el planteamiento del problema y en la verificación y comprobación de las hipótesis. (Ñaupas Paitán, *et.al*, 2018, pp. 57-58)

Para no omitir este método, solo agregaré que toda explicación para ser tal, tiene que ejecutarse a través de argumentos. Pero no cualquier argumento, ya que hasta tal puede advertirse en una voluntad autoritaria; sino, un

argumento válido para nuestros tiempos, en donde los derechos fundamentales y los principios y fines constitucionales tienen que verse en hegemonía sobre otras categorías. De tal forma que, en la presente investigación, los argumentos que se utilicen para acreditar y desacreditar alguna afirmación o hipótesis, tendrán que mostrarse en armonía con el tiempo y lugar en donde nos ubicamos actualmente

1.10. TÉCNICAS PARA LA RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN

A. Análisis documental

Esta técnica se empleó para hacer las revisiones de los documentos: libros y revistas, que se encontraron con la intención de poder seguir un hilo conductor de la doctrina y del análisis de las disposiciones normativas que se encontraron.

B. Fichaje

Se empleó para poder catalogar los libros y revistas encontradas y así ubicarlos adecuadamente en la parte de la tesis correspondiente y en las referencias finales.

1.11. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

A. Hoja de análisis documental

Se la empleó para lo indicado anteriormente en la técnica.

B. Fichas

Del mismo modo, se la empleó para lo indicado anteriormente en la técnica. Cabe precisar que fueron virtuales.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. NORMA JURÍDICO PENAL

La persona no puede vivir aislada en sí misma. Para alcanzar sus fines y satisfacer sus necesidades, precisa de la comunicación con otras personas y de su auxilio. En una palabra, la existencia del yo presupone necesariamente la existencia del alter, es decir, la existencia humana presupone siempre la convivencia o coexistencia. Pero esta convivencia no es, ni mucho menos, idílica, sino más bien conflictiva. Es el resultado de un proceso dialéctico en el que el individuo renuncia a sus impulsos egoístas a cambio de una comunidad con los demás que le permita desarrollar mejor su personalidad y los medios necesarios para su supervivencia (Muñoz Conde, 2001, p. 40). En específico:

La convivencia se regula, por tanto, a través de un sistema de expectativas que se deriva de una norma o conjunto de normas. Pero estas expectativas corren, sin embargo, el peligro de que no se cumplan. Por las razones que sean, muchas veces se frustran, surgiendo entonces el problema de cómo pueden solucionarse esas frustraciones o, en la medida en que esas frustraciones sean inevitables, de cómo pueden canalizarse, para asegurar la convivencia. El sistema elegido para ello es la sanción, es decir, la declaración de que se ha frustrado una expectativa y la consiguiente reacción frente a esa frustración. (Muñoz Conde, 2001, p. 41).

En un trabajo previo, el mismo autor citado ha puntualizado que:

Una parte de esas normas jurídicas que conforman el ordenamiento jurídico se refiere a las conductas que más gravemente atacan a la convivencia humana, tal como es regulada por el orden jurídico, y que, por eso mismo, son sancionadas con el medio más duro de que dispone el aparato represivo del poder estatal: la pena. La norma jurídica penal constituye también un sistema jurídico de expectativa: se espera que no se realice la conducta en ella prohibida y se espera

también que, si se realiza, se reaccione con la pena en el prevista. (Muñoz Conde, 1985, p. 25).

Es fácil de advertir que la diferencia entre la norma penal y las demás normas jurídicas se centra en que, en la norma penal, el supuesto de hecho lo constituye la descripción típica del actuar de la conducta y la consecuencia jurídica es una pena o una medida de seguridad. (Muñoz Conde, 2001, p. 44).

Según explica el jurista en cita:

el prototipo de una norma penal es el art. 407 del Código Penal: "El que matare a otro será castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor". Se trata de una *norma penal completa*, porque en ella se describe claramente el supuesto de hecho, "matar a otro", y la consecuencia jurídica, "la pena de reclusión menor". Pero no debe confundirse norma penal con artículo del Código Penal. Normalmente pueden coincidir, pero otras veces el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica se encuentran repartidos en diferentes artículos del Código Penal. (Muñoz Conde, 2001, p. 44).

Pero no hay que dejar de lado que:

No siempre se encuentra tan claramente en la configuración legislativa de la norma penal esta sencilla estructura. Muchas veces, para completar el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica hay que acudir a distintos artículos del Código que no están en inmediata conexión o, incluso, a una norma jurídica de carácter extrapenal. Esto plantea dos problemas: el de las normas penales incompletas y el de las normas penales en blanco. Normas penales incompletas. Llamo normas penales incompletas o dependientes a aquellos preceptos que completan o aclaran el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica descritos en otro lugar. Normas penales en blanco. Entiendo por "norma penal en blanco", aquella cuyo supuesto de hecho viene consignado en una norma de carácter no penal. (Zaffaroni, 2002, 117).

Pero claro, es necesario también acercarnos a lo que se entiende por "norma jurídica"; a su definición, pues en realidad es de ahí de donde provienen las demás ideas y conceptos. Para ello nos vamos a apoyar

en las ideas del profesor Jan Sieckmann (2015, pp. 985-987), quien refiere en primer lugar que La noción de norma jurídica es una de las más centrales en la jurisprudencia. La estructura y propiedades de las normas jurídicas se reflejan en la ley misma: Sin embargo, no está claro qué se entiende por norma jurídica. Esta falta de claridad se debe en parte a problemas con el concepto de norma en general. En resumen, la concepción de las normas como el contenido de los enunciados normativos sigue siendo más plausible y elemental. Sin embargo, esta concepción encuentra ciertos problemas, algunos de carácter filosófico, otros relativos a su pertinencia como teoría de las normas. Uno de los problemas filosóficos es que se duda de la existencia de los contenidos como entidades ideales o abstractas, o al menos de su adecuación a un análisis lógico de las normas, otro problema filosófico se refiere a la capacidad de las normas o enunciados normativos para ser calificados como verdaderos o falsos. En cualquier caso, es posible comprender los enunciados normativos, y esto proporciona una buena razón para rechazar una semántica basada exclusivamente en valores de verdad o la tesis de que los enunciados normativos no pueden ser verdaderos o falsos, o ambos. La definición, entonces, parece sostenible como el contenido de los enunciados normativos.

Por otro lado, creemos conveniente para los fines de la presente investigación ofrecer una noción de norma jurídica más contemporánea, en donde las ideas garantistas estén presentes; para ello, nos hemos permitido citar al profesor Luigi Ferrajoli y su noción de norma jurídica en un estado constitucional de derecho:

Por decirlo mejor, no corresponde siquiera, como la validez y la eficacia, a una categoría de calificación teórica, sino que es más bien una categoría meta-teórica de la semántica de la teoría del derecho que designa la existencia de lo que es denotado por norma jurídica, es decir, la referencia empírica de la noción teórica de norma. (Ferrajoli, 1995, pp. 359-360)

2.2. EL DELITO Y SUS CLASES

Para ofrecer un concepto de “delito”, primero he de referirme a la ley, ya que es ella la única que le puede dar esa categoría. El alcoholismo es una conducta rechazada socialmente, pero por muy reprobable que sea, no podríamos afirmar sin equivocarnos que el alcoholismo es un delito. Hay muchas conductas que causan en la sociedad el mismo estupor y rechazo que el alcoholismo; pero solo son consideradas delito las que el legislador ha capturado y les ha dado la categoría de delito, asignándoles como consecuencia jurídica la “pena”, cual fuera.

Entendemos entonces que delito lleva intrínsecamente consigo a la ley y con la ley al legislador. Entonces ¿Qué es el delito? Es una conducta rechazada socialmente a la que se le ha asignado una pena como consecuencia jurídica, mediante una ley. Caso contrario, esto es, si la conducta no tiene como consecuencia jurídica una pena, y, tampoco está recogida en una ley, no es un delito.

El Estado a través del legislador utiliza el delito para reprimir conductas; en ocasiones resulta ser su principal instrumento para concretar ese objetivo (reprimir), olvidándose qué, el delito (entendido como una

sencilla ley) tiene como objetivo principal lograr paz social, una convivencia pacífica.

Sin embargo, es necesario agregar ideas en donde la definición del “delito” no se apeguen únicamente a una ley; por ello, hemos de citar a jurista Ferrajoli, quien al respecto anota:

Prohibición penal y reprobación moral. Una ética de la legislación. La libertad del ciudadano depende principalmente - escribió Montesquieu - de que las leyes criminales sean buenas. ¿De qué depende la bondad de las leyes y de las prohibiciones penales? Es obvio que no puede deducirse, tautológicamente, de la definición formal de delito, que considera delictivo todo comportamiento prohibido por la ley penal, sino que habrá que buscarla con criterios valorativos externos a la ley misma. Estos criterios, como hemos visto, son los que se incluyen más o menos genéricamente en las denominadas definiciones sustanciales de delito, que son compatibles con las descripciones formales y con el principio de legalidad, siempre que se las considere como meras recomendaciones prescriptivas sobre el contenido de las prohibiciones legales y no como proposiciones descriptivas. Así entendidas, dan respuesta a la cuestión axiológica cuándo prohibir y a las sub-cuestiones, cuándo prohibir penalmente mejor que civil o administrativamente y «cuándo prohibir como delito y cuándo como contravención»; cuestiones todas ellas de legitimación predominantemente externa, a diferencia de la cuestión «cuándo castigar», que en los ordenamientos que incorporan los principios de retribución y de legalidad es exclusivamente de legitimación interna. ¿En qué medida tales recomendaciones son idóneas para identificar requisitos suficientes de legitimación externa de las prohibiciones penales? Lógicamente, la fórmula prescriptiva *prohibendum quia peccatum*, que recoge lo esencial de todas las definiciones sustanciales, puede querer decir dos cosas distintas: que un comportamiento debe ser prohibido si, en cualquiera de las acepciones del término, es pecado, o que debe ser prohibido sólo si es pecado. En el primer caso se considera al juicio de reprobación externa como una condición suficiente, dada la cual el comportamiento reprobado debe ser prohibido como delito; en el segundo, es considerado sólo como condición necesaria. Es obvio que existe una profunda diferencia entre ambas prescripciones. La primera refleja la subordinación axiológica del derecho a la moral, o a otros criterios de reprobación, y la pretensión de que imponga imperativamente la (o una determinada) moral, prohibiendo toda violación de la misma. La segunda expresa la pretensión más

genérica, pero inocua en cuanto limitadora del poder de prohibir, de que las prohibiciones penales deban dirigirse sólo a comportamientos inmorales o, en cualquier caso, reprobables. El pensamiento penal liberal se caracteriza, históricamente, por el rechazo de la primera pretensión y por acoger, en sentido utilitarista, la segunda. «Todos los delitos -afirma Hobbes- son realmente pecados, pero no todos los pecados son delitos». Y Bentham representa la relación entre derecho y moral a través de la imagen de dos círculos concéntricos de distinto radio: más largo el correspondiente a la esfera moral, más corto el que delimita la esfera jurídica ". De acuerdo con ello, un hecho no debe ser prohibido si no es, en algún sentido, reprobable; pero no basta con que sea considerado reprobable para que tenga que ser prohibido. La pretensión inherente a la tesis de que los delitos tienen que ser (seleccionados entre los comportamientos) en algún sentido reprobables comporta, además, la exigencia de una justificación externa al contenido de la prohibición penal. El principio liberal de la separación derecho-moral, si bien en el plano teórico-descriptivo excluye del concepto de delito cualquier connotación de tipo moral o natural, no impide que las prohibiciones legales sean susceptibles de prescripción y valoración en el plano ético-político. Las dos formas, opuestas pero convergentes, de confusión entre derecho y moral expresadas por el moralismo jurídico (según el cual el delito lo es en cuanto pecado) y por el legalismo ético (según el cual el pecado es tal por ser delito) impiden, como hemos visto, una valoración moral y política de las leyes penales. Por el contrario, es precisamente la separación entre derecho y moral la que, por una parte, impone el deber de justificar las prohibiciones y también los castigos y, por otra, permite hablar de una ética de la legislación desde la que criticar las leyes como inmorales o, al menos, como injustificadas. Una vez reconocida la autonomía entre las dos esferas valorativas, se puede, por ejemplo, considerar que son inmorales las normas que, en nuestro ordenamiento, castigan la mendicidad o el ejercicio abusivo de oficios ambulantes; y se puede admitir, sin gran dificultad, que muchos de los hechos previstos como delitos en los códigos penales - es el caso de los delitos políticos o sindicales vienen impuestos o justificados por razones políticas o morales. (Ferrajoli, 1995, pp. 459-460)

2.2.1. Delito doloso

Nuestro ordenamiento jurídico penal tiene sus bases en las ideas de la acción finalista, por lo tanto, las ideas de su principal precursor formarán parte de la presente investigación, con el

objetivo de formarnos una noción del dolo o del concepto de injusto en los tipos dolosos.

La dogmática penal trató de comprender primeramente el concepto de injusto a través de la biparticipación: "objetivo" - "subjetivo". A lo injusto habían de pertenecer exclusivamente las características objetivas del mundo exterior, mientras que los elementos psíquicos subjetivos debían de constituir la "culpa". El fundamento mental para ello lo ofreció, por una parte, la teoría causal de la acción, que separó nítidamente la acción, como un suceso causal puramente exterior, del contenido subjetivo de voluntad; así fue atribuido todo lo "exterior" a la antijuricidad, todo lo "interior" a la culpa. En segundo término, esta separación fue dogmáticamente ayudada por la falta de claridad sobre el sentido de la "objetividad" de la antijuricidad. Como la antijuricidad es reconocidamente un juicio "objetivo" (general) de disvalor ese concepto condujo fácilmente al malentendido, de que lo injusto (la acción antijurídica) se debía considerar con criterio puramente "objetivo", pero en el sentido completamente distinto de un objeto del mundo exterior. Pero, si la antijuricidad afecta al acontecer causal exterior, la teoría reinante tenía que considerar lo injusto materialmente, como lesión o peligro de un bien jurídico; la culpa apareció frente a ello como la relación psíquica subjetiva del autor con el resultado. (Welsel, 1956, pp. 67-68).

En esta separación aparentemente tan clara de externo e interno, objetivo y subjetivo, y en la atribución de lo "exterior" a lo injusto y de lo "interior" a la culpa, se produjo un profundo resquebrajamiento al ser descubiertos los elementos subjetivos de lo injusto. Se reconoció que en muchos tipos es imposible comprender lo injusto en forma puramente objetiva y que debe ser completada su apreciación por determinados elementos psíquicos-subjetivos. La simple sustracción de una cosa ajena no agota lo injusto específico del hurto, en oposición a la propia iniciativa, prohibida en el derecho civil, sino que es la sustracción que se realiza con voluntad de apropiación la que convierte a aquélla en acción de hurto. Con más claridad aún, la "apropiación" como acción de hecho en la apropiación indebida (5 246), demuestra que la acción típicamente adecuada no puede ser comprendida de ninguna manera sin la tendencia subjetiva de voluntad que determina el acontecer exterior. (Welsel, 1956, pp. 67-68).

En el examen de los tipos penales con elementos subjetivos de lo injusto, se reconoció, además, que en la tentativa el dolo es un elemento subjetivo de lo injusto. Efectivamente, en la tentativa no se puede comprobar en absoluto, en forma

puramente "objetiva", es decir, sin considerar la decisión subjetiva del autor, que tipo ha de concretarse. Si alguien apunta a otro y narra el disparo, este suceso causal exterior puede ser una tentativa de lesión corporal, o un tirar en lugares no permitidos, según el dolo que tenía el autor. El dolo es aquí una característica del tipo de injusto, sin el cual la adecuación típica del acontecer exterior no puede ser averiguada. Así, ya de acuerdo con la teoría reinante, el dolo es en la tentativa un elemento subjetivo de lo injusto. La lógica consecuencia de esta comprensión debe, por encima de la teoría reinante, conducir al reconocimiento de que, si el dolo en el delito tentado pertenece al tipo de lo injusto y no a la culpa, él debe conservar la misma función también cuando el delito tentado pasa a la etapa de la consumación. ¿Cómo se podría discriminar, según si el sujeto narra el disparo o da en el blanco, si el dolo es un elemento de lo injusto o solamente un elemento de la culpa? Únicamente reconociendo el dolo como elemento de lo injusto se pueden también incluir lógicamente, y sin esfuerzo, los elementos subjetivos de lo injusto en el tipo; o se puede tener una voluntad de apoderamiento en una lesión de posesión ciegamente causal, sino solamente en una acción finalista de sustracción. Una voluntad de apoderamiento sería netamente incompatible con una lesión de bienes jurídicos puramente causal. Así, la teoría reinante está también obligada, por una necesidad lógica, a reconocer el dolo como elemento subjetivo de todos los tipos dolosos de injusto". (Welsel, 1956, pp. 67-68)

Pero con ello está abandonado el sistema de la determinación puramente "objetiva" de lo injusto: en todos los delitos dolosos, el dolo es un elemento esencial de lo injusto. De ello resulta que no el concepto causal de la acción, sino solamente el concepto finalista, puede indicar el fundamento adecuado al ser de la teoría de lo injusto. El dolo, que la teoría de la acción finalista ha señalado como el factor que crea lo objetivo de la acción, es un elemento esencial del concepto de lo injusto. (Welsel, 1956, pp. 69-70)

Sin embargo, una definición más cercana y entendible quizá, nos la ofrece el jurista peruano Luis Miguel Bramont Arias Torres (1996), quien nos señala:

El dolo: El dolo es la conciencia (saber la acción u omisión que se está realizando) y voluntad (querer realizar la acción) de realizar el tipo objetivo. Se da una coincidencia entre el aspecto objetivo y subjetivo del hecho: lo ocurrido tiene que haber sido conocido y querido por el autor. No se debe

confundir el conocimiento actual de todas las circunstancias, con la conciencia, por ejemplo, en el delito de robo agravado (art. 189), el que roba tiene conciencia que es en casa habitada (inc. 1), de noche (inc. 2): pero al momento de robar no está pensando en ello y eso no quiere decir que falte el dolo. 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)". Al decir que, el dolo se relaciona con el tipo objetivo incluimos a los elementos normativos y descriptivos. Los elementos normativos requieren para su valoración de ciertos puntos específicos de carácter cultural, social o jurídico; estos elementos introducen una imprecisión en el tipo, que en definitiva llevan a que el juez sea el que cierre el tipo, esto es, le dé la determinación; esto, en cierta medida, puede llevar a que se afirme que los individuos están sujetos a la decisión arbitraria del Juez. Con esto se manifiesta un pequeño choque con el principio de legalidad, que en cierta medida queda a criterio del juzgador, siendo por ello recomendable la eliminación de este tipo de fórmulas. El desvalor de la acción en los delitos dolosos puede que no se agote con el dolo, sino que a veces se requiere que se presenten los elementos subjetivos del tipo, los que se desarrollan más adelante. Por ejemplo, en el delito de injuria no sólo se requieren las acciones destinadas a desacreditar a la persona, sino que además es necesario que el sujeto activo tenga como fin ulterior el querer lesionar el honor del sujeto pasivo. (p. 189)

Finalmente, sobre el dolo o un delito doloso como lo hemos nombrado, traeremos a colación los aportes del jurista argentino Zaffaroni (2002), quien señala lo siguiente:

Dolo es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración. En el dolo, este conocimiento es siempre efectivo y recae sobre los elementos del tipo sistemático objetivo (incluyendo los elementos normativos de recorte) y también sobre los imputativos del tipo conglobante. Su base constructiva legal más sintética es el fin de cometer un delito del art. 42 del CP. Las tentativas de construirlo a partir del inc. 1 del art. 34^o eran sostenibles en las estructuras analíticas naturalistas y en las neokantianas plegadas a la teoría del dolo (*dolus malus*). Con todo, tampoco resolvían el problema que a esa base legal constructiva les planteaba la inclusión en este inciso del estado de inconsciencia (ausencia de acto). (pp. 519-520).

A lo que agrega:

El dolo es un concepto que cumple su función reductora como una de las dos únicas pautas alternativas de imputación subjetiva que impiden la responsabilidad meramente objetiva o por el resultado, excluyendo cualquier manifestación del *versan in re illicita*. Es claro que no puede asumir esta función en los ordenamientos que conservan la responsabilidad objetiva, como la versión anglosajona. Los tipos dolosos cumplen la función de limitar la imputación subjetiva de acciones exigiendo ciertas finalidades como condición para su relevancia típica, en tanto que en la culpa opera la otra alternativa, completando la limitación con la exigencia de una particular forma de realización de la finalidad (Zaffaroni, 2002, p. 520).

Los tipos dolosos destilan más poder punitivo que los culposos, por lo que constituyen la forma de imputación subjetiva con mayor tradición histórica. Esto se ha explicado de varias maneras; en los últimos años, esto se ha hecho desde el punto de vista del desconocimiento de la actuación con criterios éticos y desde el punto de vista sistémico como un mayor desconocimiento de la configuración del mundo impuesta por la ley, es decir, una mayor afectación de la norma, aunque también se apela al argumento de que la imprudencia suele acarrear un riesgo de castigo natural; También se ha tratado de explicarlo desde el punto de vista objetivo por la mayor probabilidad de daño (mayor peligro para los bienes jurídicos), ya que siempre es más probable que un plan dirigido contra él lo produzca que otro que no tiene como objetivo para producirlo. es9. Sin embargo, esta última consideración parece más adecuada para explicar que la tipicidad culpable se circunscribe a los casos en que se produce el resultado. En todo caso, desde una perspectiva agnóstica del poder punitivo, no es

necesario encontrar un fundamento que legitime la mayor gravedad de la defraudación, pero basta con excluir que en la mayor gravedad punitiva del injusto criminal haya una intolerable irracionalidad. Así, basta señalar que en general esta característica de la criminalización primaria no es del todo ininteligible, ya que por regla general la acción de quien genera un conflicto intencional es más reprobable que la de quien lo produce únicamente por la forma en que lo hace. se comete un delito. acción diferente. Esta observación se basa tanto en una tradición cultural y ética muy generalizada, como en la experiencia cotidiana, que basta para descartar la cruda irracionalidad, pero no implica aceptar su total racionalidad porque, en la perspectiva de la destrucción de un derecho, la gravedad del daño es equivalente de una u otra forma a la comisaria, así como porque la revolución tecnológica global pone seriamente en tela de juicio esta aseveración, ante la posibilidad actual (y ante la perspectiva creciente) de actos culposos (ecológicos, financieros) con daños masivos a la propiedad. legal que, en la práctica, puede hacer imposible una vida con derechos para la mayoría de una sociedad (Zaffaroni, 2002, pp. 521-522).

En su forma más simple, la doctrina dominante coincide con la caracterización del dolo como saber y querer, con lo cual parecía cerrada y carente de toda actualidad la vieja polémica u entre la teoría de la voluntad (Willenstheorie) y la de la representación (Vorstellungstheorie), Se ha observado en la teoría de la

representación que el elemento intelectual no puede soportar ningún reproche, pues todos tienen el mismo conocimiento que cualquier asesino. Recurre a Frank para indicar que había llegado a admitir que esto se debía a una confusión terminológica. Sin embargo, en los últimos años no faltan opiniones que, en cierto sentido, repasando el viejo debate sobre la naturaleza saber, sostienen que se trata de un conocimiento de la acción y sus consecuencias, dejando de lado el elemento volitivo. La piedra del escándalo es la voluntad, ya que un sector de la doctrina no reconoce en ella la existencia de voluntad: mientras que la doctrina anterior reconocía la voluntad en cuanto a las consecuencias accesorias, ciertas opiniones más recientes la niegan (Zaffaroni, 2002, p. 520).

En general la doctrina no distingue entre el dolo como una finalidad concreta y típica dada en el mundo (la finalidad como parte del supuesto de hecho fáctico), el dolo como exigencia típica perteneciente a la ley (el dolo como requisito del supuesto de hecho legal) y el dolo como característica de la acción típica dolosa, aunque en ocasiones se hace referencia a la dolosidad para indicar esta última. No obstante, ante la inconveniencia de crear nuevos tecnicismos, no deja de ser admisible este uso indiferenciado de la voz dolo, siempre que del contexto surja cuál de los tres sentidos se quiere connotar: un dato del mundo, lo que la ley exige o el resultado de la constatación en el caso concreto. (Zaffaroni, 2002, p. 521)

2.2.2. Delito culposo

Si el tipo no tomase en cuenta la finalidad para individualizar la conducta prohibida, esto no significaría que el legislador supone que la conducta no tiene finalidad, sino simplemente, que no le otorgaría allí relevancia típica individualizadora. Mas esto no es

verdad, porque el tipo culposo necesita conocer la finalidad de la conducta para individualizarla. Por cierto, en su estructura la finalidad cumple su cometido individualizador de manera diversa a como lo desempeña en el tipo doloso, pero su necesidad se nos hace incuestionable.

El tipo culposo individualiza una conducta (al igual que el doloso). La conducta no se concibe sin voluntad, y la voluntad no se concibe sin finalidad; la conducta que individualiza el tipo culposo tendrá una finalidad, al igual que la que individualiza el tipo doloso. Pero el tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad sino porque en la forma en que se obtiene esa finalidad se viola un deber de cuidado. (Peña Cabrera, 2010, p.166).

La culpa puede darse de las siguientes formas: • Imprudencia: Afrontar un riesgo de manera innecesaria pudiendo evitarse. Negligencia: Implica una falta de actividad que produce daño (no hacer). • Impericia: Se presenta en aquellas actividades que para su desarrollo exigen conocimientos técnicos especiales. • Inobservancia de reglamentos: Implica dos cosas: que conociendo las normas estas sean vulneradas implicando "imprudencia"; o se desconozcan los reglamentos debiendo conocerse por obligación, implicando ello negligencia. (Peña Cabrera, 2010, p. 167).

Sobre el tipo culposo, también resulta necesario incorporar a la presente investigación las ideas vertidas por el jurista argentino Raúl Zaffaroni, pues nos ayudará a entender mejor esta clase de delito.

El código penal argentino no prevé un crimen culpae, o delito de imprudencia, que permita construir junto a cada tipo doloso otro culposo o admitir un general delito culposo. Por consiguiente, los tipos culposos se encuentran expresamente escritos en la ley, de modo que, si bien es concebible una forma culposa junto a cada tipicidad dolosa, ésta deviene atípica en todos los casos no tipificados'. Se trata de una modalidad legislativa mucho más limitativa del poder punitivo y, por ende, menos irracional. A este respecto debe observarse que la vieja técnica del crimen culpae - hoy

casi desaparecida en la legislación comparada- revelaba la aspiración a una punición sin lagunas, incompatible con el carácter fragmentario de la legislación penal: no es racional que en todos los casos no sólo se le exija al habitante que no realice acciones lesivas sino también que no lesione por falta de cuidado, a riesgo de ampliar insólitamente la selectividad del poder punitivo. (Zaffaroni, 2002, p. 549). La característica esencial del tipo culposo finca en su peculiar forma de individualización de la acción prohibida: a diferencia del tipo doloso activo, en que ésta se individualiza mediante su descripción, en el tipo culposo permanece prima facie indefinida y sólo es posible particularizar en cada caso, luego de determinar la conducta que origina el resultado relevado penalmente. Esto obedece a que los tipos culposos no criminalizan acciones como tales, sino que las acciones se prohíben en razón de que el resultado se produce por una particular forma de realización de la acción. Dicho de otra manera: el tipo culposo no castiga al autor por la forma en que un fin es perseguido, sino porque el resultado distinto al final presupone de parte del causante un peligro prohibido previsible y evitable, y ello se explica porque la mera creación de un peligro no es suficiente para la imputación culposa. Un supuesto que esto no significa que la acción no tenga una finalidad, sino sólo que no está prohibida en razón de esa finalidad. De cualquier manera, es necesario averiguar la finalidad ante cada hecho concreto, para saber de qué acción se trataba y, conforme a ello, determinar cuál era el cuidado correspondiente a esa clase de acciones, indispensable para cerrar el tipo y verificar la tipicidad. (Zaffaroni, 2002, p. 550).

La confusión idealista entre la prohibición y el modo en que se prohíbe lleva a sostener erróneamente que la finalidad no guarda relación con la tipicidad culpable, o incluso que la acción culpable no tiene finalidad. Esta fue una parte importante del debate con el finalismo e incluso dificultó la elaboración de Welzel, quien en un momento se refirió a la posible finalidad de la culpa, que luego corrigió retomando las críticas de Rodríguez Muñoz y Niese. Sin embargo, estos argumentos no han desaparecido en la doctrina posterior (Zaffaroni, 2002, p. 549).

2.2.3. El delito preterintencional

Este tipo de delito no se encuentra definida por nuestro derecho penal, por ello se necesita recurrir a la doctrina. Se sabe que se presenta cuando el evento típico supera la voluntad del sujeto, provocando que el daño ocasionado con la acción sea cualitativamente mayor que el buscado o aceptado por éste. Para presentar una serie de definiciones se va a emplear el trabajo de Polar Cadillo (2019), quien las presenta de forma compacta de la siguiente forma:

Villavicencio Terreros, afirma que: “El llamado delito preterintencional es un supuesto de tipificación simultánea, dolosa y culposa, de una misma conducta, sea que, de no hallarse así tipificada, el caso se resuelve por concurso ideal”. Asimismo, Mir Puig (1996) afirma que: “Si el tipo doloso se caracteriza porque el autor quiere - con matices contemplados - realizarlo, y el tipo imprudente presupone que no hay voluntad de ejecutar dicho tipo doloso, la preterintencionalidad se da cuando el autor quiere realizar un tipo doloso de distinta significación penal al que resulta (más allá de la intención).” En cuanto la teoría de los delitos preterintencionales, Kai Ambos (2006) nos indica: “Preterintencionalidad significa 'más allá de la intención', tomando el termino latino *pareter*, más allá, e *intentio-onis*, intención, propósito. El autor causa un resultado que va más allá de su intención”. De este modo queda perfectamente excluido cualquier línea de la teoría *versari in re illicita*, la cual sostiene que “quien quiso la causa, quiso el resultado”, abriendo la posibilidad de imputación por la mera causación de un resultado” (p. 75).

Por su parte, Zaffaroni sobre la estructura preterintencional refiere:

Algunas disposiciones legales abarcan una complejidad de acciones o aportan una solución particular para casos que, de no existir la previsión expresa, serían resueltos por las reglas del concurso ideal, como son los casos de las llamadas figuras preterintencionales en la tradición italiana, que en la alemana suelen llamarse combinaciones típicas. El concepto de preterintención generó una formidable

confusión que llevó a sostener desde la existencia de un dolo de preterintención y la de una tercera forma de culpabilidad" hasta abiertas soluciones de responsabilidad objetiva. No menor fue la que introdujo para ciertas calificantes el concepto de delito calificado por el resultado. (Zaffaroni, 2002, p. 566).

Este autor que se da cuenta que se presentan confusiones entre estas figuras, por lo cual presenta una manera de evitar tal desconcierto, lo que se logra reconociendo que

Es preferible optar por reconocer que existen figuras complejas entre las cuales, algunas (a) combinan tipicidades dolosas y culposas, (b) otras califican tipos dolosos en razón de resultados dolosos más graves y, por último, (c) otras califican tipos culposos por resultados culposos más graves. Es regla básica que en ninguna hipótesis puede admitirse una pena más grave en razón de un resultado que no haya sido causado por dolo o culpa, porque violaría el principio de culpabilidad, consagrando una inadmisibles responsabilidad objetiva. No obstante, esta regla básica mínima sólo sienta la base infranqueable para cualquier interpretación de las figuras complejas en particular, pero no resuelve los problemas que demanda esta tarea. En efecto: establecida la regla de garantía mínima, frente a cada figura se hace necesario determinar de cuál de las tres hipótesis se trata. En ocasiones ello es sencillo, como en el llamado homicidio preterintencional, pero en otras no se encuentran pautas interpretativas claras, lo que llevó a plantear su inconstitucionalidad", y a postular que en todos los casos los resultados deben ser imputados a título de culpa temeraria o a dolo. En la doctrina nacional se observó que la pena no puede elevarse en forma desmesurada por el resultado culposo. (Zaffaroni, 2002, p. 546).

Debemos también añadir algunas ideas relacionadas con la preterintención, pero esta vez considerada como una forma de atenuación, casi como actualmente funciona una confesión sincera, por ejemplo. Para ello, citaremos al jurista Gonzalo Rodríguez Mourullo (1970), quien nos deja los siguientes aportes al momento de analizar la preterintención en España, en los siguientes términos:

El apartado cuarto del artículo del Código penal considera circunstancia atenuante de no haber tenido el delincuente la intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo. Se la denomina usualmente por jurisprudencia y comentaristas atenuante de preterintencionalidad. Se habla de preterintencionalidad cuando la intención del sujeto es superada por el resultado producido. La preterintención es un caso de incongruencia entre los aspectos objetivo y subjetivo del hecho. Entraña un plus effectum, que va más allá de la intención. (p.555).

El lado objetivo del hecho desborda al subjetivo. Es, pues, en cierto modo, un caso de incongruencia inverso al que se da en la tentativa, en cuyo marco el aspecto objetivo del hecho queda rezagado respecto a la intención. Algún Código concibe a la preterintencionalidad como una tercera forma de culpabilidad, al lado del dolo y la culpa. Así, el Código penal italiano se ocupa, en su artículo 43, del delito doloso o preterintencional y culposo. Estas dos últimas formas de lo que el propio Código italiano llama, conforme al artículo 42, carácter excepcional, de suerte que no cabe admitir la preterintencionalidad más que en aquellos casos en los que la ley ha tipificado expresamente delitos preterintencionales. Por ejemplo, el homicidio preterintencional previsto en el artículo 584. Nuestro Código, en cambio, ha hecho de la preterintencionalidad una circunstancia atenuante. De esta caracterización legal derivan los problemas - imposibles de solucionar de modo plenamente satisfactorio - que la preterintencionalidad suscita en nuestro Derecho. Porque esta circunstancia atenuante no puede operar más que en referencia con delitos dolosos y sirve únicamente para rebajar la pena prevista para la verificación dolosa del resultado. La atenuante que comentamos presupone, pues, que el resultado más grave efectivamente producido y no querido por el agente se imputa a este a título de dolo, si bien se atenúa su responsabilidad dolosa. Desde el punto de vista del principio de culpabilidad, la existencia legal misma de esta atenuante resulta paradójica. (p. 557).

La existencia misma de la atenuante de preterintencionalidad denuncia la vigencia en nuestro Código del principio del versari. Hay que, reconocerlo así, aunque la vigencia del versari, que supone una desviación del principio de culpabilidad y es fuente de responsabilidad objetiva, resulte altamente insatisfactoria para la actual conciencia jurídico penal. El loable principio espiritualista con más vigor hasta ahora, de ideal aspiración que de realidad legal - advierte la interesante. El 15 noviembre 1969, dictada bajo ponencia de Oro Pulido-, a cuyo tenor la responsabilidad criminal a título de dolo no debe extenderse

más allá, de la cierta y efectiva culpabilidad del agente, cualquiera que hubiere sido la extensión o gravedad del mal resultante de su conducta, sufre, en los ordenamientos penales positivos y por influjo de explicables exigencias político-criminales, sensibles desviaciones que implican otras tantas concesiones en provecho del objetivismo, inspiradas en el viejo criterio del *versari in re illicita* y plasmadas, en nuestra legalidad punitiva vigente, en formulas tales como los concretos delitos agravados por razón del resultado, sobre todo, y con genérica amplitud de *numerus apertus*, poco usual en el Derecho comparado, en el peculiar instituto de la preterintencionalidad, desdoblada en la atenuante cuarta del artículo 9, calificable de preterintencionalidad homogénea o de grado menor, y en la preterintencionalidad heterogénea o de grado mayor, contemplada en el casi inédito apartado primero del artículo 50, implantados uno y otro en la ambigua declaración del párrafo 3 del artículo 1. (p. 557).

2.3. EL CONCURSO DE DELITOS

El presupuesto necesario para que se produzca esto es la pluralidad de conductas delictivas y delitos. En el fondo, no es más que la concurrencia de varios delitos en un mismo proceso que, si bien existen disposiciones al respecto en el código penal, en modo alguno debe considerarse como una cuestión exclusivamente penal, pero también de enorme importancia. Si bien en la competencia real siempre existe competencia por delitos en proceso, algunos autores suelen introducir una distinción entre la competencia real (también denominada delitos materiales o delitos) y la mera competencia procesal, ocurriendo esta última cuando entre los diversos delitos no existe un vínculo, además de que fueron asignados a un mismo tema en un solo proceso. En Argentina no se incluye esta distinción y no parece tener efectos relevantes (Zaffaroni, 2002, p. 861).

Hay tipos que van más allá de la conducta que los consume, pues también se cumple un número indeterminado de repeticiones de la conducta de consume en circunstancias idénticas o similares. Una interpretación racional de los tipos muestra que en algunos la norma no contempla la repetición de la conducta como una nueva conducta típica independiente, sino como una mayor afectación del bien jurídico, lo que se traduce en mayor contenido desleal de la única conducta típica, ya que otra interpretación se presenta como absurda o aberrante. Así quien tomara diariamente fotografías parciales de un establecimiento militar durante tres meses, hasta completar su representación, y se las pasara también diariamente a un espía, cometería noventa violaciones de secretos militares. La doctrina reacciona a este fenómeno de manera diferente, pues mientras unos exigen que, además del mero incremento cuantitativo de lo injusto (injusto unitario), el hecho obedece a una situación motivacional unitaria (culpa unitaria), otros sostienen que esta unidad procede de una interpretación razonable de los tipos y exigen la inmediatez del tiempo y del espacio, mientras que otros consideran un privilegio concedido a la repetición contra la ley y, por tanto, imponen la aplicación aberrante del tipo. Si bien la culpa no debe utilizarse para determinar la unidad de la conducta -que es un problema de tipicidad-, no parece haber otra solución que recurrir a la interpretación racional de los tipos para evitar el absurdo, teniendo siempre en cuenta que es factible sólo en los casos en que la naturaleza de la ley admite grados de afectación (Zaffaroni, 2002, p. 862).

2.3.1. Concurso real

En el Perú este tipo de concurso está previsto en el artículo 50 del Código Penal, en donde se establece: Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta.

Nos apoyaremos en algunas notas que, sobre esta institución jurídica, ha anotado el jurista Hurtado Pozo (1987):

Pluralidad de acciones: De acuerdo a lo expuesto al analizar el concurso ideal, consideramos que la pluralidad de acciones es la base del concurso real de delitos. Cada una de esas acciones debe ser independiente, de modo que puedan ser consideradas como infracciones autónomas; y tales acciones pueden consistir ya sea en movimientos corporales voluntarios (por ejemplo, dos disparos que causan la muerte a otras tantas personas) o en unidades jurídicas de acción (por ejemplo, dos delitos complejos o dos delitos permanentes). En todo caso, tal pluralidad de acciones no debe constituir una unidad de acción jurídica. Si este es el caso, podría tratarse de un concurso aparente de leyes o de un concurso ideal; mas no de concurso real. Este requisito de la independencia de las acciones se percibe con más claridad si se tiene en cuenta el art. 107, que describe el delito continuado. En él se hace referencia a "actos ejecutivos de la misma resolución criminal" que violen la misma ley penal. De donde se desprende que en el art. 108, se presupone una pluralidad de actos independientes; a los cuales el legislador holandés hacía referencia expresa. Además, el art. 116, que contempla la habitualidad en el delito, señala el caso de la comisión de más de tres delitos "cometidos en tiempos diversos e independientes unos de otros". Se trata de una forma de reiterancia, que no es otra

cosa distinta del concurso real. Teniendo en cuenta el sistema de nuestro Código y la fuente legal de las disposiciones que estudiamos, debemos afirmar que con la expresión hechos punibles, nuestro legislador se ha referido a acciones punibles. Expresión que no puede entenderse en el sentido de resultados o de violaciones a la ley, como corresponde hacerlo, tal vez, en las legislaciones que se inspiran en el Código italiano de 1889. Entre nosotros se han cometido errores al analizar esta disposición, ya que no se ha tenido en cuenta que la literatura jurídica extranjera consultada tenía como punto de partida una legislación diferente a la nuestra. Es el caso de Bramont Arias, quien luego de admitir que el curso real o material de delitos supone la "pluralidad de acciones y de delitos, y de estimar que para que exista se requiere "pluralidad de acciones independientes", afirma, siguiendo a Soler, que " es perfectamente posible un concurso real simultáneo, cuando con una sola acción se realizan varios hechos objetiva y 303 subjetivamente independientes". La opinión de Soler es correcta de acuerdo a la concepción plasmada en el Código italiano de 1889. Debido a esto, este autor argentino puede definir el concurso real diciendo: "Es una pluralidad de hechos (es decir de resultados) independientes y, en consecuencia, una pluralidad de delitos. Se equivoca también Bramont, esta vez siguiendo a los penalistas italianos, cuando afirma que se da concurso real a pesar de que no se trate de delitos independientes, sino de delitos conexos. Da como ejemplo, el que "uno de los delitos se haya cometido para realizar o para ocultar otro delito, o también para asegurarse a sí mismo o asegurar a otros el producto, el provecho, el precio o la impunidad del delito". Esta conexión, según él, "no excluye el concurso real, esto es, no quita que aquellos sean considerados como otras tantas acciones y violaciones distintas, y separadamente punibles". Con esta afirmación, Bramont se contradice; pues en líneas anteriores reconoce que se da concurso real cuando las "acciones son independientes". La conexión de dos o más acciones delictuosas en el llamado delito conexo es la negación de la independencia de tales actos. De lo sostenido por Bramont, se tendría que deducir que, a quien mata para facilitar u ocultar otro delito se le debe reprimir conforme a las disposiciones que prevén las dos infracciones, en concordancia con lo dispuesto en el art. 108 (concurso real). Pero lo cierto es que el art. 152 reprime ese tipo de acción como un sólo delito: asesinato. En esta norma, el legislador ha unificado dos acciones a fin de mejor caracterizar su juicio de desvalor. Por esto, hemos considerado correcto considerar al delito complejo como un caso de unidad de acción (normativamente determinada). Estos ejemplos, nos revelan una vez más la importancia de

la perspectiva normativa proporcionada por los tipos legales, para resolver los problemas que ofrece el concurso. (p. 302).

Concurso real homogéneo y heterogéneo: Al decir: delitos independientes, el legislador no se refiere a delitos de diferente naturaleza. El agente pudo haber cometido en diversas ocasiones, independientemente, el mismo delito (varios hurtos) o delitos diferentes (un hurto, un homicidio, dos estafas). En el primer caso, la doctrina habla de concurso real homogéneo y, en el segundo, de concurso real heterogéneo. La solución adoptada por el legislador respecto a la fijación de la pena en el concurso real, permite afirmar que él consideró la posibilidad de que se dé el concurso homogéneo. No señala que el agente será reprimido conforme a la ley que establezca la pena más severa, como en el concurso ideal de delitos (art. 105), sino que ordena la juez tomar como base la que debe pronunciar por el "delito más grave". En el mismo sentido, el art. 38 del Proyecto de 1985 (agosto) estatuye que el agente "será reprimido con la pena del hecho punible más grave. debiendo el juez tener en cuenta los otros para fijar la más severa represión. (p. 303).

2.3.2. Concurso ideal

Con respecto al concurso ideal, también nos valdremos de las ideas vertidas por el jurista nacional Hurtado Pozo, habiendo seleccionado las siguientes. Pero antes, es necesario recordar lo establecido en el artículo 48 del Código Penal: Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años.

El legislador peruano ha previsto el concurso ideal en el art. 105 del Código Penal. se produce este con curso: "cuando varias disposiciones penales sean aplicables al mismo hecho" Hurtado Pozo (1987) informa que, en el Proyecto de 1985, se dice, por el

contrario, "el que con una sola acción o omisión comete dos o más hechos punibles, idénticos o no, será reprimido con la pena más grave y, si son iguales, con una de ellas" (p. 299).

En cuanto al concurso ideal, concurso aparente de leyes y concurso real de delitos, hay que tomar en cuenta que:

En el concurso aparente de leyes como en el concurso ideal, se trata de una sola acción. Pero ésta es abarcada plenamente por una de las disposiciones legales que parecen ser aplicables. En otras palabras, se puede decir que el elemento común a estas dos clases de concurso es la unidad de acción; el elemento diferenciador, la tipicidad única o plural. En relación con el concurso real de delitos, la diferencia consiste en la pluralidad de acciones necesarias para la existencia de éste. Por ellos es que al inicio de este capítulo señalábamos que toda discusión práctica sobre los verdaderos concursos (ideal y real), comienza con la determinación de la unidad o pluralidad de acción.

Unidad de acción y pluralidad de leyes violadas: La expresión "mismo hecho" contenida en la regla del art. 105, significa misma acción. Para determinar, en qué casos se da esta unidad se debe recurrir a los criterios que hemos expuesto anteriormente (30). Quien con un solo disparo mata a una persona y lesiona a otra, comete una sola acción (31); mas, es evidente, que no puede ser totalmente valorada mediante la aplicación de la norma que reprime el homicidio (art. 150), ni por la que castiga la lesión (art. 165). Sólo teniendo en cuenta ambas es posible pronunciar un juicio negativo de valor conforme a ella. Lo mismo sucede en el caso en que el violador, al hacer uso de la violencia para vencer la resistencia de la víctima, le ocasiona lesiones de manera intencional. Aquí existe unidad de acción, a la cual es aplicable el art. 196 y el art. 165. Decir que sólo ha cometido violación no es conforme a la realidad; ya que no es posible, simplemente, dejar de lado las lesiones. Es necesario tenerlas en cuenta para valorar cabalmente el comportamiento del agente. Pero no es posible admitir que se da concurso real de delitos, porque no existen acciones (hechos punibles dice el art. 108 (que "deben considerarse como otros tantos delitos independientes". En el ejemplo dado, el cuadro normativo del tipo legal (violación) determina que se considere la existencia de una acción, a pesar de que, desde un punto de vista fenomenológico, podría ser fraccionada en acciones parciales. El contexto tempoespacial y la finalidad del agente son factores que

coadyuvan para admitir tal conclusión. Para una correcta comprensión del concurso ideal y la adecuada solución de las dificultades que presenta, es indispensable una justa apreciación de los tipos legales y de las relaciones existentes entre ellos. El criterio normativo proporcionado por el legislador a través de los tipos legales es ya decisivo en la determinación de la unidad de acción y la adecuación de esta acción a uno o algunos de ellos es determinante para admitir o no la existencia del concurso ideal de delitos. Y el legislador peruano no quiere decir otra cosa cuando expresa que: "varias disposiciones penales sean aplicables" ya que éstas lo serán cuando el agente, mediante su acción, haya cumplido con los requisitos contenidos en sus preceptos (tipos legales)". (Hurtado Pozo, 1987, p. 300)

2.4. PODER PUNITIVO

El poder punitivo se podría traducir tradicionalmente como aquella facultad del que es titular un Estado y que le permite imponer sanciones a los ciudadanos; pero esa frase resulta ser tan genérica que necesita de algunas ideas adicionales para entender la real dimensión de este apartado. Para ello, recurriremos al jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni (2002).

Son muchas las opiniones acerca del carácter del derecho, por lo cual es preferible entenderlo como un saber que - al igual que todos - debe establecer sus límites (definir su horizonte de proyección) en forma que le permita distinguir el universo de entes que abarca y, por ende, el de los que quedan excluidos. Pero toda delimitación de un saber responde a cierta intencionalidad, porque siempre que se busca saber se persigue algún objetivo que, al menos en el caso de las disciplinas jurídicas en general y en el del derecho penal en particular, no puede ser la mera curiosidad. El objetivo o intencionalidad del saber (el para qué concreto de cada saber) es lo que le permite acceder al conocimiento de ciertos entes, pero siempre desde la perspectiva de esa intencionalidad, es decir, ensayar su horizonte de comprensión (o de explicación) de esos entes con ese particular interés. (p. 3).

Un punto importante para entender mejor el punto de vista de Zaffaroni, es que él busca la precisión del término Derecho Penal, el cual resulta siendo equivocado en su mayoría de veces, pues tiene una repercusión semántica ambigua, al estar extendido un uso polisémico:

La imprecisión no es inocua, porque confunde derecho penal (discurso de los juristas) con legislación penal (acto del poder político) y, por ende, derecho penal con poder punitivo, que son conceptos que es menester separar nítidamente, como paso previo al trazado de un adecuado horizonte de proyección del primero. La referencia a la intencionalidad de los seres humanos y, por ende, de sus necesarias perspectivas limitadas, no debe confundirse con la negación misma del conocimiento racional y, menos aún, de la realidad del mundo: ninguna disciplina particular puede usurpar la función de la ontología, pretendiendo la aprehensión de los entes como realidad en sí. Tal pretensión conduce al autoritarismo: el culto a lo dado como realidad en sí es una suerte de verdad revelada por el sentido común que, como tal, resulta inmodificable. Algo sustancialmente distinto es aceptar que todo saber incorpora datos del mundo pero que siempre los selecciona desde una intencionalidad (un para qué saber), lo que no es lo mismo que pretender inventarlos a discreción. (Zaffaroni, 2002, p. 3).

Es casi unánime la delimitación contemporánea del horizonte de proyección del derecho penal, centrado en la explicación de complejos normativos que habilitan una forma de coacción estatal, que es el poder punitivo, caracterizada por sanciones diferentes a las de otras ramas del saber jurídico: las penas. En otro momento se sostuvo que la denominación derecho penal destacaba la priorización de la punición sobre la infracción, en tanto que derecho criminal indicaría el centro de interés opuesto. No obstante, muchos años después se sostuvo lo contrario, sugiriendo la preferencia por el antiguo nombre de derecho criminal, por entender que abarcaría las manifestaciones del poder punitivo que se excluyen del concepto de pena. A este respecto, cabe señalar que las llamadas medidas, pese a todos los esfuerzos realizados por diferenciarlas, no pasan de ser una particular categoría de penas (con menores garantías y límites que las otras) o, cuanto menos, una expresión clara de poder punitivo, por lo cual no merece detenerse en ellas en el momento de delimitar el horizonte de proyección. (Zaffaroni, 2002, p. 4).

Zaffaroni (2002) entiende que todo conocimiento requiere una definición previa a la delimitación de su objeto de estudio, hacia a dónde apunta, lo que permitirá manifestar su intencionalidad, para permitir el control de su racionalidad. Esta tarea es inevitable, aunque Zaffaroni (2002) crea que toda definición es odiosa porque delimita y por tanto separa y, al tratar de explicar el universo englobado, condiciona a la vez un campo infinito de ignorancia. También es claro cuánto considera que la existencia de un límite estructural es inevitable del conocimiento humano, que es bueno señalar antes de intentar definir un tema tan ligado al poder, como es el derecho penal, ya que su intensidad es directamente proporcional a la intimidad que el poder tiene con el saber. Así, bajo la perspectiva de conocimiento afirma que el derecho penal es “la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho” (Zaffaroni, 2002, p. 4).

Interesa que el autor bajo análisis, Zaffaroni (2002), deja notar el rol que debe jugar el derecho penal para la contención del poder, de la fuerza estatal:

La contención y reducción del poder punitivo, planificada para uso judicial por el derecho penal, impulsa el progreso del estado de derecho. No hay ningún estado de derecho puro, derecho penal es el componente dialéctico indispensable para su subsistencia y progreso. El estado de derecho es concebido como el que somete a todos los habitantes a la ley, y se opone al estado de policía, en que todos los habitantes están subordinados al poder del que manda. El principio del estado de derecho es atacado, desde un extremo, como ideología que enmascara la realidad de un aparato de poder al servicio de la clase hegemónica "; y defendido, desde otro, como una realidad bucólica con algunos defectos coyunturales. Cabe separarse de

ambos extremos, pues la historia muestra la dinámica del paso del estado de policía al de derecho, lo que impone una posición dialéctica: no hay estados de derecho reales (históricos) perfectos, sino sólo estados de derecho históricos que contienen (mejor o peor) los estados de policía que encierran. (Zaffaroni, 2002, p. 5).

Entendido esto, es mejor entonces especificar cómo es la forma de ver estos límites al poder punitivo.

2.4.1. Límites al poder punitivo

Es cierto que el Estado contiene en sí y para sí el poder de sancionar y de usar la fuerza cuando sea necesario, esto es que tiene un poder punitivo. Pero esto no debe mal entenderse con que dicho poder sea ilimitado, pues su ejercicio tiene límites.

Es verificable que ninguno de los principios que se mencionan como limitadores del poder punitivo reconoce realización absoluta. La observación corriente permite comprobar que, si todos ellos se enunciaban de modo absoluto, sería menester reconocer su violación cotidiana. Ello obedece al muy limitado espacio de las agencias jurídicas dentro del marco general del poder punitivo y a que incluso dentro del ejercicio punitivo manifiesto y en los casos a ellas sometidos, éstas no inician la criminalización y sólo se limitan a decidir su continuación o interrupción. Si los principios limitativos fuesen elevados a reglas de valor absoluto y, conforme a ellas, fuese corregida la operatividad del poder punitivo, éste sufriría una radical reducción. Está comprobado produce desconcierto en la doctrina tradicional, al punto de llegar a considerar a los principios limitativos como meramente orientadores, ante la evidencia de que, aplicados estrictamente, llevarían a la abolición de la pena. Semejante desconcierto implica aceptar pacíficamente que el derecho penal viola la Constitución y el derecho internacional. Ante lo inadmisibles de esa propuesta, corresponde considerar el dato de hecho e incorporarlo dinámicamente al sistema: en la realidad, observamos diferentes grados de realización de los principios; en el plano teórico, debe incorporarse el dato para partir de esos niveles de realización e impulsar su avance. Esto lleva a considerarlos reglas de realización progresiva o principios

inacabados. El grado de incompletividad de su observancia es parejo al de defecto realizador del estado de derecho; el progreso de sus standards de realización será paralelo al poder jurídico a la reducción de la violencia de las restantes agencias del poder punitivo. (Zaffaroni, 2002, p. 110).

A efectos de su enumeración, en la etapa actual de realización de los principios limitantes, es posible agruparlos en tres órdenes: (a) Las que constituyen el conjunto de manifestaciones particulares del principio general de legalidad o máxima legalidad, (b) Las que excluyen toda pretensión punitiva que incurra en incompatibilidad grave con los Derechos Humanos, c) Los que limitan la criminalización, derivados directamente del principio del estado de derecho o del principio republicano de gobierno (Zaffaroni, 2002, p. 111).

2.4.2. El principio de proporcionalidad y su relación como ente limitador del poder punitivo

La creación de nuevos delitos alcanza un umbral intolerable de irracionalidad cuando el conflicto en el que se fundamenta es insignificamente nocivo, o cuando, en su defecto, la afectación de los derechos de que se trata es groseramente desproporcionada con respecto a la magnitud de la nocividad del conflicto. Siguiendo con Zaffaroni (2002) Si no es posible demostrar la razonabilidad de la sentencia, los órganos judiciales deben verificar, como mínimo, que el costo de los derechos de la suspensión del conflicto mantenga un mínimo de proporcionalidad

con el grado del daño que causó. Este requisito se denomina principio de la mínima proporcionalidad de la pena con la magnitud de la lesión. Con este principio, el castigo no se legitima como retribución, pues sigue siendo una intervención selectiva del poder que se limita a suspender el conflicto sin resolverlo. Se limita a afirmar que, dado que el derecho penal debe elegir entre irracionalidades, para impedir el paso del más alto calibre, no puede admitir que a esta irracionalidad del ejercicio del poder punitivo se le agregue una nota de máxima irracionalidad, por la que los bienes de una persona se ven afectados en gran desproporción al daño que se ha hecho. Esto requiere priorizar las lesiones y establecer un grado mínimo de coherencia entre las magnitudes de las penas asociadas a cada conflicto tipificado, no pudiendo tolerar. Un ejemplo es:

Las lesiones a la propiedad tengan mayor pena que las lesiones a la vida, como sucedía en el caso del derogado art. 38 del decreto-ley 6582/58, razón por la que había sido declarado inconstitucional por la CS, criterio que luego fue alterado con fundamentos que importan ignorar la función hermenéutica de la Constitución, tanto como hacer renuncia expresa a la función controladora. (Zaffaroni, 2002, p. 130)

Las teorías preventivas de la pena conducen al desconocimiento de este principio, pues, invocando efectos preventivos inverificables, los órganos políticos -e incluso judiciales, con sentencias ejemplares- atribuyen la facultad de establecer penas de manera arbitraria, desconociendo toda jerarquía. Esta es otra forma más en que la falsa (o no verificada) idea de bien jurídico protegido o protegido (basada en cualquier teoría

preventiva de la pena) neutraliza el efecto limitador u ordenador del concepto de bien jurídico lesionado o afectado (Zaffaroni, 2002, p. 131).

2.5. RESPONSABILIDAD OBJETIVA

A entender de Zaffaroni (2002), se trata de la más grosera violación del principio de que todo resultado que no entra en la voluntad racional de lograr un fin típico, o que no puede ser imputado de acuerdo con las exigencias de la criminalidad penal, no puede ser imputado al agente, se expresa a lo *sumo versanti en re illicita atiam casus imputatur*, que puede decirse que quien quiso la causa quiso el efecto o de otras maneras. Según el *versari in re ilícito*, se define autor como aquel que, haciendo algo no permitido, por puro accidente, causa un resultado ilícito y este resultado no puede ser considerado como causado por negligencia en los términos de la legislación vigente. Para esta teoría, la sentencia de culpabilidad por homicidio culposo depende directamente, respectivamente: primero, del carácter moral de la conducta causal y, siempre que tal apreciación sea favorable, segundo, de que el autor haya ejercido la debida diligencia. Es una máxima anacrónica, pero que ha tenido singular éxito y que aún hoy infiltra criterios jurisprudenciales y doctrinales, así como la propia ley (Zaffaroni, 2002, p. 140).

El *versari in re illicita* es la manifestación en sede jurídico penal de la responsabilidad objetiva que, si bien debe ser rechazada en cualquier rama del saber jurídico, con mayor razón debe serlo en la del derecho penal. Si bien nadie postula hoy la responsabilidad objetiva en materia penal, el *versari* se filtra en sentencias y aun en la doctrina. Dado que el *nullum crimen sine culpa* reconoce jerarquía constitucional e internacional, cabe

rechazar de plano cualquiera de las manifestaciones del *versari*. Más adelante se tratarán dos temas a través de los que éste se filtra con mayor frecuencia: los llamados delitos calificados (o cualificados) por el resultado y los supuestos de estados de inculpabilidad provocados por el propio agente. (Zaffaroni, 2002, p. 141)

2.5.1. El delito cualificado por el resultado

Haciendo un poco de historia actual, Ambos (2006, p. 27) informa que la doctrina mayoritaria en Alemania expresó sus dudas sobre la constitucionalidad de los delitos calificados por el resultado debido al salto considerable en el marco penal que supone respecto de los correspondientes delitos dolosos y la sanción según las reglas de la competencia¹⁴⁰; pero por eso no se cuestiona la conveniencia o legitimidad de la existencia de delitos calificados por el resultado, ni -salvo algunas voces aisladas- se proclama su incompatibilidad con los principios de culpabilidad e igualdad. En esta línea, Ambos cita a Ferschl para hacer mención a su distinción entre la conveniencia de la existencia de delitos calificados por el resultado y la crítica a su entramado penal. Aunque esta crítica se ha agudizado debido al drástico aumento del marco penal tras la sexta reforma penal, la posición inicial de la doctrina mayoritaria alemana ha cambiado poco.

Preterintencionalidad significa “más allá de la intención”, tomado del término latino *praeter*, más allá, e *intentio*-onis, intención, propósito. El autor causa un resultado que va más allá de su intención. “*Minus voluit delinquere et plus delinquit*”; así decía una famosa frase de Bartolomeo CIPOLLA en *Consilia Criminalia*. Cuanto menos quería delinquir, más delinquía. La responsabilidad *versari* propia del Derecho canónico constituye una responsabilidad por un resultado preterintencional: *versanti in re illicita imputantur*

omnia, quae sequuntur ex delicto. A quien comete un hecho ilícito le es imputable todo lo cometido, incluso lo accidental que se deriva de ese hecho. Por su parte, las teorías clásicas del *dolus generalis* y *dolus indirectus* y la culpa *dolo determinata* establecida por FEUERBACH se basan, de nuevo, en la teoría *versari*. Sin embargo, mientras con el *dolus generalis* y el *indirectus* - en la línea de la teoría *versari* - la responsabilidad objetiva supera la intención originaria (que está limitada por la *res illicita*), con la teoría de la culpa *dolo determinata* se empezó a concebir los delitos cualificados por el resultado tal y como los conocemos hoy en Alemania. Dado que la culpa *dolo determinata* no es más que la imprudencia (objetiva) fundada o determinada por el dolo, se puede considerar como un antecedente de la combinación clásica *dolo-imprudencia*. (Ambos, 2006, p. 3)

2.6. LA SISTEMATICIDAD EN BASE A LA CRIMINALIZACIÓN PRIMARIA

2.6.1. Criminalización primaria y secundaria

Todas las sociedades contemporáneas que institucionalizan o formalizan el poder (Estados), seleccionan un pequeño grupo de personas, a quienes obligan a imponer penas. Esta selección sancionadora se denomina criminalización y no se realiza por casualidad, sino como resultado de la gestión de un conjunto de órganos que conforman el denominado sistema penal (Zaffaroni, 2002, p. 7).

La referencia a las entidades que administran la criminalización como agencias pretende evitar otros sustantivos más evaluativos y engañosos (como corporaciones, burocracias, instituciones, etc.). Agencia (del latín *agens*, participio del verbo *agere*, hacer) se usa aquí en el sentido amplio -y neutral- de entidades activas (que actúan). El proceso de tipificación selectiva se desarrolla en

dos etapas, denominadas primaria y secundaria respectivamente. La criminalización primaria es el acto y efecto de promulgar una ley penal sustantiva, que incrimina o permite el castigo de ciertas personas. Es un acto formal, fundamentalmente programático, porque cuando se establece que una acción debe ser sancionada, se enuncia un programa, que debe ser ejecutado por órganos distintos de los que lo formulan. En general, la criminalización primaria la realizan los órganos políticos (parlamentos y ejecutivos), mientras que el programa que implica debe ser realizado por los órganos de criminalización secundaria (policía, jueces, funcionarios penitenciarios) (Zaffaroni, 2002, p. 7).

Mientras que la tipificación primaria (elaboración de leyes penales) es un enunciado que suele referirse a conductas o actos, la tipificación secundaria es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que se produce cuando los organismos encargados de hacer cumplir la ley detectan a una persona, a quien se le atribuye la realización de un determinado acto tipificado como delito. principalmente, lo investiga, en algunos casos lo priva de su libertad ambulatoria, lo somete al órgano judicial, que legitima el hecho, admite proceso (es decir, el avance de una serie de actos secretos o para establecer si realmente realizó ese acto), se discute públicamente si la cumplió y, en caso afirmativo, admite la imposición de una pena de cierta magnitud que, tratándose de privación de libertad en régimen ambulatorio,

es ejecutada por un organismo penitenciario, este último fenómeno es llamado prisionización (Zaffaroni, 2002, p. 7).

A. La criminalización primaria

La criminalización primaria es un programa tan inmenso que nunca y en ningún país se ha pretendido llevarla a cabo en su totalidad, ni siquiera en una parte considerable, porque es inimaginable. La disparidad entre el número de conflictos criminalizados que realmente ocurren en una sociedad y los que llegan a conocimiento de los órganos del sistema es tan grande e inevitable que no puede ocultarse con el tecnicismo de llamarla figura negra o sombra. Agencias de criminalización
Las escuelas secundarias tienen una capacidad operativa limitada y su crecimiento descontrolado conduce a una utopía negativa. Por lo tanto, se considera natural que el sistema penal lleve a cabo una selección penalizadora secundaria, solo como una pequeña parte del programa primario (Zaffaroni, 2002, p. 7).

B. Criminalización secundaria

Si bien la criminalización primaria implica un primer paso selectivo, este se mantiene siempre en un cierto nivel de abstracción, porque, en verdad, las agencias políticas que producen las normas nunca pueden saber sobre quién recaerá la selección que habilitan, que siempre opera específicamente,

con segundas. criminalización Como nadie puede concebir seriamente que todas las relaciones sociales estén subordinadas a un faraónico programa criminalizador (que la vida social se paralice y la sociedad se convierta en un caos, en pos de la realización de un programa irrealizable), la muy limitada capacidad operativa de los organismos criminalizadores secundarios no les deja otro recurso que proceder siempre selectivamente (Zaffaroni, 2002, p. 8).

Por tanto, les corresponde a ellos decidir quiénes serán las personas a criminalizar y, al mismo tiempo, quiénes serán las víctimas potenciales a tratar, ya que la selección no es solo de criminalizados, sino también de victimizados. Esto responde a que los organismos de criminalización secundaria, dada su escasa capacidad ante la inmensidad del programa discursivamente encomendado, deben optar entre la inactividad o la selección. Como lo primero llevaría a su desaparición, cumplen con la regla de toda burocracia y proceden a la selección. Esta facultad corresponde fundamentalmente a los cuerpos policiales. En todo caso, las agencias policiales no seleccionan según sus criterios exclusivos, sino que su actividad selectiva también está condicionada por el poder de otras agencias, como las de comunicación social, política, factores de poder, etc. La selección secundaria es producto de circunstancias circunstanciales variables (Zaffaroni, 2002, p. 8).

La empresa criminalizadora está siempre orientada por empresarios morales, que participan en las dos etapas de la criminalización, porque sin un empresario moral, las agencias políticas no sancionan una nueva ley penal, ni las agencias secundarias comienzan a seleccionar nuevas categorías de personas. Debido a la muy limitada capacidad operativa de los órganos ejecutivos, la impunidad es siempre la regla y la criminalización secundaria la excepción, razón por la cual los empresarios morales siempre cuentan con material para sus emprendimientos (Zaffaroni, 2002, p. 8).

2.7. VALIDEZ, AMBIGÜEDAD Y VAGUEDAD DE UNA NORMA JURÍDICA

2.7.1. Validez

En cuanto a la validez del derecho penal, existen cuatro principios en la legislación y la doctrina comparada, entendidos como principios ideales o puros, es decir, en realidad, el derecho penal internacional o los sistemas de derecho internacional privado (penal) los combinan en mixtos o complejos (Zaffaroni, 2002, p. 210).

Por otra parte, su gestión no está exenta de confusión, ya que pueden utilizarse tanto para determinar la ley aplicable (para resolver conflictos de derecho penal) como para resolver conflictos de jurisdicción, cuestiones que siempre es necesario distinguir, ya que Es posible que un tribunal aplique una ley penal

extranjera o limite la propia ley nacional debido a referencias condicionales a una ley extranjera. Los principios o criterios mencionados son: (a) territorialidad (la ley penal rige en todo el territorio del Estado y en los lugares sujetos a su jurisdicción)²⁹¹; b) el de la nacionalidad o personalidad (se aplica la ley penal del país del que es nacional el autor (personalidad activa) o del país del que es nacional el sujeto pasivo (personalidad pasiva), cualquiera que sea el lugar de la acto; (c)) la ley real o de defensa (la ley aplicable es la del Estado titular del bien jurídico lesionado o en el que vive el titular); y (d) la ley de justicia universal o universal (el Estado en que el autor aplica su ley, cualquiera que sea el lugar del hecho o la nacionalidad de los sujetos o la propiedad del bien jurídico, la territorialidad, que siempre es necesaria, aunque no suficiente (Zaffaroni, 2002, p. 210).

Puede decirse que todos los sistemas concretos son combinaciones de los tres restantes para limitar o ampliar la aplicación territorial. Como las disposiciones del derecho penal internacional son nacionales, cada país c Combina los principios antes mencionados de una manera particular y, en general, existe una mayor incidencia del principio de personalidad o nacionalidad en los países europeos, en contraposición a los americanos. Los conflictos que se suscitan en este sentido no tienen solución, ya que cada país aplica su propia legislación. De esta forma, partiendo del principio de personalidad pasiva, la justicia europea ha podido conocer casos de delitos cometidos en Argentina contra

ciudadanos de sus respectivas nacionalidades (Zaffaroni, 2002, p. 210).

2.7.2. Ambigüedad

La ambigüedad implica que una formulación normativa o un término dentro de ella cuando, en un contexto dado, sea posible asignarle dos o más significados. En el caso de la ambigüedad de las formulaciones normativas, se produce que el intérprete deba elegir entre dos normas (Lell, 2017. pp. 173).

2.7.3. Vaguedad

En cuanto a la imprecisión, ésta afecta los conceptos y no permite identificar claramente la extensión del campo semántico. Por ejemplo, si pensamos en la traición a la patria con la que se puede cometer un homicidio: ¿después de cuántas puñaladas estamos ante un homicidio agravado y no ante un homicidio simple? O si pensamos en escalar, también en el ámbito penal, ¿cuál es la altura adecuada para indicar que alguien ha hecho un esfuerzo por escalar: un metro?, ¿dos metros? ¿La altura de la persona afecta en algo, es decir, alguien muy bajo hace el mismo esfuerzo que alguien muy alto en una pared de un metro? (Lell. 2017. pp. 174).

2.8. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE LESIONES, PREVISTO ESPECÍFICAMENTE EN EL PRIMER Y SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO PENAL

El delito de lesiones leves se encuentra previsto en el artículo 121° del Código Penal, estableciendo de manera específica en el primer y segundo párrafo lo siguiente:

1. El que causa a otro lesiones en el cuerpo o en la salud física o mental que requiera más de diez y menos de veinte días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, o nivel moderado de daño psíquico, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.
2. La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de doce años si la víctima muere como consecuencia de la lesión prevista en el párrafo precedente y el agente pudo prever ese resultado.

2.8.1. Tipicidad objetiva

Golpes de baja intensidad, heridas leves, abrasiones, equimosis y otros medios de hecho, que no sean aptos y/o capaces de poner en peligro la vida de la víctima, que no supongan el apiñamiento de un miembro u órgano mayor del cuerpo o que lo inutilicen para su función, que no produzcan incapacidad para el trabajo, invalidez o anomalía mental permanente o desfiguración grave y permanente. Esto quiere decir que cuando la incapacidad para el trabajo sea por algunos días, cuando se mutile un órgano secundario del cuerpo, cuando la incapacidad o anormalidad mental sea temporal, el hecho constituirá lesiones leves (Peña Cabrera Freyre. 2014, p. 301).

Como se mencionó anteriormente, la entidad del daño deberá estar debidamente respaldada por el peritaje médico correspondiente, que en cierto modo será fundamental, para la determinación de la conducta típica en la figura jurídica aplicable; sin embargo, cabe recordar que el referido reconocimiento (médico-legal) se realiza con el contenido de la pretensión tributaria, y si posteriormente surgen otros indicios que hagan graves los perjuicios, no puede ser condenado por el citado delito, bajo el principio de consistencia (Peña Cabrera Freyre, 2014, pp. 302).

2.8.2. Tipicidad subjetiva

Tanto las lesiones graves y las leves sólo resultan incriminadas a título de dolo, de que el autor haya impulsado su acción (generador del riesgo no permitido), a la producción de unas lesiones leves, de que haya sido consciente de que su conducta haya de inferir un daño en el cuerpo o en la salud de la víctima (dolo eventual) (Peña Cabrera Freyre, 2014, pp. 302).

Por lo demás, la preterintencionalidad, cuando la víctima muere a consecuencia de las lesiones, siempre y cuando al agente pudo prever el resultado, se analizan con el artículo anterior del código (Peña Cabrera Freyre, 2014, pp. 302).

2.8.3. De la reforma de la Ley N.º 30364

El artículo 122 del Código Penal sufre modificaciones importantes en la medida que se ensancha en ámbito protector a una nueva tabulación de supuestos de injusto, incidiendo en un marco penal más severo; ello, a través de la Ley 30364, publicada el 23 de noviembre de 2015.

El primer supuesto delictivo incorporado fue el relacionado con la condición de la víctima, miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, Magistrado Constitucional o del Tribunal Constitucional o autoridad elegida por mandato popular o funcionario o servidor público. La segunda modificación está relacionada con haber ampliado la calidad de víctima al mayor de sesenta y cinco años o sobre aquel que sufre discapacidad física o mental. El tercer supuesto está relacionado cuando un sujeto pasivo es mujer y es lesionada por su condición de tal, en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B. Es ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, cónyuge o conviviente del agente. Depende o está subordinada. (Peña Cabrera Freyre, 2014, pp. 365).

Sin embargo, hay una cuarta modificación que la Ley Nro 30364 estableció para el artículo 122, a través de su Primera Disposición Complementaria Modificatoria; modificación que específicamente se refiere a la consecuencia jurídica prevista en el segundo

párrafo del artículo 122, en donde a tenor del texto original del Código Penal (Decreto Legislativo Nro. 635, publicado el ocho de abril de mil novecientos noventa y uno), se señalaba:

Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años. No obstante, en su modificatoria se lee: 2. La pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años si la víctima muere como consecuencia de la lesión prevista en el párrafo 1 y el agente pudo prever ese resultado.

Es necesario tener en cuenta que la Ley Nro. 30364 ha sido publicada el 23 de noviembre de 2015, pero, ha mantenido la misma consecuencia jurídica para el segundo numeral del artículo 122 (es decir, rige el marco punitivo de: no menor de seis ni mayor de doce años) después de la emisión del artículo uno del Decreto Legislativo Nro. 1323, publicado el 06 de enero de 2017, y del artículo uno de la Ley Nro. 30819, publicada el 13 de julio de 2018. Por otro lado, es necesario dar cuenta también de la norma legal que precedía a la Ley Nro. 30364, que resulta ser el texto originario del Código Penal, el Decreto Legislativo Nro. 635.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

En este capítulo tendremos que demostrar la hipótesis; por ello, es preciso recordarla, así como a la pregunta que le da origen, la cual fue planteada en los siguientes términos: “¿Por qué no debe aplicarse la *consecuencia jurídica* establecida en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal: no menor de seis ni mayor de doce años?”

La hipótesis propuesta señala que: “la consecuencia jurídica establecida en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal, conforme a la Ley Nro. 30364 -, no es proporcional, proviene de un *delito cualificado por el resultado*, considerado una expresión de responsabilidad objetiva”.

Como se puede observar, hemos afirmado que el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal, ha sido legislado bajo parámetros que no corresponden a un “delito preterintencional”, sino a un delito cualificado por el resultado, siendo este último una expresión de responsabilidad jurídica. Por lo tanto, tenemos primero que dejar notar la idea negativa que trae consigo la responsabilidad objetiva, para luego, establecer que tal construcción típica no corresponde a un delito preterintencional, sino, a un delito cualificado por el resultado; analizando en el camino las nociones de proporcionalidad.

3.1. LA FALTA DE PROPORCIONALIDAD

Según lo que se ha expuesto en el marco teórico previo, una norma jurídica contempla dentro de su estructura un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Ahora, si trasladamos esta premisa de orden genérico al campo del Derecho Penal⁽¹⁾, puntualmente a la parte especial, advertiremos que la estructura de una norma penal especial está compuesta por un imperativo y una pena, en donde el imperativo hace las veces del supuesto de hecho y la pena es equiparable a la consecuencia jurídica. Tal es así, que esta estructura está presente en cada uno de los artículos que conforman la parte Especial del Derecho Penal, artículos que contienen normas penales especiales. Hemos de precisar también, que entre el supuesto de hecho y la pena establecida tiene que verificarse una relación de coherencia y lógica; es decir, un supuesto de hecho para el delito de Homicidio no podría estar acompañado de una consecuencia jurídica de Lesiones o viceversa; ya que, en ese caso, la cuantificación de la pena privativa de libertad no se correspondería con el valor asignado al bien jurídico que tutela el delito (para un tiempo y espacio social específicos).

¹ “Al concepto formal de derecho penal pertenece la problemática de la norma penal. Si el derecho penal se define como conjunto de normas jurídicas, importará saber qué naturaleza han de poseer estas normas (rango jerárquico), y qué estructura encierran (...) En la definición propuesta de derecho penal se parte de normas que asocian determinadas consecuencias jurídicas (penas, medidas de seguridad y responsabilidad civil) a ciertos presupuestos (delito, estado peligroso y desequilibrio patrimonial). Al mismo tiempo que el contenido diferencial de la norma penal, ello describe su estructura, que no es específica de ella sino común a toda norma jurídica formalmente completa. Supuesto de hecho o presupuesto, por un lado, y consecuencia jurídica, por otro, constituyen los dos momentos esenciales a la estructura de toda norma de derecho” (Mir Puig, 2003, p. 10).

Tratándose de una norma penal especial, es preciso dar cuenta que tal norma jurídica debe su creación estrictamente a la facultad sancionadora del Estado. Ahora, la facultad sancionadora del Estado tiene entre sus límites al principio de *proporcionalidad*, además de otros (principios) por supuesto. Pero ¿Por qué el principio de proporcionalidad es un límite al poder punitivo del Estado? Porque obliga a éste (al Estado y su facultad de sancionar) a determinar consecuencias jurídicas que se muestren coherencia y lógica con el supuesto de hecho que les precede. Es decir, la cuantificación de la pena tiene que estar acorde con el contenido del supuesto de hecho, pues ambos darán estructura al delito creado.

Importante precisar. Cuando nos referimos al contenido del supuesto de hecho, aludimos a la conducta descrita y que lesiona o coloca en peligro un determinado bien jurídico; pero, además, al valor social asignado a dicho bien jurídico en un determinado tiempo y lugar social. Finalmente, esa conducta descrita y ese valor tienen que ser coherentes y guardar logicidad con la cuantificación de la pena privativa de libertad establecida para cada uno de los delitos enlistados en la parte especial del Código Penal.

Cuando el legislador creó (legisló) el segundo párrafo del artículo 122 del Código Penal y estableció la pena en no menor de seis ni mayor de doce, sencillamente se olvidó que la estructura típica del supuesto de hecho que le antecede contiene una conducta con un dolo de lesionar (levemente) y otra conducta imprudente, con un resultado

muerte. Pasó por alto el hecho de que para una conducta de lesionar levemente existe una cuantificación ya consolidada; así como para la conducta imprudente que se describe.

Apreciemos. Para la primera se tiene una consecuencia jurídica entre dos y cinco años; mientras que, para la segunda, entre dos días y dos años. Como se podrá advertir, la consecuencia jurídica entre seis y doce años de pena privativa de libertad resulta notoriamente dispar por su excesiva cuantificación.

Se comprueba entonces que tal cuantificación no guarda proporción con las consecuencias jurídicas previamente establecidas, así como tampoco con las conductas que se describen en el supuesto de hecho.

3.2. ¿EL SEGUNDO NUMERAL DEL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO PENAL REGULA UN DELITO PRETERINTENCIONAL?

La construcción típica que se observa en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal, conforme a la Ley Nro. 30364, tiene que ser considerada sin más un delito preterintencional; y, tiene que ser así, pues la otra alternativa es identificarla como un delito cualificado por el resultado, que como sabemos, este tipo de delito es considerado una expresión de la “responsabilidad objetiva”, por lo tanto, no puede formar parte de nuestro ordenamiento jurídico vigente.

No obstante, no solo basta con considerarla así, con rotularla así (simple hecho de darle una denominación), como un delito preterintencional, estamos en la obligación de verificar si su denominación se condice con su contenido. Para ello, tenemos que repasar las líneas informativas de un delito preterintencional, pero, siempre dentro de los alcances del marco teórico previamente presentado.

En un delito preterintencional se observará en la primera parte un evento *doloso*, para luego pasar a describir uno imprudente. Conforme a nuestra investigación, tenemos:

Artículo 122 del Código Penal - Lesiones leves

Evento doloso:

1. El que causa a otro lesiones en el cuerpo o en la salud que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, o nivel moderado de daño psíquico, según prescripción facultativa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

Evento imprudente:

2. La pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años [consecuencia jurídica] si la víctima muere como consecuencia de la lesión prevista en el párrafo 1 y el agente pudo prever ese resultado.

Pero, nuestro problema no está relacionado con la estructura que presenta un delito preterintencional; nuestro problema se ubica

específicamente en la consecuencia jurídica de un delito preterintencional, pues conforme a nuestra hipótesis, su magnitud no tiene ninguna base, sea cual fuere su fuente: legal, doctrinaria o jurisprudencial; base que esté acorde con el modelo de estado en el que nos encontramos.

La información que hemos obtenido al respecto, esto es, específicamente sobre la “determinación de la consecuencia jurídica (pena privativa de libertad) en un delito preterintencional”, es prácticamente nula. No hemos encontrado bibliografía en donde se hayan ocupado “concretamente” de la cuantificación de la consecuencia jurídica en un delito preterintencional. Por ello, la vamos a deducir, utilizando el siguiente razonamiento.

Casi por unanimidad se asiente que en un delito preterintencional está presente un concurso “ideal” (entre el evento doloso y el imprudente). De esta forma es posible conocer su consecuencia jurídica, ya que legalmente está prevista en el artículo 48 del Código Penal⁽²⁾, debiendo en aquellos supuestos delictivos “reprimir la conducta hasta con el máximo de la pena más grave”.

Sin embargo, al aplicar la fórmula del concurso ideal en el delito preterintencional que se viene analizando, obtenemos un resultado notoriamente distinto al establecido por el legislador. En la actual -

² “Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años”.

segundo numeral del artículo 122 del Código Penal - estructura tenemos la siguiente consecuencia jurídica: “La pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años”. Como haremos notar a continuación, esta consecuencia jurídica no tiene base alguna, por lo menos ninguna base que esté acorde con los vigentes lineamientos de nuestro ordenamiento jurídico; pues no lo acoge el supuesto previsto para un concurso ideal de delitos y tampoco existe doctrina o jurisprudencia que la justifiquen.

Hemos identificado previamente al evento doloso y al imprudente; entre ambos, la pena (privativa de libertad) más grave le corresponde a la del evento doloso: será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años; por lo que, relega a su par imprudente - la pena privativa de libertad no mayor de dos años / prevista en el primer párrafo del artículo 111 del Código Penal - Homicidio culposo simple.

Como puede apreciarse, la pena más grave dista mucho en cuantificación vigente en la estructura típica que estamos analizando. Por lo tanto, el supuesto previsto para un concurso ideal de delitos no puede justificar legalmente la magnitud de la consecuencia jurídica establecida en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal.

Por lo tanto, se ha demostrado este extremo de la hipótesis, esto es, que la estructura típica prevista en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal no es un delito preterintencional.

3.3. EN EL SEGUNDO NUMERAL DEL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO PENAL SE HA REGULADO UN DELITO CUALIFICADO POR EL RESULTADO

En el entendido que hemos demostrado la primera parte de nuestra hipótesis, dado que la consecuencia jurídica establecida en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal no se ajusta a los parámetros de un concurso ideal, y, por lo tanto, se aleja de las directrices tradicionales de un delito preterintencional. Resulta entonces, que no le corresponde el título de delito preterintencional a la estructura típica prevista en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal, conforme a la Ley Nro. 30364.

Ahora, nos preguntamos por el o los fundamentos de la consecuencia jurídica prevista del segundo numeral del artículo 122 del Código Penal, conforme a la Ley Nro. 30364, luego de haber descartado al concurso ideal y con él al delito preterintencional; además de haberse negado su acogida en sede doctrinal y jurisprudencial. Es cuando reparamos en ello, que aparece nuestra segunda conclusión: “(...) que se han incorporado premisas de un delito cualificado por el resultado (...)” para determinar la aludida consecuencia jurídica.

Un delito cualificado por el resultado a primera vista se muestra como cualquier otro, sin arrebatos en su estructura; sobre todo si se tiene en cuenta el *resultado* que reprime, el “deceso de una persona”. Factor al que se suma la coyuntura social, pues en muchas ocasiones lo acontecido en un determinado tiempo y lugar resulta ser el tintero perfecto para moldear una legislación penal. Quizá sean estos factores los que le han permitido estar presente en ordenamientos jurídicos en donde expresamente se proscriben sanciones (consecuencias jurídicas) que no cuenten con una justificación; justificación usualmente basada en una *relación* razonable entre la acción (supuesto de hecho) y el dolo o la culpa⁽³⁾.

Este tipo de delitos tiene por característica asignar un plus cuantitativo en la consecuencia jurídica, plus que no está relacionada con el supuesto de hecho que le corresponde, en donde como sabemos se ubica la descripción de la conducta humana (acción). En la estructura típica que venimos analizando, la consecuencia jurídica tiene como extremo mínimo a seis años y como máximo a doce ¿Cuál sería la justificación de tal consecuencia jurídica?

El supuesto de hecho está integrado por dos ocurrencias delictivas. La primera es el acontecimiento doloso, en donde puede identificarse la siguiente construcción legislativa: “(...) El que causa a otro (lesión

³ “ El concepto de preterintención generó una formidable confusión que llevó a sostener desde la existencia de un dolo de preterintención ‘y la de una tercera forma de culpabilidad’ hasta abiertas soluciones de responsabilidad objetiva. No menor fue la que introdujo para ciertas calificantes el concepto de delito cualificado por el resultado” (Zaffaroni, 2002, p. 566).

o) lesiones en el cuerpo o en la salud (...). La segunda es la ocurrencia imprudente, que el legislador a descrito de la siguiente manera: "(...) si la víctima muere - como consecuencia de la lesión prevista en el párrafo 1 - y el agente pudo prever ese resultado (...)". Así vista, esta última y sub-forma delictiva resulta ser un Homicidio culposo simple, en cuyo articulado específico se establece: Artículo 111 del Código Penal: "(...) El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas (...)".

A manera de paréntesis. Alguien podría replicar indicando que la remisión al artículo 111 del Código Penal es un error, pues el segundo párrafo del artículo 122 del Código Penal, legislado a través de la Ley 30364, resulta ser ante todo una *agravante* del primer párrafo. Tal perspectiva se traduciría como algo en donde el evento doloso tiene como agravante al evento imprudente. Tesis con la que no estamos de acuerdo, ya que lleva consigo notorias contradicciones respecto a históricas y consolidadas directrices del Derecho Penal.

El dolo asimilado para un tipo base tiene que extenderse o abarcar a una predeterminada circunstancia agravante, si acaso es nuestra intención incluir tal circunstancia agravante al momento de realizar la *tipificación* de una conducta (acción). Esta idea es mejor ilustrada por el jurista argentino Zaffaroni (1981):

Quien supone la presencia de una circunstancia que pertenece a un tipo calificado agravado, el tipo objetivo que cumple es el de menor gravedad y la falsa suposición no puede contar porque carece de substrato objetivo: quien mata a un tercero a quien tuvo toda la vida como su padre y, en realidad no lo es, comete un homicidio simple. Del mismo modo, si se ignora una circunstancia agravante, la mayor gravedad del tipo objetivo no queda abarcada por el dolo, de modo que también en este supuesto lo que se cumple es el tipo básico. El que mata a su padre sin conocer el vínculo comete un homicidio simple. (p. 343)

Retomando. En el análisis que se viene realizando y al delimitar el *supuesto de hecho* identificamos primero a la conducta dolosa con *fin* de lesionar *levemente* a una persona y luego a la acción imprudente que termina ocasionando la muerte de aquella persona. No hay que olvidar que a estas dos conductas le corresponde una sola consecuencia jurídica, en donde se consigna la sanción, cuantificándose una pena privativa de libertad.

A nivel legislativo y circunscribiéndonos a nociones de Política Criminal, esto es, para el momento en que el legislador va a describir un tipo penal que aparecerá como un artículo de la parte especial del Código Penal, el principio de proporcionalidad se verifica en una relación precisamente proporcional dada entre el “valor socio-jurídico” asignado a un determinado bien jurídico (para un específico tiempo, espacio y circunstancias sociales) y la magnitud de la sanción penal o pena privativa de libertad (para nuestro caso en concreto).

Legalmente ya se ha identificado previamente el valor del bien jurídico y la sanción penal asignada para cada una de las acciones que conforman el supuesto de hecho (dolosa e imprudente). Para la

acción dolosa el valor del bien jurídico tiene como respuesta proporcional a una pena privativa de libertad en donde su límite mínimo es dos años y su máximo es cinco. Mientras que para para la acción imprudente su sanción penal proporcional puede variar entre dos días y dos años de pena privativa de libertad. Entonces ¿Cuáles fueron las razones para que el legislador inicie el espacio punitivo del supuesto delictivo previsto en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal, conforme a la Ley Nro. 30364, en seis años y lo concluya en doce?

Al haber el legislador asignado a este supuesto de hecho una consecuencia jurídica entre seis y doce años de pena privativa de libertad, ha tornado legalmente improbable encontrar y/o elaborar una justificación acorde con nuestro vigente ordenamiento jurídico. Ello, ya que tal consecuencia jurídica no responde siquiera a una sumatoria de las sub-consecuencias jurídicas asignadas a cada uno de los supuestos de hecho previamente identificados.

De esta manera, la segunda parte de la hipótesis ha quedado demostrada: “(...) se han incorporado premisas de un delito cualificado por el resultado (...)” en la consecuencia jurídica prevista en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal; pues, como previamente anotamos, el plus en la cuantificación no cuenta con un fundamento.

Si acaso queremos tener como referencia a la doctrina, modestamente nos adherimos a las ideas vertidas por el jurista argentino Zaffaroni (2002), quien sobre este tema ha señalado:

El *versari in re illicita* es la manifestación en sede jurídico penal de la responsabilidad objetiva que, si bien debe ser rechazada en cualquier rama del saber jurídico, con mayor razón debe serlo en la del derecho penal. Si bien nadie postula hoy la responsabilidad objetiva en materia penal, el *versari* se filtra en sentencias y aun en la doctrina. Dado que el *nullum crimen sine culpa* reconoce jerarquía constitucional e internacional, cabe rechazar de plano cualquiera de las manifestaciones del *versari*. Más adelante se tratarán dos temas a través de los que éste se filtra con mayor frecuencia: los llamados delitos calificados (o cualificados) por el resultado y los supuestos de estados de inculpabilidad provocados por el propio agente. (p. 141)

3.4. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA PERTENECE A UN MOMENTO HISTÓRICO DIFERENTE AL NUESTRO (1821 - 2021).

En el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal de 1991 se ha establecido sin dejar espacio para la interpretación, que “toda forma de responsabilidad objetiva está proscrita”. Es decir, toda forma de responsabilidad objetiva tiene que estar fuera de nuestro ordenamiento jurídico penal ¿Tan mala es?

En algún momento de nuestra historia la responsabilidad objetiva era legal; esto es, había una ley que regulaba responsabilidad objetiva. Un ejemplo de ello es el Código Penal y ley provisional para la aplicación de las disposiciones de este en las Islas Filipinas de 1885; en su artículo primero, tercer párrafo establecía: El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se había propuesto

ejecutar. Sin embargo, es necesario dejar notar que esa norma jurídica era un Decreto Real, emitido por la Monarquía Española.

En buena entonces, si en el año de 1885 una persona ingresaba a una vivienda para llevarse todo lo que de valor económico podía encontrar, pero, resultó que es descubierto por el propietario, quien por la impresión padece en ese momento un paro cardíaco y muere. Gracias a la responsabilidad objetiva, no tendríamos ningún inconveniente legal para atribuirle responsabilidad penal por el hurto y también por el homicidio. Es decir, estaríamos habilitados legalmente para imponerle las dos consecuencias jurídicas; ya que legalmente es responsable por lo que quiso causar (hurto), pero también de sus consecuencias (homicidio).

La idea de la responsabilidad objetiva también ha sido vista junto a la iglesia; tanto así, que algunos como Julián Pereda (1948, p. 351). afirman que la responsabilidad objetiva ha nacido del Derecho canónico. El punto es, que, por ejemplo, el Tribunal de la Santa Inquisición (1478 - inicio) podía imponer sanciones no solo al autor de un delito contra la fe de Dios, sino que llamaba también a los hijos y nietos para que la padecieran⁽⁴⁾. Tal sanción aplicada a distintas

⁴ “Los sentenciados por el Tribunal en causas contra la fe quedaban sujetos a una serie de inhabilitaciones, cuya violación acarrearía nuevas sanciones. Las inhabilitaciones alcanzaban a los descendientes - hijos y nietos por línea paterna e hijos por línea materna- impidiéndoles ocupar cualquier cargo público, dignidad civil o eclesiástica en España y sus colonias. Asimismo, los inhábiles no podían utilizar ningún signo exterior de riqueza como joyas, vestimentas de seda o terciopelo, caballos, etc. En esta materia la Inquisición se ceñía exclusivamente a las leyes emanadas de la autoridad civil: la corona había dispuesto que los reos sentenciados a relajamiento, así como los reconciliados quedaban inhabilitados. Para poder ejercer el control inquisitorial sobre los inhábiles se colocaban sus respectivos sambenitos en las iglesias correspondientes” (Congreso del Perú-Participación Ciudadana, s.f., p. 17).

generaciones del autor es considerada como otra forma o expresión de responsabilidad objetiva.

Frente a todo ello, desde nuestro modesto entender, aunque sin poder llegar a establecer cabalmente la maldad de la responsabilidad objetiva, cierto es, que la responsabilidad objetiva como idea ha regentado una determinada sociedad asociada a un momento histórico distinto al nuestro; pero, cierto es también que tal idea le ha servido al Estado constituido por aquel entonces (Monarquías y dictaduras) para regular la convivencia social.

La responsabilidad objetiva como idea, ha ido quedando atrás junto con el tipo de Estado al que pertenece (Monarquía - Dictadura); se ha ido perdiendo mientras una monarquía era reemplazada, primero, por las repúblicas, y, luego, por los Estados constitucionales.

Por todo ello, hemos de afirmar que la idea de la responsabilidad objetiva pertenece a un momento histórico distinto al nuestro. Puesto que, desde la independencia del país en 1821, lo que significó el olvido de la Colonia y con ella la Monarquía Española, hasta nuestros días, tiempo en el que nos concebimos como un estado constitucional democrático, hemos ido dejando atrás la idea de responsabilidad objetiva con todas sus expresiones; y, para no olvidarlo, lo hemos declarado expresamente en una ley: “toda forma de responsabilidad objetiva está proscrita”.

3.5. ¿ES UNA EXPRESIÓN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 122 DEL CÓDIGO PENAL?

Estimo que resulta bastante provechoso empezar este apartado citando al jurista argentino Zaffaroni, quien sobre el tema refiere:

El *versari in re illicita* es la manifestación en sede jurídico penal de la responsabilidad objetiva que, si bien debe ser rechazada en cualquier rama del saber jurídico, con mayor razón debe serlo en la del derecho penal. Si bien nadie postula hoy la responsabilidad objetiva en materia penal, el *versari* se filtra en sentencias y aun en la doctrina. Dado que el *nullum crimen sine culpa* reconoce jerarquía constitucional e internacional, cabe rechazar de plano cualquiera de las manifestaciones del *versari*. Más adelante se tratarán dos temas a través de los que éste se filtra con mayor frecuencia: los llamados delitos calificados (o cualificados) por el resultado y los supuestos de estados de inculpabilidad provocados por el propio agente. (Zaffaroni, 2002, p. 141).

A lo que se le debe agregar:

Algunas disposiciones legales abarcan una complejidad de acciones o aportan una solución particular para casos que, de no existir la previsión expresa, serían resueltos por las reglas del concurso ideal, como son los casos de las llamadas figuras preterintencionales en la tradición italiana, que en la alemana suelen llamarse combinaciones típicas. El concepto de preterintención generó una formidable confusión que llevó a sostener desde la existencia de un dolo de preterintención y la de una tercera forma de culpabilidad" hasta abiertas soluciones de responsabilidad objetiva. No menor fue la que introdujo para ciertas calificantes el concepto de delito calificado por el resultado. (Zaffaroni, 2002, p. 566).

En la última parte del segundo numeral del artículo 122 del Código Penal se ubica la frase: el agente pudo prever ese resultado. La previsibilidad verificable o estándar mínimo conforme a la capacidad individual de previsión de una persona es la que determina el límite

de la culpa. Por lo tanto, ya que se ha establecido en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal a la previsibilidad como parte de su estructura, está presente legalmente la culpa.

Ahora, si está presente la culpa en el camino que conduce al resultado típico, al parecer se habría descartado la responsabilidad objetiva, ya que tal atribuye resultados sin ser necesario decretar previamente la existencia de culpa o dolo en la conducta de una persona. Sin embargo, haremos algunas precisiones al respecto.

Nuestra problemática está relacionada con una consecuencia jurídica que no se condice con la culpa y dolo que ha dejado notar previamente la conducta del agente. Es decir, si bien al tenerse en cuenta la previsibilidad para atribuir el resultado se está dejando atrás a la responsabilidad objetiva que tiene que ver con el establecer responsabilidad sin analizar el dolo o la culpa en el sujeto activo, no así, se tendría que descartar a la responsabilidad objetiva que tiene que ver con una cuantificación excesiva e injustificada de la pena privativa de libertad, que es también una expresión de aquella institución, conocida como un delito cualificado por el resultado.

Entonces, aun presente la previsibilidad en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal, se puede concluir que tal construcción legal lleva consigo una forma de responsabilidad objetiva, al centrar nuestra atención en la consecuencia jurídica y su cuantificación en exceso y sin fundamento que presenta.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA

4.1. PARTE INTRODUCTIVA

El Decano del Colegio de Abogados de Cajamarca, con el Acuerdo aprobatorio de su Consejo Directivo, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa reconocido en el Artículo 107 de la Constitución Política del Estado, propone el presente Proyecto de Ley.

4.1.1. Antecedentes

Cuando el Código Penal se redactó, es decir, conforme a la narración originaria prevista en el Decreto Legislativo 658, el segundo párrafo del artículo 122 establecía: “(...) Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años (...)”.

Como se podrá apreciar, la pena empieza con un espacio punitivo de tres años, para terminar en seis años de pena privativa libertad. Con ello, el supuesto delictivo mantenía plena armonía con el primer párrafo del citado artículo 122, pues ahí se había establecido lo siguiente: “(...) El que causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud que requiera más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y

con sesenta a ciento cincuenta días-multa (...)."

Sin embargo, a través de la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley Nro. 30364, publicada el 23 noviembre 2015, se modificó el texto original, cuyo texto es el siguiente: "(...)
4. La pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de catorce años si la víctima muere como consecuencia de la lesión a que se refiere el párrafo 3 y el agente pudo prever ese resultado (...)."

Luego, en el Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo Nro 1323, publicado el 06 enero 2017, cuyo texto es el siguiente: "(...) 2. La pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años si la víctima muere como consecuencia de la lesión prevista en el párrafo precedente y el agente pudo prever ese resultado (...)."

Hoy por hoy nos regimos por el artículo modificado por el Artículo 1 de la Ley Nro. 30819, publicada el 13 julio 2018, cuyo texto es el siguiente: "(...) 2. La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de doce años si la víctima muere como consecuencia de la lesión prevista en el párrafo precedente y el agente pudo prever ese resultado (...)."

Por lo tanto, la norma legal que es objeto de estudio para el presente trabajo tiene que ser inmediatamente modificada y con

ello, lograr su verdadero acoplamiento al sistema penal constitucional en el que nos encontramos actualmente.

4.2. PARTE SUSTENTATORIA

4.2.1. Exposición de motivos

Por orden expresa del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, toda forma de responsabilidad objetiva queda proscrita.

La responsabilidad objetiva está proscrita porque sencillamente no se condice con el tipo de Estado en el que nos encontramos, ya que pertenece a uno distinto. Si bien en algún momento de nuestra historia y vida social tal idea (la responsabilidad penal) marcó el derrotero de una sociedad, ya no es así.

Hace varios ya, cientos de años en realidad, cuando la iglesia católica ejercía hegemonía en la vida de los seres humanos, instauró procedimientos tendientes a materializar ideas de lo que ahora conocemos como responsabilidad objetiva, en donde, por ejemplo, las sanciones podían aplicarse a los descendientes, por el solo hecho de ser familiares director del hereje (para citar un ejemplo).

No obstante, la iglesia católica no fue la única, también el Estado admitía en su ordenamiento jurídico ideas (leyes) relacionadas con la responsabilidad penal; o, en términos del versari.

El que realiza un acto ilícito responde de todas las consecuencias de dicho acto, aunque no fueran queridas por él, ni previstas ni previsibles por el - “(...) el versari obliga a reconocer la responsabilidad dolosa donde no concurre siquiera culpa (...)”.

Ejemplo: “(...) El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar (...) / Código Penal y ley provisional para la aplicación de las disposiciones del mismo en las Islas Filipinas de 1885, artículo primero, tercer párrafo”.

Todas estas ideas, actualmente, han perdido vigencia y con ello, no existe la posibilidad de que formen parte de nuestro ordenamiento jurídico; por otro lado, si acaso se advierta una de ellas *vigente*, inmediatamente deberá ser identificada y expulsada.

Por lo tanto, habrá que ser muy cuidadosos de que tal forma de pensamiento (idea) no se inmiscuya en el actual ordenamiento jurídico de un estado constitucional democrático. Hemos identificado una norma legal de orden penal que es una forma de expresión de responsabilidad objetiva, la que tiene que ser modificada en su consecuencia jurídica, para así tornarla conforme a los parámetros constitucionales que rigen nuestra actual sociedad.

El segundo numeral del artículo 122 del Código Penal contiene una expresión de responsabilidad objetiva, ya que ahí está regulado lo que se conoce como un delito cualificado por el resultado, en donde la consecuencia jurídica recibe una cuantificación insustentable.

4.2.2. Análisis costo - beneficio

El beneficio de la sociedad es inimaginable; ello, a un costo casi insignificante; la modificación de la consecuencia jurídica del segundo numeral del Código Penal ha de darse tras un proceso regulado previamente sobre la modificación de leyes; habrá costo económico y tiempo de por medio, cierto. Pero, ello, resulta insignificante frente al beneficio de la sociedad, pues este beneficio se traduce como la imposibilidad de someterse a ideas que no forman parte de nuestra actual sociedad; ideas que fueron concebidas muchos años antes y que han quedado atrás. La modificación importa prácticamente hacer prevalecer el cambio generacional de la historia de país.

4.2.3. Efecto de la vigencia de la norma en nuestra legislación nacional

Actualmente puede un operador jurídico un tanto distraído, aplicar el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal y asignar la consecuencia jurídica a su autor; ello, implicaría un efecto totalmente nocivo para el país, pues se estaría aplicando una

consecuencia jurídica que no posee más justificación que el sencillo antojo del legislador. Esto es, se cometería una arbitrariedad al aplicarse tal consecuencia jurídica.

Pero, ello no queda ahí. En términos prácticos, dada la magnitud de la consecuencia jurídica, es altamente probable que el procesado sea condenado a una pena privativa de libertad con carácter de efectiva, ya que la pena concreta supera los cuatro años de pena privativa de libertad. En suma, una persona podría sufrir una grave vulneración a su derecho a la libertad, con base en un precepto legal que contiene una consecuencia jurídica arbitraria, por todo lo que hemos explicado en el transcurso del presente trabajo.

4.3. PARTE RESOLUTIVA

Modificar la consecuencia jurídica prevista en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal - 2. La pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años si la víctima muere como consecuencia de la lesión prevista en el párrafo uno y el agente pudo prever ese resultado -, y reformándola, establecerla en parámetros acordes con el principio de proporcionalidad, quedando con la siguiente redacción: “2. La pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de siete años si la víctima muere como consecuencia de la lesión prevista en el párrafo uno y el agente pudo prever ese resultado”.

CONCLUSIONES

1. Para la inaplicación de la consecuencia penal del delito de lesiones leves seguidas de muerte se deben tener en cuenta los siguientes fundamentos jurídicos: la desproporcionalidad de la magnitud de la pena; la sanción penal proviene de un delito cualificado por el resultado; y la transgresión de la interdicción de responsabilidad objetiva.
2. La consecuencia jurídica establecida en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal, no se ajusta a los parámetros que conforman el principio de proporcionalidad en el acto creador de una norma jurídico penal.
3. El segundo numeral del artículo 122 del Código Penal, no se ajusta a los parámetros doctrinarios tradicionales de un delito preterintencional, pues su consecuencia jurídica no responde a las reglas de un concurso ideal.
4. El segundo numeral del artículo 122 del Código Penal, contiene premisas de un delito cualificado por el resultado, específicamente, por su excesiva cuantificación (no menor de seis ni mayor de doce años).
5. La consecuencia jurídica prevista en el segundo numeral del artículo 122 del Código Penal es una expresión de responsabilidad objetiva, por obedecer a una mera voluntad legislativa, sin existir argumento que lo sustente.

6. El segundo numeral del artículo 122 del Código Penal pertenece a un tiempo y contexto distinto y pasado, en donde no eran exigibles el respeto por las garantías y derechos constitucionales.

RECOMENDACIONES

- a. Se recomienda al Congreso de la República tener en cuenta que toda expresión de responsabilidad objetiva está proscrita en nuestro ordenamiento jurídico penal, por lo tanto, se recomienda que su posible incursión sea detectada desde el acto de creación de una norma jurídica penal.

- b. Se recomienda al Congreso de la República identificar y erradicar toda forma de responsabilidad objetiva inmersa en nuestro ordenamiento jurídico.

- c. Se recomienda a los Jueces penales inaplicar la consecuencia jurídica prevista en el segundo párrafo del artículo 122 del Código Penal.

LISTA DE REFERENCIAS

- Abreu, J. L. (diciembre, 2014). El Método de la Investigación. *Daena: International Journal of Good Conscience*, 9(3)195-204. Recuperado de [http://www.spentamexico.org/v9-n3/A17.9\(3\)195-204.pdf](http://www.spentamexico.org/v9-n3/A17.9(3)195-204.pdf)
- Aguilar, L. (2014). *Teoría General del Estado*. México: Grupo Editorial Patrias.
- Alcócer Pavis, E. (2008). *La Reincidencia. Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal 2008*. Recuperado de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2008_09.pdf
- Bramont Arias Torres, L. M. (1996). *Revista Derecho y Sociedad. Pontificia Universidad Católica del Perú. El Tipo Penal - Teoría General del Delito*. Comité Editorial CC.
- Cardenal Murillo, A. (1989). *Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado*. Recuperado de: https://r.search.yahoo.com/ylt=AwrE1831g.9hFaEAtrFU04IQ;_ylu=Y29sbwNiZjEEcG9zAzEEdnRpZAMEc2VjA3Ny/RV=2/RE=1643115637/RO=10/RU=https%3a%2f%2fdialnet.unirioja.es%2fdescarga%2farticulo%2f46349.pdf/RK=2/RS=rjyaV9F6XQdjzTIJuNjZ5G5uyug-
- Congreso del Perú-Participación Ciudadana. (s.f.) *Delitos juzgados por el Tribunal de la Inquisición*. <http://www.congreso.gob.pe/Docs/participacion/museo/Inquisicion/files/delitos-juzgados1.pdf>
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Simancas Ediciones Valladolid - España.
- Garda Olaciregui, E. M. (2016). *Responsabilidad objetiva versus responsabilidad subjetiva: negación indebida de la defensa de falta de culpa [en línea]*. (Tesis de Doctorado en Ciencias Jurídicas). Recuperado de:

<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/responsabilidad-objetiva-versus-subjetiva.pdf>

Goseilo, A. (1981). *Los bienes jurídicos penalmente protegidos*. 20-01-2021, de Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Universidad - Universidad de Buenos Aires. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/46-1/los-bienesjuridicos-penalmente-protegidos.pdf>

Hurtado Pozo, J. (1987). *Derecho penal. Parte General*. Lima: Juristas,

Lell, H. M. (octubre, 2017). Las palabras de la ley y la interpretación normativa. El clásico problema del derecho y el lenguaje. *Derecho y Ciencias Sociales*, 17, 164-184. Recuperado de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/63478/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1

Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Montevideo: B de F.

Muñoz Conde, F. (1985). *Derecho Penal y Control Social*. Editorial Fundación Universitaria de Jerez.

Muñoz Conde, F. (2001). *Introducción al Derecho Penal*. Segunda Edición. Editorial IBDEF - Buenos Aires.

Núñez Vaquero, Á. (2018). Realismo jurídico y conceptos dogmáticos. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 25(2), 237-269. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532018000200237>

Ñaupas Paitán, H., Valdivia Dueñas, M. R., Palacios Vilela, J. J., Romero Delgado, H. E. (2018). *Metodología de la investigación cuantitativa-cualitativa y redacción de la tesis* (5ª ed.) Bogotá: Ediciones de la U.

- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2014). *Derecho Penal - Parte Especial*. Editorial Moreno S.A. - Perú.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2017). *Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*. Gaceta Jurídica S.A. - Perú
- Polar Cadillo, J. L. (2019). *Los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado, y el concurso ideal de delitos*. Recuperado de: <https://repositorio.usmp.edu.pe>
- Sánchez Zorrilla, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: Características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* 14, 317-358. Recuperado de <http://www.rtf.d.es/numero14/11-14.pdf>
- Sieckmann, J. (2015). *Norma jurídica. Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México. Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx>
- Welzel, H. (1956). *Derecho Penal - Parte General*. Roque Depalma Editor - Buenos Aires.
- Yennissey Rojas, I. (2021). *La Proporcionalidad en las Penas*, de Biblioteca virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2937/15.pdf>
- Zaffaroni, E. R. (1980). *Tratado de Derecho Penal - Parte Especial. Tomo I*. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
- Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal - Parte General*. Sociedad Anónima Ediar - Argentina.