



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y POLÍTICO CRIMINALES QUE
SUSTENTAN LA EXTENSIÓN DE LA COBERTURA DE LA
EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 208 DEL CÓDIGO
PENAL PERUANO EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO**

AUTOR:

GUERRA VALDIVIA, Diana Lizeth

ASESOR:

Dr. CASTILLO MONTOYA, Nixon Javier

Cajamarca, Perú, julio de 2024.

CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

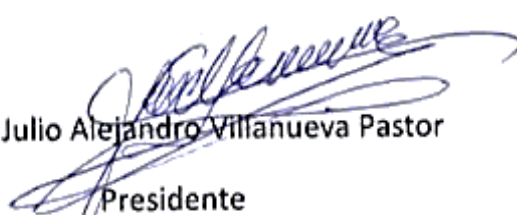
1. Investigador:
Diana Lizeth Guerra Valdivia
DNI: 71820279
Escuela Profesional - Facultad:
Escuela Profesional de Derecho – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
2. Asesor (a):
Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Departamento Académico:
Derecho y Ciencias Políticas
3. Grado académico o título profesional para el estudiante
 Bachiller Título profesional Segunda especialidad
 Maestro Doctor
4. Tipo de Investigación:
 Tesis Trabajo de investigación Trabajo de suficiencia profesional
 Trabajo académico
5. Título de Trabajo de Investigación:
FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y POLÍTICO CRIMINALES QUE SUSTENTAN LA EXTENSIÓN DE LA COBERTURA DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 208 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO
6. Fecha de evaluación: 12/08/2024
7. Software antiplagio: TURNITIN URKUND (OURIGINAL) (*)
8. Porcentaje de Informe de Similitud: 6%
9. Código Documento: oid:3117:372620355
10. Resultado de la Evaluación de Similitud:
 APROBADO PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES DESAPROBADO

Fecha Emisión: 02/09/2024

<i>Firma y/o Sello Emisor Constancia</i>	
	 UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas <i>Dr. Cs. Teresa Isabel Terón Ramirez</i> DIRECTORA
Dr. Nixon Javier Castillo Montoya DNI: 26646288	<i>Directora de Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas</i>


ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

En la ciudad de Cajamarca, siendo las once de la mañana con cuarenta minutos del día viernes cuatro de octubre de dos mil veinticuatro, reunidos en la sala del tribunal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, los integrantes del Jurado No. 1, presidido por el Dr. Julio Alejandro Villanueva Pastor, e integrado por la Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga, en calidad de Secretaria y la Dra. Teresa Ysabel Terán Ramírez, en calidad de Vocal, designado mediante Resolución No. 036-2024-FDCP-UNC, de fecha 16 de setiembre de 2024, con la finalidad de llevar a cabo la sustentación de la Tesis titulada **“FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y POLÍTICO CRIMINALES QUE SUSTENTAN LA EXTENSIÓN DE LA COBERTURA DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 208 DEL CODIGO PENAL PERUANO EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO”**, presentado por la bachiller en Derecho **DIANA LIZETH GUERRA VALDIVIA**, con la finalidad de optar el Título Profesional de Abogado. En este sentido, se dio inicio al acto académico, concediéndole a la sustentante el plazo reglamentario, luego de lo cual se procedió a formular observaciones y preguntas por parte de los integrantes del jurado evaluador, que fueron absueltas por la referida bachiller, posteriormente, se invitó a la sustentante a abandonar la sala con la finalidad de deliberar y evaluar conforme a las disposiciones reglamentarias, siendo el resultado: **APROBADA POR UNANIMIDAD, CON CALIFICATIVO DE DIECISIETE (17)**; con lo que concluyó el acto académico, siendo las doce y cincuenta minutos del día de la fecha, procediendo con la firma de los intervinientes.


Julio Alejandro Villanueva Pastor
Presidente


Sandra V. Manrique Urteaga
Secretaria


Teresa Ysabel Terán Ramírez
Vocal


Diana Lizeth Guerra Valdivia
Bachiller

A:

Dios, por ser mi fortaleza, guiar mi camino y dotarme de aprendizajes. En memoria de mi madre Flor, por su amor infinito, por haberme enseñado los valores de la disciplina y responsabilidad, y por haber sido mi ejemplo de lucha en la vida.

Mi papá Ebelio, por brindarme acompañamiento, y por enseñarme el valor de la perseverancia y el trabajo. A mi familia, en especial a mis padrinos Luis y Rosa, por apoyar mis decisiones personales y académicas, y por sus muestras de amor incondicional en los momentos más difíciles de mi vida. Asimismo, a mis abuelos Mavila y Sixto por ser mi soporte emocional, por su cariño y apoyo brindado a lo largo de mi vida.

AGRADECIMIENTO

A mi asesor de tesis, Dr. Nixon Javier Castillo Montoya, por aceptar guiarme en la elaboración de la presente investigación, así como por compartir su experiencia y sabiduría conmigo, por su tiempo, paciencia y predisposición a enseñar.

Al Dr. José del Carmen Grández Odiaga, por sus enseñanzas, por ser mi guía y paradigma profesional, por estar siempre atento a mis dudas y quien, en mis momentos de agobio, me brindó el soporte necesario para poder culminar la presente investigación.

A mis docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNC Cajamarca, en especial al Dr. Reynaldo Mario Tantaleán Odar, maestro y amigo, por su orientación constante a lo largo de mi carrera profesional, además, por enseñarnos a los alumnos desde el primer momento, el valor de creer en uno mismo.

A la Dra. Sandra Maribel Bringas Flores, por motivarme constantemente para la culminación de esta investigación y por impulsarme a dar lo mejor de mí en el desarrollo de esta, porque pequeños pasos dados cada día dan grandes resultados.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	4
AGRADECIMIENTO.....	5
TABLA DE CONTENIDO.....	6
LISTA DE ILUSTRACIONES.....	9
LISTA DE ABREVIACIONES	10
RESUMEN	11
ABSTRACT	13
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS	17
1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	17
1.1.1. Contextualización del problema	17
1.1.2. Descripción problema	20
1.1.3. Formulación del problema.....	20
1.2. JUSTIFICACIÓN.....	21
1.3. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN: DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA.....	22
1.3.1. Espacial	22
1.3.2. Temporal.....	22
1.4. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	22
1.4.1. De acuerdo con el fin que se persigue.....	22
1.4.2. De acuerdo con el diseño de investigación.....	23
1.4.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan.....	25
1.5. HIPÓTESIS.....	25
1.6. COMPONENTES DE LA HIPÓTESIS	26
1.7. VARIABLES	26
1.8. OBJETIVOS.....	26
1.8.1. Objetivo general.....	26
1.8.2. Objetivos específicos	26
1.9. ESTADO DE LA CUESTIÓN	27
1.10. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	29
1.10.1. Genéricos.....	29
1.10.2. Propios del derecho	32
1.11. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	35
1.11.1. Técnicas.....	35

1.11.2. Instrumentos	36
1.12. UNIDADES DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN	36
1.13. UNIVERSO Y MUESTRA	36
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	37
2.1. ASPECTOS IUS-FILOSÓFICOS.....	37
2.1. PUNIBILIDAD Y TEORÍA DEL DELITO	40
2.1.1. Tipicidad.....	42
2.1.2. Antijuridicidad.....	69
2.1.3. Culpabilidad	78
2.1.4. Punibilidad	92
2.2. PUNIBILIDAD Y TEORÍA DE LA PENA.....	99
2.2.1. La punibilidad y las teorías sobre los fines de la pena	100
2.3. PUNIBILIDAD Y POLÍTICA CRIMINAL.....	106
2.3.1. Punibilidad y utilidad	108
2.4. LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 208 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO	109
2.4.1. La excusa absolutoria en los delitos contra el patrimonio en el derecho penal peruano.....	109
2.4.2. Ámbito de aplicación de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano.....	111
2.4.3. La subsistencia de la responsabilidad civil ante la exclusión de la punibilidad por la excusa absolutoria.....	122
2.5. RAZÓN POLÍTICO CRIMINAL DE LA INCLUSIÓN DE LOS DELITOS DE HURTOS, APROPIACIONES, DEFRAUDACIONES Y DAÑOS EN LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 208 DEL CÓDIGO PENAL.....	123
2.6. LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO.....	126
2.6.1. Defectos lógicos.....	127
2.6.2 Defectos lingüísticos	134
2.7. CATEGORÍAS NORMATIVAS Y RAZONES SUBYACENTES	136
CAPÍTULO III: DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS	140
3.1. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO Y MÉTODOS SEGUIDOS PARA LA DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS	140
3.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	144
3.2.1. LA CORRECCIÓN DE LA INDETERMINACIÓN LÓGICA INFRA INCLUSIVA DE LA NORMA PENAL DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 208 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO.....	144

3.2.2. LA GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y DE PREDICTIBILIDAD EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS-REGLAS PENALES	176
3.2.3. LA MATERIALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA UNIDAD FAMILIAR COMO DIRECTRIZ CONSTITUCIONAL Y RAZÓN SUBYACENTE DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA	181
CAPÍTULO IV: PROPUESTA DE LEGE FERENDA	185
4.1. LINEAMIENTOS DE LA PROPUESTA DE LEGE FERENDA	185
4.2. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 208 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO	193
4.2.1. Exposición de motivos	193
4.2.2. Análisis Costo-Beneficio	195
4.2.3. Efecto de la vigencia de la norma en la legislación nacional	195
CONCLUSIONES.....	196
RECOMENDACIONES	198

LISTA DE ILUSTRACIONES

Ilustración 1	Niveles analíticos del delito	42
Ilustración 2	Estructura de la tipicidad	44
Ilustración 3	Causas de justificación establecidas en el art. 20 del CP peruano	71
Ilustración 4	Elementos de la culpabilidad.....	79
Ilustración 5	Categorías de la punibilidad	96
Ilustración 6	Teorías sobre los fines de la pena	100
Ilustración 7	Causas de la indeterminación del derecho.....	127
Ilustración 8	Indeterminación normativa del derecho	128

LISTA DE ABREVIACIONES

ET AL.: Y otros autores

CP: Código Penal

CPP: Código Procesal Penal

ART: Artículo

CAP: Capítulo

CPTO: Concepto

RESUMEN

El presente trabajo fue originado con el fin de dar solución a una problemática devenida en la identificación de una indeterminación lógica, concretamente de una laguna axiológica hallada en el artículo 208 del CP peruano, referida a la excusa absolutoria aplicable a los delitos contra el patrimonio, por cuanto en este último artículo, se incluyen solamente algunas modalidades delictivas de los delitos contra el patrimonio, siendo estas, los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños; no abarcando otras modalidades delictivas del grupo de delitos contra el patrimonio.

En ese sentido, en la investigación se empleó el método deductivo, analítico, sintético, dialéctico; así como propios del derecho como dogmática jurídica, argumentación jurídica y hermenéutica jurídica, los cuales contribuyeron al logro de los objetivos del trabajo.

Siendo ello así, se tuvo como hipótesis que los fundamentos jurídicos y político-criminales que sustentan la extensión de la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano en los delitos contra el patrimonio son: a) La corrección de la indeterminación lógica infra inclusiva de la norma penal de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano; b) La garantía del principio de seguridad jurídica y de predictibilidad en la aplicación de las normas-reglas penales y c) La materialización del principio de la unidad familiar como directriz constitucional y razón subyacente de la excusa absolutoria.

Habiéndose arribado al resultado de que la fórmula de corrección de la indeterminación lógica infra inclusiva de la norma penal de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP, está dada por todas aquellas modalidades de las receptaciones y usurpaciones en las que se verificó la presencia de la razón subyacente identificada en los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños incluidos bajo su cobertura. Además, se determinó que la garantía del principio de seguridad jurídica y de predictibilidad en la aplicación de las normas-reglas también es fundamento jurídico para su extensión a las receptaciones y usurpaciones, pues otorga certeza en la aplicación del derecho al resolver un conflicto penal, limitándose la arbitrariedad y la indefinición. Finalmente se estableció que la protección de la unidad familiar como directriz constitucional es pauta de

interpretación de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP y es fundamento político criminal para su extensión a las receptaciones y usurpaciones, pues a partir de la extensión se favorece la coherencia político criminal entre la referida excusa absolutoria y la norma constitucional, en la que se integra la unidad familiar.

ABSTRACT

The present work was originated in order to solve an existing problem in the identification of the existence of a logical indetermination, specifically an axiological gap found in article 208 of the Peruvian CP referring to the discharge excuse applicable to crimes against property, because it was identified that in this latter article, only some criminal modalities of crimes on property are included, these being the theft, appropriations, defraudations and damages; not including other criminal modes of the group of crime against property.

In this sense, the research used the deductive, analytical, synthetic, dialectical method; as well as the own of law as legal dogmatics, legal argumentation and legal hermeneutics, which contributed to the achievement of the general and specific objective of the work.

Subject to the hypothesis that the legal and political-criminal grounds underpinning the extension of the coverage of the exemption of discharge under article 208 of the Peruvian Criminal Code in crimes against property are: (a) the correction of the logical indetermination of the criminal rule of the excuse of discharging of the penalty under article 208, (b) the guarantee of the principle of legal certainty and predictability in the application of the penal rules; and (c) the materialization of a principle that family unity is a constitutional guideline and the underlying reason for the exoneration.

The result is that the formula for correcting the logical indetermination of the criminal rule of the discharge excuse of article 208 of the CP, is given by all those modalities of receipts and usurpations in which the presence of the underlying reason identified in the thefts, appropriations, defrauds and damages included under its coverage was verified. Furthermore, it was determined that the guarantee of the principle of legal certainty and predictability in the implementation of the rule-of-rule is also a legal basis for its extension to receipts and usurpations, as it provides certainness in the application of the law in resolving a criminal conflict, limiting arbitrariness and indefinitiveness. Finally, it was established that the protection of family unity as a constitutional guideline is a pattern of interpretation of the excuse for discharge of

article 208 of the CP and is a criminal political basis for its extension to the receipts and usurpations, since the extension favours the criminal political coherence between the aforementioned excuse and the constitutional rule, in which the family unit is integrated.

INTRODUCCIÓN

De la lectura del artículo 208 del CP peruano, se aprecia que no son reprimibles los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta, el consorte viudo respecto de los bienes de su difunto cónyuge; además de los hermanos y cuñados, si viviesen juntos. Siendo que, dichas modalidades delictivas sobre las que la excusa absolutoria es aplicable, tienen como característica común su pertenencia al grupo de delitos contra el patrimonio.

Sin embargo, existen otras modalidades delictivas que no han sido consideradas dentro de los efectos de la excusa absolutoria antes detallada, como son el robo, el abigeato, la receptación, el fraude en la administración de personas jurídicas, la extorsión y la usurpación; habiéndose identificado de tal situación una problemática referida a la identificación de una indeterminación lógica de la norma jurídica, concretamente una laguna axiológica, pues dicha excusa absolutoria no ha regulado dentro de su cobertura a otros delitos contra el patrimonio que pueden haberse tomado en cuenta como relevantes. Siendo este, el fundamento justificante por el que se realizó la presente investigación.

Teniendo en cuenta lo anterior, se consideró pertinente la elaboración de cuatro capítulos. Conforme a ello, en el primer capítulo se han expuesto los aspectos metodológicos empleados, los cuales comprenden a la descripción del problema de investigación, a la justificación, al ámbito de investigación o delimitación del problema, al tipo de investigación, hipótesis y componentes de esta, así como los objetivos, el estado de la cuestión, métodos de investigación, técnica e instrumentos y unidades de análisis o unidades de observación.

Siguiendo en el análisis, en el segundo capítulo se desarrolló el marco teórico, tratando en primera instancia los aspectos ius filosóficos, así como lo concerniente a la teoría general del delito, esto es la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad; así como lo referido a la teoría de la pena y política criminal. Del mismo modo, se analizó la institución de la excusa absolutoria y la razón político criminal de esta, así como de ciertos aspectos de argumentación jurídica como lo son la indeterminación del derecho, y las razones subyacentes.

Agregando a lo anterior, se consideró un tercer capítulo en el que se incluyó a la demostración de la hipótesis, el cual abarcó la descripción del proceso y los métodos seguidos para la demostración de la hipótesis, así como la contrastación de esta. Posteriormente, se incluyó un cuarto capítulo, devenido en una propuesta de *lege ferenda* que versa sobre la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano.

Finalmente, después de todo lo descrito anteriormente, se estipularon las conclusiones y recomendaciones respectivas, como resultado del desarrollo de la investigación.

CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1.1. Contextualización del problema

Tradicionalmente se ha planteado que un comportamiento para ser considerado delito, debe ser continente de tres niveles analíticos, vale decir, que sea típico, antijurídico y culpable. Así lo ha afirmado López Barja (2004), para quien diversos tratadistas, entre los cuales se encuentran Franz Von Liszt y Beling, adheridos a una posición clásica, han sostenido la existencia de una estructura tripartita del delito; esto es, que haya tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (p. 59).

No obstante lo anterior, existen autores que, adoptando una postura antagónica, han añadido a la concepción tripartita del delito, un subsiguiente nivel analítico denominado punibilidad. Conforme a ello, en la doctrina alemana, los autores que aceptan la existencia de dicho nivel analítico como parte de la estructura del delito son Binding, Von Hippel, Mezger, Sauer y Wegner; en tanto que en la doctrina italiana se encuentra a Manzini, Florian, Sabatini, Battaglini, Frosali, Cavallo y, finalmente, en la doctrina española, se halla a Jiménez de Asúa, Pacheco, Cuello Calón, Antón Oneca, Del Rosal y Quintano Ripollés (Corvalán, 2009, pp. 95,107).

En consonancia con lo mencionado, uno de los más importantes tratadistas alemanes que defiende la postulación de la punibilidad como presupuesto del delito es Roxin (1994/1997), quien afirma que todo hecho delictivo presenta una acción típica, antijurídica y culpable, pero, además, en algunos casos un ulterior presupuesto de punibilidad (pp. 194-195).

Conforme a lo anterior, Colina (2021) refiere que con la presencia de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad se fundamenta el merecimiento de pena; mientras que con la punibilidad se hace lo propio con su necesidad, basada en motivos político criminales (p. 180). Es decir, si la imposición de dicha pena es útil para una persona a efectos resocializadores, no bastando que se haya determinado, previamente,

la existencia de un injusto culpable (comportamiento típico, antijurídico, y culpable) y, por tanto merecedor de una pena.

En ese entender, al hablar de punibilidad, Bustos M. (2015) refiere que tal nivel analítico está integrado por las condiciones objetivas de punibilidad y por las denominadas excusas absolutorias; siendo que en estas últimas se excluye la aplicación de la pena, es decir, aquellos elementos negativos en cuya presencia el legislador no considera conveniente la imposición de una pena, a pesar de la existencia de un hecho típico, antijurídico y culpable (pp. 207, 216).

Hecha tal salvedad, cabe precisar que la exclusión de la necesidad de aplicar la pena se presenta debido a la concurrencia de determinadas circunstancias en el sujeto activo, de allí que, en términos más precisos, también se la denomine causa personal de exclusión de la pena.

Ahora bien, en el Código Penal peruano (Decreto Legislativo N.º 635), publicado el 8 de abril de 1991, no es ajena la regulación de las excusas absolutorias o causas personales de exclusión de la pena; sin embargo, una de las que en él existen llama la atención, a saber, la establecida en el artículo 208, según la cual:

No son reprimibles, sin perjuicio de la reparación civil, los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen:

1. Los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta.
2. El consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de tercero.
3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

La excusa absoluta no se aplica cuando el delito se comete en contextos de violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar.

Esta excusa absoluta opera a modo de “disposición común” en el capítulo XI, concerniente a los delitos contra el patrimonio, del título V del indicado cuerpo normativo, y en la que se aprecia que el legislador ha considerado aplicarle sus efectos solamente a los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños; es decir, con un efecto circunscrito a estas modalidades delictivas, sin tomar en cuenta a otros

delitos contra el patrimonio tales como el robo, el abigeato, la receptación, el fraude en la administración de personas jurídicas, la extorsión y la usurpación.

De lo cual se aprecia que el legislador, al haber incluido solo algunas de las modalidades delictivas del grupo de delitos contra el patrimonio dentro de la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal, ha identificado una justificación. O en todo caso, lo que el autor Frederick Schauer llamaría como razón subyacente, misma que está implícita en toda regla y que despliega el efecto de sobre inclusión e infra inclusión como característica constitutiva de un sistema jurídico que busca mejorar la aplicación del derecho de los operadores de justicia (Bouvier, 2004, pp. 395-396). Estando, por tanto, en el presente caso, ante un supuesto infra inclusivo "...es decir, la posibilidad de que acudiendo a la justificación subyacente puedan tratarse casos que no se incluyen en la generalización" (Hernández M., 2020, p. 61).

Evidenciándose con ello que la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano está construida de manera reduccionista o bajo un problema de indeterminación del derecho, concretamente referida a lo que Ródenas (2012) llamaba como la indeterminación debida a defectos lógicos de los sistemas jurídicos, en la que esta:

afecta a cuestiones de regulación o calificación deóntica...esta indeterminación puede tener su causa bien en problemas de consistencia de los sistemas jurídicos, bien en problemas de completitud. Se trata, por tanto, del problema de las lagunas y de las antinomias. (p. 23)

En ese sentido, dicha indeterminación en la que se encuentra sumergida la citada excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal, se trataría de un problema o caso de una laguna axiológica, la cual, a diferencia de la laguna normativa¹ y de la de reconocimiento², se presenta cuando "ese sistema si contiene una norma que soluciona

¹ Una laguna normativa se presenta cuando "existen casos en los que las disposiciones jurídicas no ofrecen solución a un problema normativo; son casos de ausencia de norma" (Moreno, 2015, p. 60).

² Se presenta una laguna de reconocimiento "si y sólo si un caso individual es un caso de difícil subsunción en un caso genérico de un sistema normativo dado" (Moreno, 2015, p. 68).

el caso, pero sin tomar en cuenta como relevante alguna propiedad que, de acuerdo con una cierta hipótesis de relevancia, debiera tomarse en cuenta como relevante” (Ródenas, 2012, p. 24).

Surgiendo de ese contexto la intención de realizar una investigación a fin de determinar los fundamentos jurídicos y político criminales que sustenten la extensión de la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano a otras modalidades delictivas contra el patrimonio, identificando la justificación o razón subyacente de la regulación de dicha excusa absolutoria.

1.1.2. Descripción problema

En virtud de la excusa absolutoria regulada en el artículo 208 del Código Penal peruano, no son reprimibles los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta, el consorte viudo respecto de los bienes de su difunto cónyuge; además de los hermanos y cuñados, si viviesen juntos. Así, dichas modalidades delictivas sobre las que la excusa absolutoria despliega sus efectos, poseen como característica común su pertenencia al grupo de delitos contra el patrimonio; al que pertenecen además otras modalidades que no han sido consideradas dentro de tal excusa absolutoria, como el robo, el abigeato, la receptación, el fraude en la administración de personas jurídicas, la extorsión y la usurpación; existiendo allí una indeterminación lógica de la norma jurídica, concretamente una laguna axiológica, pues esta excusa absolutoria no ha regulado dentro de su cobertura a otros delitos contra el patrimonio que deberían haberse tomado en cuenta como relevantes.

1.1.3. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos y político criminales que sustentan la extensión de la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano en los delitos contra el patrimonio?

1.2. JUSTIFICACIÓN

En primer lugar, la presente investigación es importante a nivel científico, dado que contribuye a incrementar el conocimiento teórico desarrollado por la dogmática penal, en cuanto se refiere a la categoría de la excusa absolutoria o causa personal de exclusión de la pena y de su aplicación para decidir el juicio de necesidad de la pena en los delitos contra el patrimonio, habiendo previamente abordado aspectos concernientes a la teoría general del derecho y a la argumentación jurídica.

En esa línea, este trabajo también adquiere relevancia a nivel *ius filosófico*, por cuanto, al haberse adoptado los planteamientos del positivismo jurídico incluyente, se admite la posibilidad de incluir principios como criterios de validez jurídica en el sistema jurídico penal peruano, siendo estos la seguridad jurídica y la predictibilidad jurídica en las normas-reglas penales.

En segundo lugar, los resultados que se deriven de esta investigación tienen una importancia político criminal, puesto que van a permitir el planteamiento de una propuesta útil e innovadora *de lege ferenda* de la ley penal, para extender los efectos de exclusión de la punibilidad de esta excusa absolutoria a otros delitos contra el patrimonio que no se encuentran considerados en el artículo 208 del Código Penal, determinando los fundamentos jurídicos y político criminales que sustentarían dicha extensión.

Siendo que, con la dación de dicha propuesta de *lege ferenda*, esta investigación halla justificación por cuanto se han realizado las correspondientes recomendaciones al legislador para una modificación de la ley penal, que servirá como pauta de interpretación para los operadores de justicia al aplicarla, en tanto para su formulación, se han utilizado previamente aspectos concernientes a la teoría general del derecho y a la argumentación jurídica.

Finalmente, la labor que implique el desarrollo de esta investigación también encuentra justificación a nivel personal, ya que constituye la parte final de todo un proceso de aprendizaje a lo largo de la formación universitaria, sentando las bases para futuras investigaciones y contribuye a consolidar el desarrollo profesional en el área del derecho penal.

1.3. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN: DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

1.3.1. Espacial

El ámbito espacial queda establecido por el territorio nacional en el que es aplicable la ley penal peruana, ello por cuanto el objeto de la presente investigación gira en torno a la regulación del artículo 208 del Código Penal peruano, además de los delitos contra el patrimonio, también tipificados en el título V del libro segundo de dicho cuerpo normativo.

1.3.2. Temporal

El ámbito temporal queda establecido o delimitado desde la puesta en vigencia del Código Penal peruano, en el que se incluye la regulación de la denominada excusa absolutoria o causa personal de exclusión de la pena del artículo 208 del Código Penal peruano, además de los delitos contra el patrimonio tipificados en el título V del libro segundo de dicho cuerpo normativo.

1.4. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.4.1. De acuerdo con el fin que se persigue

A. Básica

De manera general, se explica que la investigación básica o teórica está orientada a la búsqueda de nuevos conocimientos sin una finalidad práctica específica e inmediata (Sánchez et al., 2018, p. 79).

Conforme a lo anterior, Fernández et al. (2015) indican que la investigación básica se orienta al desarrollo de nuevos conocimientos y específicamente a conocer más acerca de un tema, a diferencia de la investigación aplicada, la cual se plantea la resolución de un problema específico de la realidad (p. 12).

Así, vistas tales precisiones, se puede decir que la presente investigación, de acuerdo con su finalidad, se constituye en una de tipo básica, ya que con esta se busca incrementar el conocimiento tanto en dogmática jurídica penal como político criminal, al plantear

extender la cobertura de la excusa absolutoria o causa personal de exclusión de la pena establecida en el artículo 208 del Código Penal a otras modalidades delictivas de los delitos contra el patrimonio, que no se hallan formuladas en dicha disposición normativa, determinando los fundamentos jurídicos y político criminales que lo sustentan.

1.4.2. De acuerdo con el diseño de investigación

A. Explicativa

Tal como lo indica Tantaleán (2015), la investigación explicativa se “...orienta al descubrimiento de factores causales, por lo que se responde finalmente a la pregunta ¿por qué se presenta así el fenómeno?, o ¿a qué se debe tal o cual evento?” (p. 12).

Atendiendo a lo precitado, en esta investigación, al haberse identificado una indeterminación debida a defectos lógicos, concretamente una laguna axiológica hallada en la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano; devino en primera instancia, en realizar cuestionamientos respecto a las causas de la presentación de dicho problema, específicamente aquella justificación o razón subyacente de su dación, para posteriormente verificar si esta última también se encuentra presente en otras modalidades delictivas contra el patrimonio; hecho último que permitió el análisis para el planteamiento de una propuesta de *lege ferenda* que justifique la extensión de dicha excusa absolutoria.

B. Descriptiva

En consonancia con Villabella (2009a) las investigaciones descriptivas tienen como función exponer las características del objeto abordado, identificando categorías y estableciendo relaciones, lo cual facilita la comprensión general del fenómeno y permiten realizar un juicio sobre el mismo (p. 14).

Así, de acuerdo con el diseño investigativo, este trabajo, alcanza fines descriptivos, debido a que, para establecer cuáles son los

fundamentos jurídicos y político criminales que sustentan la extensión de la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano en los delitos contra el patrimonio, fue imprescindible de manera antelada identificar las categorías que, en su formulación se involucran, realizando así un análisis y estudio dogmático de estas, habiendo identificado previamente que existe una indeterminación debida a defectos lógicos, concretamente una laguna axiológica hallada en dicha excusa absolutoria.

C. Propositiva

De acuerdo con Tantaleán (2015), con las investigaciones propositivas se busca efectuar una propuesta de cambio, adición o supresión de cierta regulación jurídica, para lo cual es necesario argumentar de manera contundente sobre la conveniencia o no de dicha propuesta; recomendando así que, antes de la elaboración de la propuesta, es necesario mostrar de manera descriptiva los errores que contiene la regulación actual (p. 16).

Siendo ello así, esta investigación alcanza un nivel propositivo, pues se determinarán los fundamentos jurídicos y político criminales que sustenten la extensión de la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano a otros delitos contra el patrimonio que, en la actualidad, no se encuentran considerados en ella.

Asumiendo previamente que dicha excusa absolutoria o causa personal de exclusión de la pena, contemplada en el artículo 208 del Código Penal, se encuentra sumergida en una indeterminación del derecho debida a defectos lógicos, concretamente, referida a una laguna axiológica, en razón a que el legislador solamente ha incluido bajo la cobertura de esta disposición normativa a los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, dejando de lado a otras modalidades delictivas del grupo de delitos contra el patrimonio tales como el robo, el abigeato, la receptación, el fraude

en la administración de personas jurídicas, la extorsión y la usurpación.

1.4.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan

A. Cualitativa

Tal como lo señalan Aranzamendi y Humpiri (2021), las principales características de una investigación cualitativa es que estas plantean innovaciones, es decir crean y desarrollan teorías, y significaciones normativas, ampliando o confirmando los conocimientos del sistema jurídico ya existente; además, este tipo de investigaciones hacen uso de argumentos de la situación problemática, específicamente cuando se interpreta, describe, explica y justifica un parecer (pp. 43, 45).

Bajo estos parámetros, esta investigación de acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan es de tipo cualitativa, en función a que el estudio se centra en una norma del sistema jurídico penal, esto es, en el artículo 208 del Código Penal peruano, que regula la excusa absolutoria o causa personal de exclusión de la pena; particularidad que permite describir y analizar categorías dogmático jurídicas o político criminales que giran en torno a esta norma, con el objeto de determinar los fundamentos jurídicos y político criminales para extender sus efectos a otros delitos contra el patrimonio.

1.5. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos y político-criminales que sustentan la extensión de la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano en los delitos contra el patrimonio son:

- A. La corrección de la indeterminación lógica infra inclusiva de la norma penal de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano.
- B. La garantía del principio de seguridad jurídica y de predictibilidad en la aplicación de las normas-reglas penales.
- C. La materialización del principio de la unidad familiar como directriz constitucional y razón subyacente de la excusa absolutoria.

1.6. COMPONENTES DE LA HIPÓTESIS

COMPONENTE 1: La corrección de la indeterminación lógica infra inclusiva de la norma penal de la excusa absoluta del artículo 208 del Código Penal peruano.

COMPONENTE 2: La garantía del principio de seguridad jurídica y de predictibilidad en la aplicación de las normas-reglas penales.

COMPONENTE 3: La materialización del principio de la unidad familiar como directriz constitucional y razón subyacente de la excusa absoluta.

1.7. VARIABLES

No es aplicable

1.8. OBJETIVOS

1.8.1. Objetivo general

Establecer los fundamentos jurídicos y político criminales que sustentan la extensión de la cobertura de la excusa absoluta del artículo 208 del Código Penal peruano en los delitos contra el patrimonio.

1.8.2. Objetivos específicos

- A. Identificar la razón subyacente que justifica la excusa absoluta en las modalidades delictivas previstas en el artículo 208 del Código Penal peruano.
- B. Establecer la relación de la directriz constitucional vinculada a la protección de la unidad familiar y su implicancia con los supuestos de exclusión de punibilidad del artículo 208 del Código Penal peruano.
- C. Establecer la fórmula de corrección de indeterminación lógica infra inclusiva de la norma penal de la excusa absoluta del artículo 208 del Código Penal peruano en las demás modalidades delictivas patrimoniales adscribibles a esta.
- D. Elaborar los lineamientos y una propuesta *de lege ferenda* que permita extender los efectos de exclusión de la punibilidad de la

excusa absolutoria regulada en el artículo 208 del Código Penal peruano, a otras modalidades delictivas patrimoniales.

1.9. ESTADO DE LA CUESTIÓN

De la indagación y revisión sistemática realizada, se han seleccionado trabajos a nivel internacional, nacional y local. Siendo estos, trabajos de fin de máster, artículos y trabajos de investigación, tesis de licenciatura y trabajos de suficiencia personal; los cuales serán de gran utilidad para identificar las distintas asunciones que se han sostenido sobre la denominada excusa absolutoria o causa personal de exclusión de la pena.

En ese sentido, partiendo desde el ámbito internacional, se resalta el trabajo fin de máster acceso a la abogacía, procedente de la Universidad Pública de Navarra - España, titulado “La excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal”, de la autoría de Olza (2014); donde este estudia la excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal español de 1995, como aquel tipo que permite la exclusión de la responsabilidad penal para el autor de delitos patrimoniales que ostente una relación de parentesco con las víctimas del mismo, siempre y cuando se haya llevado a cabo sin violencia ni intimidación; determinando así respecto a este artículo que:

No sólo su fundamentación, sino su propio tenor literal parecen anclados en una antigua relación familiar que poco o nada tiene que ver con la moderna familia que se descarrilla hoy en día en la sociedad española y con la relevancia que los delitos contra el patrimonio han adquirido en la actualidad. A ello se añade un más que obsoleto procedimiento, que deja casi sin protección penal a unas personas frente a la comisión de graves hechos delictivos, por el simple hecho de que les una con el autor del delito una relación de consanguinidad o afinidad... (p. 38)

Arribando al plano nacional, el primer antecedente se halla en el trabajo de investigación para optar el grado académico de bachiller en la carrera de derecho de la autora López (2020) titulado “Relación entre la impunidad y la excusa absolutoria en las disposiciones fiscales”, de la Facultad de Derecho y Ciencias Humanas de la Universidad Tecnológica del Perú, en la misma que se concluyó:

Se identificó los procedimientos que aplican la excusa absolutoria en las disposiciones fiscales generando impunidad a los sujetos activos

que son los familiares de la víctima, esto en delitos patrimoniales, al realizar este procedimiento se desprotege aquellas víctimas que son despojadas de su patrimonio al no encontrar una protección por parte de la justicia penal. (p. 19)

Siguiendo esta línea, se encuentra también la tesis para obtener el título profesional de abogado del autor Zuñiga (2018) titulada “Fijación de la cuantía en una remuneración mínima vital en los delitos cometidos entre familiares para la adecuada protección del patrimonio (Ferreñafe, 2016-2017)”, de la Facultad de Derecho de la Universidad César Vallejo, en la cual se concluyó que:

El factor determinante para que estos delitos contra el patrimonio entre familiares no sean sancionados penalmente, es porque el legislador ha tomado en cuenta mantener unido el vínculo familiar por encima del bien jurídico patrimonio...se ha llegado a la conclusión que las excusas absolutorias contenidas en el artículo 208 del Código Penal debe ser modificado en nuestro sistema penal, con el fin de asegurar la imposición de una sanción penal para aquellos familiares que cometan delitos contra el patrimonio de otro familiar, siempre y cuando supere la remuneración mínima vital del monto que ha sido afectado. (p. 72)

Continuando en el plano nacional, se halla la tesis para optar el título de abogado de Albino et al. (2020), titulada “La excusa absolutoria en los delitos patrimoniales en el distrito judicial de Huánuco, año 2018-2019”, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán, en la cual se determinó que:

la excusa absolutoria se aplica con poca frecuencia en los procesos seguidos en los delitos patrimoniales...la aplicación de la excusa absolutoria respeta el principio de última ratio del derecho penal. Toda vez que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos estrictamente necesarios, es decir, cuando el problema o conflicto social no pueda resolverse con los otros sistemas de control extrapenales...la aplicación de la excusa absolutoria influye positivamente en el descongestionamiento de la carga procesal. Toda vez que los procesos seguidos por aquellos supuestos que señala el artículo 208 del Código Penal se resuelve de manera oportuna y se obvia las etapas del proceso penal. (pp. 107-108)

Vistos tales antecedentes, en el plano local, se encuentra el trabajo de suficiencia profesional de García A. (2018) titulado “La excusa absolutoria en el Código Penal peruano Cajamarca, 2018”, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad San Pedro; en la cual, en sus

conclusiones, se identificó que en los casos en donde se aplica la excusa absolutoria existe:

bastante desprotección para aquellas víctimas que son despojadas de su patrimonio al no encontrar una protección por parte del ius puniendi...aprovechamiento por parte de los miembros de la familia a cometer faltas contra el patrimonio en contra de sus propios familiares ya que se ven protegidos por una excusa absolutoria tipificado en nuestro ordenamiento penal. (p.39)

Hechas tales salvedades, como se aprecia en los trabajos citados anteriormente, procedentes de universidades internacionales, nacionales y locales; se ha identificado que (Olza, 2014; López, 2020; Zuñiga, 2018; García A., 2018), toman partida por una posición contraria a la aplicación de la denominada excusa absolutoria o causa personal de exclusión de la pena; sustentando sus posiciones desde distintos enfoques y puntos de vista, tales como la desprotección que se causa a la víctima, al estar su autor exento de responsabilidad penal. En sentido contrario, se observa que autores como Albino et al. (2020), aprueban la invocación de la excusa absolutoria o causa personal de exclusión de la pena, respaldando su posición en el principio de última ratio como fundamento de la aplicación de excusa absolutoria.

Así, siendo conscientes de tal divergencia, y considerando que existen mayores posiciones doctrinarias contrarias a la invocación de la excusa absolutoria o causa personal de exclusión de la pena, en los casos en que las víctimas tengan relación de parentesco con el autor; es que, en el ámbito nacional, se hace necesaria la realización de una investigación innovadora en la que se admita la posibilidad de la aplicación de dicha institución y, junto con ello la inclusión de otras modalidades delictivas del grupo de delitos contra el patrimonio, determinando los fundamentos jurídicos y político criminales que sustenten dicha extensión de la cobertura de la excusa absolutoria hallada en el artículo 208 del Código Penal peruano.

1.10. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.10.1. Genéricos

A. Deductivo

En la doctrina se ha definido al método deductivo como “el proceso de razonamiento que parte de un marco general (que

sirve de referencia) para establecer verdades particulares, en otros términos, parte de proposiciones o premisas generales para deducir conclusiones específicas contenidas explícitamente en dicha situación general” (Aranzamendi y Humpiri, 2021, p. 35).

Partiendo del anterior alcance, en el presente trabajo investigativo, se aplicará el método deductivo en razón a que, para establecer los fundamentos jurídicos y político criminales que sustentan la extensión de la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal; es necesario partir de manera genérica del estudio dogmático referencial de ciertas categorías e instituciones de la teoría general del derecho y de la dogmática penal que giran en torno a dicha formulación, esto es, razón subyacente, indeterminación del derecho, defectos lógicos, excusa absolutoria o causa personal de exclusión de la pena, así como de los delitos contra el patrimonio contenidos en el título V del libro segundo del Código Penal peruano.

Estudio dogmático este, que permitirá deducir particularidades devenidas en la identificación de la razón subyacente que justifica dicha excusa absolutoria en las modalidades delictivas previstas en el artículo 208 del Código Penal, lo cual llevó al legislador a incluir solo los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, dentro de los efectos del artículo 208 del Código Penal, excluyendo así a otras modalidades delictivas del grupo de delitos contra el patrimonio, tales como el robo, el abigeato, la receptación, el fraude en la administración de personas jurídicas, la extorsión y la usurpación.

Hecho último que, además, va a posibilitar establecer una fórmula de corrección de indeterminación lógica infra inclusiva de la norma penal de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal en las demás modalidades delictivas patrimoniales adscribibles a esta.

B. Analítico

Según el entendimiento de Carruitero (2014) se efectúa un trabajo de análisis cuando se tiene que formar una opinión acerca de cada uno de los elementos que integran un todo jurídico, siendo que dicho estudio pormenorizado admite la posibilidad de obtener toda la información que cada uno de esos elementos proporciona (p. 124).

En el mismo entender Baena (2017) puntualiza que en el método analítico se parte del todo, para su disolución y descomposición en partes; en pocas palabras, la razón discierne dichas partes y formula de manera separada cada uno de sus elementos (p. 41).

Conforme a lo anterior, en este trabajo se ha optado por la utilización del método analítico, en virtud a que constituye una cuestión ineludible la descomposición en partes de cada categoría de análisis del tema a investigar; esto es, tanto de la denominada excusa absolutoria o causa personal de exclusión de la pena regulada en el artículo 208 del Código Penal peruano, así como de los delitos contra el patrimonio también establecidos en el Código Penal peruano, ello con la única finalidad de observar su naturaleza, alcance y contenido; lo cual permitirá alcanzar los objetivos planteados en el presente trabajo.

C. Sintético

Tal como lo señala Aranzamendi y Humpiri (2021) el método analítico se complementa con el método sintético ya que, este último encamina a efectuar estudios de lo simple a lo complejo, integrando los elementos de un todo mediante la reducción analítica presente en el objeto (p. 36).

Así, en el presente caso, luego de efectuar el respectivo análisis y la descomposición de cada una de las categorías a investigar -a saber, la excusa absolutoria o causa personal de exclusión de la pena, además de los delitos contra el patrimonio, regulados en el Código Penal peruano-corresponderá pues, unificar cada

uno de esos elementos para poder resolver el cuestionamiento principal de este trabajo y consecuentemente plantear una propuesta *de lege ferenda*, para una futura modificación de la ley penal que permita extender los efectos de exclusión de la punibilidad de la excusa absolutoria o causa personal de exclusión de la pena, regulada en el artículo 208 del Código Penal peruano, a otras modalidades delictivas.

D. Dialéctico

De acuerdo con Zenteno y Osorno (2015) el método dialéctico se orienta a la argumentación, discusión y a la capacidad de afrontar una oposición, es decir, este propone que todos los fenómenos sean estudiados en sus relaciones con otros y en su estado de continuo cambio, pues nada existe como un objeto aislado, ello en atención a que la vida comunitaria cambia constantemente.

Partiendo de tal premisa, la aplicación del método dialéctico se evidenciará al confrontar la razón subyacente que justifica la excusa absolutoria en las modalidades delictivas previstas en el artículo 208 del Código Penal, con cada una de las otras modalidades delictivas de los delitos contra el patrimonio no incluidas en la cobertura de dicho apartado. Generando con ello, el cuestionamiento y discusión sobre la posibilidad de ampliar los efectos de la mencionada excusa absolutoria o causa personal de exclusión de la pena.

1.10.2. Propios del derecho

A. Dogmática jurídica

Tal como lo señalan Fernández et al. (2015) en la dogmática jurídica se utilizan técnicas y herramientas documentales, mas no empíricas (p.18). Dicho ello, para Witker (1995, como se citó en Tantaleán, 2016), la dogmática constituye un método jurídico que se encarga de estudiar a fondo las instituciones jurídicas de

modo abstracto, permitiendo su estudio en sede únicamente teórica.

Dicho ello, es conveniente mencionar que, el presente es un estudio dogmático jurídico, debido a que gira en torno a una cuestión meramente teórica, la cual está orientada a establecer cuáles son los fundamentos jurídicos y político criminales que sustentan la extensión de la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano.

Trabajo que se logrará, precisamente, estudiando e interpretando la institución jurídica de la excusa absolutoria y los delitos comprometidos en esta, así como aquellas modalidades del grupo de delitos contra el patrimonio que no han sido incluidos en dicha excusa absolutoria, permitiendo con ello generar el cuestionamiento de si es posible extender sus efectos para una futura modificación de la ley penal.

B. Argumentación jurídica

El método de argumentación jurídica a consideración de Lara Chagoyán (2006, como se citó en Aranzamendi y Humpiri, 2021) privilegia la construcción del razonamiento jurídico a partir de la información, además que facilita al investigador desarrollar una actitud reflexiva y crítica, arribando a conclusiones razonables para justificar y considerar como válida su posición.

Sumado a lo anterior, conviene subrayar que “El proceso argumentativo se encuentra íntimamente relacionado con la interpretación normativa, porque se necesita comprender acabadamente el derecho, para luego encontrar criterios que fundamenten el razonamiento jurídico” (Garate, 2009, p.194).

En ese sentido, en la presente investigación, el método de argumentación jurídica es de indudable utilidad, toda vez que, permite coadyuvar a dotar de fuerza los argumentos empleados

en esta, mediante la utilización de la interpretación normativa devenida en los argumentos sistémico³ y teleológico⁴.

Concretamente, se utilizará el argumento sistémico de la armonización contextual⁵ en el sentido de que es propio armonizar o relacionar la excusa absolutoria hallada en el artículo 208 del Código Penal peruano, con el resto de delitos contra el patrimonio que no han sido incluidos bajo su cobertura, lo cual servirá para aclarar y complementar el contenido de esta; ello habiendo identificado que en dicha disposición normativa, existe una indeterminación debida a defectos lógicos, al haber decidido el legislador desplegar los efectos de tal excusa absolutoria solamente a los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños.

Siendo que, tal armonización o relación efectuada, permitirá encontrar una respuesta orientada a lograr el objetivo central del presente trabajo, devenido en establecer los fundamentos jurídicos y político criminales que sustentan la extensión de la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano, con la finalidad de justificar y considerar como válida dicha posición.

Por su parte, cobra sentido el argumento teleológico, por cuanto es necesario hallar el fin, propósito o justificación recaído en aquellas razones subyacentes que llevaron al legislador a incluir

³ Tal como lo ha señalado Zusman (2018) la interpretación sistémica es entendida como aquella que recurre a la totalidad de normas de un sistema jurídico para entender el significado de la ley, basándose en el principio de no contradicción de las normas con la finalidad de que estas se encuentren armonizadas entre sí para que el sistema funcione (p. 162). En ese sentido, MacCormick (2010) dentro de dicha interpretación sistémica, ha propuesto seis tipos de argumentos; entre los cuales, se encuentran al basado en la armonización contextual, en el precedente, en la analogía, en el argumento lógico-conceptual, en los principios generales del derecho y finalmente en el aspecto de la historia (p. 72).

⁴ El argumento interpretativo teleológico se refiere “al fin o propósito que se imputa a un fragmento de legislación sobre la presunción de que ha sido promulgado por una legislatura racional en un determinado contexto histórico” (MacCormick, 2010, p. 74).

⁵ Conforme a MacCormick (2010) el argumento de la armonización contextual como uno de los argumentos sistémicos “sostiene que, si una disposición legislativa pertenece a un esquema mayor, ya sea una ley o un conjunto de leyes relacionadas, debe ser interpretada a la luz de todo el esquema en el cual aparece” (p. 72).

dentro de la cobertura de la excusa absolutoria o causa personal de exclusión de la pena del artículo 208 del Código Penal peruano, solamente algunos delitos contra el patrimonio.

C. Hermenéutico jurídico

El método hermenéutico jurídico “hace referencia a la interpretación del derecho, tradicionalmente de la norma jurídica...” (Hernández J., 2019, p.45). Conforme a ello, Villabella (2009b) plantea que en el derecho este método es válido cuando es necesario precisar el objetivo de la norma jurídica, es decir comprender las motivaciones teleológicas de su creación (p. 944).

Partiendo de los anteriores alcances, en esta investigación se empleará el método hermenéutico jurídico, por cuanto para establecer los fundamentos jurídicos y político criminales que sustentan la extensión de la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano, es necesario previamente recurrir al análisis e interpretación de la disposición normativa antes mencionada, hallando precisamente la justificación o motivación teleológica de su creación o, lo que en términos prácticos sería la razón subyacente implícita en ella.

1.11. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.11.1. Técnicas

A. Análisis documental

Se utilizará esta técnica, pues se recurrirá a la consulta y exploración de textos y revistas jurídicas, susceptibles de análisis e interpretación; respecto de categorías e instituciones referentes a la excusa absolutoria o causa personal de exclusión de la pena, así como los delitos contra el patrimonio, establecidos en el Código Penal peruano. Información que será analizada mediante mecanismos de interpretación como los argumentos sistémicos y teleológicos que permitirán establecer los fundamentos jurídicos y político criminales que sustentan la

extensión de la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano.

B. Fichaje

El fichaje como técnica es imprescindible a efectos de recolectar información concerniente al estudio dogmático realizado por diversos doctrinarios en referencia a los delitos contra el patrimonio del Código Penal peruano, así como aquellos pronunciamientos doctrinarios que se hayan emitido acerca de la excusa absolutoria o causa personal de exclusión de la pena del artículo 208 del Código Penal peruano. Asimismo, aquella información referente al contenido y alcance de ciertos conceptos como la indeterminación del derecho y su tipología, así como distintas categorías normativas y razones subyacentes.

1.11.2. Instrumentos

A. Ficha Bibliográfica

Se empleará como instrumento la ficha bibliográfica, en virtud a que esta facilitará el registro pormenorizado de las distintas fuentes de información plasmada en textos y revistas jurídicas; lo cual coadyuvará al estudio de las categorías involucradas en esta investigación, tales como la excusa absolutoria o causa personal de exclusión de la pena, además de los delitos contra el patrimonio hallados en el Código Penal peruano.

1.12. UNIDADES DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN

La unidad de análisis corresponde a la disposición normativa prevista en el artículo 208 del Código Penal, a partir de cuya interpretación y aplicación de su razón subyacente se planteará una nueva propuesta extensiva, es decir, una propuesta *de lege ferenda* que permita extender los efectos de exclusión de la punibilidad de la excusa absolutoria regulada en el artículo 208 del Código Penal peruano, a otras modalidades delictivas patrimoniales.

1.13. UNIVERSO Y MUESTRA

No es aplicable

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. ASPECTOS IUS-FILOSÓFICOS

Antes de señalar el aspecto ius filosófico aplicable a la presente investigación, conviene mencionar de modo general que, la corriente ius filosófica del positivismo jurídico, se fundamenta en tres tesis esenciales, devenidas en la tesis de la separación conceptual, de las fuentes sociales y de la discreción judicial (Mora, 2010, p. 3).

Conforme a lo anterior, según Mora (2010), la tesis de la separación conceptual sostiene que no existe una conexión necesaria entre la validez jurídica y las exigencias de la moralidad; por su parte, en la segunda tesis a la que Hart denomina tesis de las fuentes sociales del derecho, se afirma que para que exista el derecho debe estar presente alguna práctica social; asimismo, en la tesis de la discreción judicial, se refiere que el derecho es parcialmente indeterminado, por cuanto en un sistema jurídico siempre habrá casos que no se encuentren regulados expresamente (pp. 3-4).

Así, a partir de las tesis precedentes que se adopten, surge el positivismo en su versión excluyente e incluyente, siendo los defensores de la primera versión Joseph Raz, Scott Shapiro y Andrei Marmor; mientras que, entre los destacados positivistas incluyentes se encuentra a Hart, Jules Coleman, Waluchow y Matthew Kramer (Einar, 2014, párr. 2).

En ese sentido, Fabra (2009) señala que el positivismo excluyente se basa en las tesis de las fuentes sociales o en las tesis de pedigrí, identificando al derecho como un hecho humano, sin recurrir a aspectos morales (p. 141). Por el contrario, el positivismo jurídico incluyente “surge, pues, como una versión del positivismo jurídico hartiano que busca responder a los ataques de Dworkin, consagrándose posteriormente como teoría, principalmente en el ámbito anglosajón” (Bautista, 2006, p. 9).

Siendo ello así, en el presente caso, cobra vital importancia la última vertiente mencionada, es decir, el positivismo jurídico incluyente, el cual, según Fabra (2009):

se caracteriza por sugerir que existen sistemas jurídicos cuyos criterios de validez incluyen normas morales, tales como los principios...el positivismo jurídico incluyente mantiene una afirmación modesta sobre la tesis de la separabilidad. Para el positivista incluyente es posible que existan sistemas jurídicos donde no se incluyen normas morales como criterios de juridicidad; sin embargo, no hay contradicción (y podemos seguir llamándonos positivistas) si pensamos que también es posible (pero no necesario) que la regla de reconocimiento incluya criterios morales. (pp. 143-144)

Bajo esta concepción, el aspecto ius filosófico que dará soporte a la presente investigación es el positivismo jurídico incluyente, pues, para poder establecer los fundamentos jurídicos (indeterminación lógica por infra inclusión) y político criminales (principio de unidad familiar) que sustentan la extensión de la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano en los delitos patrimoniales es necesario reconocer que el derecho es parcialmente indeterminado y que en él se incluyen principios o valores como criterios de validez jurídica.

Lo que va a permitir garantizar la seguridad jurídica⁶ en la aplicación de la normativa penal señalada *ut supra*, como presupuesto básico del positivismo incluyente, pues de acuerdo con Oliver (2009) la seguridad jurídica como criterio de valoración jurídica:

es un pilar fundamental del sistema penal...en efecto, los ciudadanos no podrían saber cuál es el Derecho vigente y calcular con un razonable grado de previsibilidad la valoración jurídico-penal de sus actuaciones, si las leyes penales que se promulgan no son claras, o no se publican, o presentan lagunas de punición, o son constantemente modificadas en el tiempo...el fundamento de las exigencias de publicidad de las leyes penales, de su claridad, de su irretroactividad, etc., se encuentra en la concepción subjetiva de la seguridad jurídica. (pp.195-196)

Además de ello, con la determinación de los fundamentos jurídicos y político criminales que darán sustento a la extensión de la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal, se garantizará también el cumplimiento del principio de predictibilidad del derecho como valor relevante

⁶ Para Oliver (2009), se concibe a la seguridad jurídica desde un enfoque subjetivo y objetivo, siendo el primero la exigencia de que los ciudadanos conozcan cuál es el Derecho vigente, para que puedan realizar conductas y planificar actuaciones con un mínimo de previsibilidad acerca de su valoración jurídica; en tanto que el enfoque objetivo constituye un presupuesto de la concepción subjetiva, ya que para materializar esta última, se deben cumplir ciertos requisitos mediante leyes claras que no contengan lagunas y con un cierto grado de inalterabilidad en el tiempo (pp. 183-184).

del positivismo incluyente, principio que de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional (2014), recaída en el Exp. N.º 03950-2012-PA/TC, constituye una manifestación del principio de seguridad jurídica, mismo que implica, además, la exigencia de coherencia como criterio de los órganos judiciales en cuanto se refiere a la interpretación y aplicación del derecho.

Ahora bien, vistas tales cuestiones, es conveniente precisar que en el derecho penal existen fundamentos ius filosóficos específicos relacionados con los fines de la pena. Pues, tal como lo señaló Sánchez de la Cruz (s.f.), los fines de la pena no se estudian exclusivamente en el marco del derecho penal, sino que atañen también al análisis de la filosofía en general, en la cual se encuentran las distintas concepciones que versan sobre el ser humano y la sociedad (párr. 3).

Siendo ello así, dichas concepciones se expresan en las denominadas teorías sobre los fines de la pena, entre las que se encuentra a la teoría absoluta⁷ o clásica, que abarca la doctrina de la retribución y expiación; asimismo, se halla la teoría relativa o también denominada teoría de la prevención, comprendiendo esta última a la prevención general⁸ y especial⁹, subdividiéndose, cada una de ellas, en una de tipo positiva y otro de tipo negativa; por último, se tiene a las teorías de la unión, que es una combinación de la teoría absoluta y relativa (Farfán, 2021, pp. 232-244).

Partiendo de esto último, es necesario prestar atención en la prevención general positiva y en la prevención especial positiva como subtipos de la prevención general y especial respectivamente; pues dichas categorías, constituyen el soporte principal sobre el cual descansan los fundamentos ius filosóficos específicos del derecho penal que serán aplicables a la presente investigación. Conforme a ello, Pérez (2012) refiere que:

⁷ Para Roxin (1994/1997) en la teoría de la retribución (teoría de la justicia, de la expiación), el fin de la pena está desvinculado de un efecto social, incluso, desde la antigüedad, se la relacionaba con el viejo principio del Talió: ojo por ojo, diente por diente; entendiéndose además que, en esta teoría, la pena debe ser justa, implicando que se retribuya en su duración e intensidad con la gravedad del delito (pp. 81-82).

⁸ Para García P. (2012) la prevención general se refiere a la función de motivación del derecho penal, en el sentido de que esta se encuentra dirigida a todos los ciudadanos (p. 86).

⁹ En consonancia con García P. (2012) la prevención especial parte de un efecto de motivación de la pena, dirigida al delincuente en concreto, mas no a la colectividad, siendo su objetivo principal evitar futuros delitos (p. 91).

En la prevención general positiva se busca dejar en claro que al cometer conductas criminales, los transgresores serán sancionados, cumpliendo con ello, una función de motivación para el resto de la sociedad; en otras palabras, se trata de confirmar que la norma se aplica y que las reglas sociales tienen plena vigencia y, por ende, serán cumplidos los fines sociales...la prevención especial en su modalidad positiva, tiene como finalidad el lograr que el sujeto que ha vulnerado la norma criminal se reinserte a la sociedad, esto es, que se convierta nuevamente en un ser de provecho para el grupo social, por ello, la pena impuesta debe tender al logro de ese objetivo. (p. 3-4)

Conforme a lo anterior, en este trabajo, en cuanto a fundamentos ius filosóficos específicos se refiere, se ha de tener en cuenta el de la prevención general positiva y de la prevención especial positiva; y es que, si se va a analizar la posibilidad de que el juicio de necesidad de la pena (propio del nivel analítico de la punibilidad) en los delitos contra el patrimonio, circunscrito hoy a los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños según la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano, pueda ampliarse a otras modalidades delictivas de este grupo de delitos; ello solo será posible teniendo en cuenta en qué medida dicha ampliación propenda y asegure los fines de confirmación y resocialización que encarnan aquellos fundamentos ius filosóficos específicos.

2.1. PUNIBILIDAD Y TEORÍA DEL DELITO

A lo largo del tiempo, en la doctrina jurídica ha existido una extensa divergencia en cuanto a los niveles analíticos como partes integrantes de la teoría general del delito y al contenido sustancial de estos. En esa línea, como lo ha referido Zaffaroni (1981), una de las principales manifestaciones que se realizó sobre ello, es el sistema clásico de Liszt-Beling, consistente en que el delito alcanzaba una división tripartita, recaída en la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; sistema que fue arduamente criticado por Welzel, el cual se negaba a aceptar dicha clasificación (p. 32).

Conforme a ello, en la actualidad, no dejan de subsistir abundantes críticas a dicho sistema clásico del delito. Así, lo sostiene Roxin (1994/1997) para quien en la moderna dogmática del derecho penal, toda conducta punible es continente de una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple en algunos

casos, otros eventuales presupuestos de punibilidad, resumidos en un cuarto elemento denominado punibilidad (p. 193).

En igual sentido, Muñoz y García (2010), refieren que para que un hecho sea considerado delito concurren además de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, otros elementos o presupuestos denominados condiciones objetivas de punibilidad, los mismos que, según dichos autores, se constituyen también en un elemento autónomo de la teoría general del delito, al que se llama penalidad o punibilidad; aunque, a diferencia de los otros niveles analíticos, sólo se plantea en algunos casos concretos (pp. 204-205).

Asimismo, otro de los autores que se suma a considerar a la punibilidad dentro de los niveles analíticos del delito es Meini (2015), para quien "todo delito cometido conduce a la sanción de su responsable, pero en algunas ocasiones concurren circunstancias que impiden la aplicación de la sanción sin que ello signifique negar el delito" (p. 46).

No obstante, contrario a la posición que incluye a la punibilidad como cuarto elemento del delito, Soler (1992), indica que es incorrecto someter a la punibilidad dentro de la definición del delito pues esta solo es el resultado de la concurrencia de todos los demás elementos, por lo que el delito solamente se constituye en una acción típica, antijurídica y culpable; en ese sentido, la punibilidad no guarda la relación que tales elementos mantienen entre sí (p. 276).

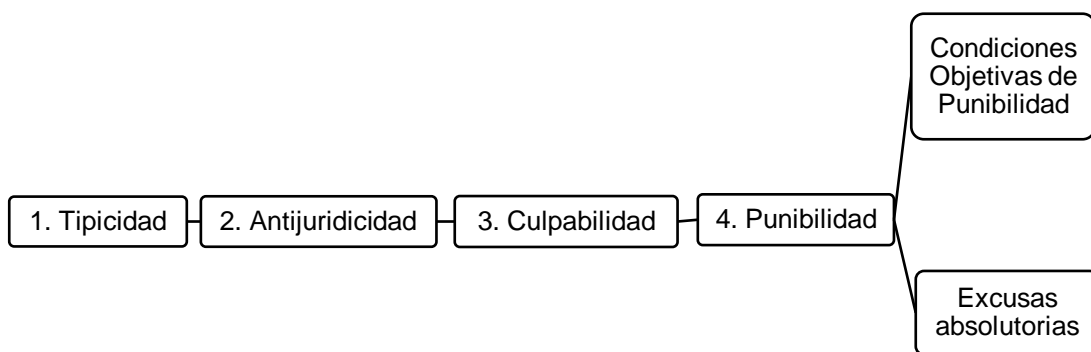
Vistas tales posiciones, en este trabajo, se asume lo sostenido por la doctrina mayoritaria, la cual acoge a la punibilidad como cuarto nivel analítico del delito. Siendo necesario, además, tener en cuenta lo dicho por Bramont-Arias (2002), para quien cada elemento "es un pre-requisito del siguiente" (p. 131), por tanto, para calificar una conducta como delito, es necesario seguir un estricto orden sucesorio, es decir, primero se analiza la tipicidad, luego la antijuridicidad, seguido de la culpabilidad y por último se examina si existe la posibilidad de incluir a la punibilidad, ya que esta solo se presenta en algunos supuestos penales concretos.

Hecha tal salvedad, para mayor entendimiento, a continuación, se observa la Ilustración 1, que resume los elementos conformantes de la teoría general del

delito. Ello partiendo de lo señalado por (Roxin, 1994/1997; Muñoz y García, 2010; Meini, 2015; Bramont-Arias, 2002), quienes afirman que dichos niveles serían la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, considerando que este último elemento solo se presenta en algunos supuestos penales concretos y teniendo en cuenta que cada nivel debe seguir un orden estricto.

Ilustración 1

Niveles analíticos del delito



Nota: Elaboración propia.

En consonancia con lo anterior conviene, en lo sucesivo, desarrollar el contenido de cada uno de los niveles analíticos señalados, lo cual servirá de referencia al momento de realizar el análisis dogmático de los delitos contra el patrimonio tipificados en el título V del libro segundo del Código Penal peruano, tanto los que se encuentran bajo la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano, como los que no se hallan comprometidos en ella.

2.1.1. Tipicidad

Siguiendo un orden correlativo, el primer nivel analítico del delito está constituido por la tipicidad, cuya definición muchas veces ha sido confundida con la noción que se le atribuye al tipo. Al respecto, Castellanos (1975, como se citó en Márquez, 2006) revela que el tipo es la creación legislativa mediante la cual se describe y plasma una conducta en los preceptos penales, mientras que la tipicidad deviene en la adecuación de dicha conducta a la descripción legal formulada en

abstracto. De la misma forma Islas (1991, como se citó en Márquez, 2006) plantea que la tipicidad es la adecuación de la conducta contraria a derecho al tipo legal, en tanto que el tipo es la descripción que hace el legislador de dicha conducta para la protección de bienes jurídicos.

Sobre la base de tal diferenciación, conviene traer a colación lo dicho por Caro (2014), quien puntualiza de forma concreta que, en la tipicidad "se verifica si la conducta es subsumible (o sea, si es 'típica') en un precepto (tipo) del Código penal" (p. 30). De igual manera Rodríguez y otros (2012), revelan que la tipicidad como primer nivel analítico del delito es el encuadramiento que se hace de la conducta ilícita al precepto penal a través de la comprobación de la coincidencia de dicho hecho cometido con la descripción teórica o abstracta de este último, que es presupuesto de la pena contenida en la ley (p. 56).

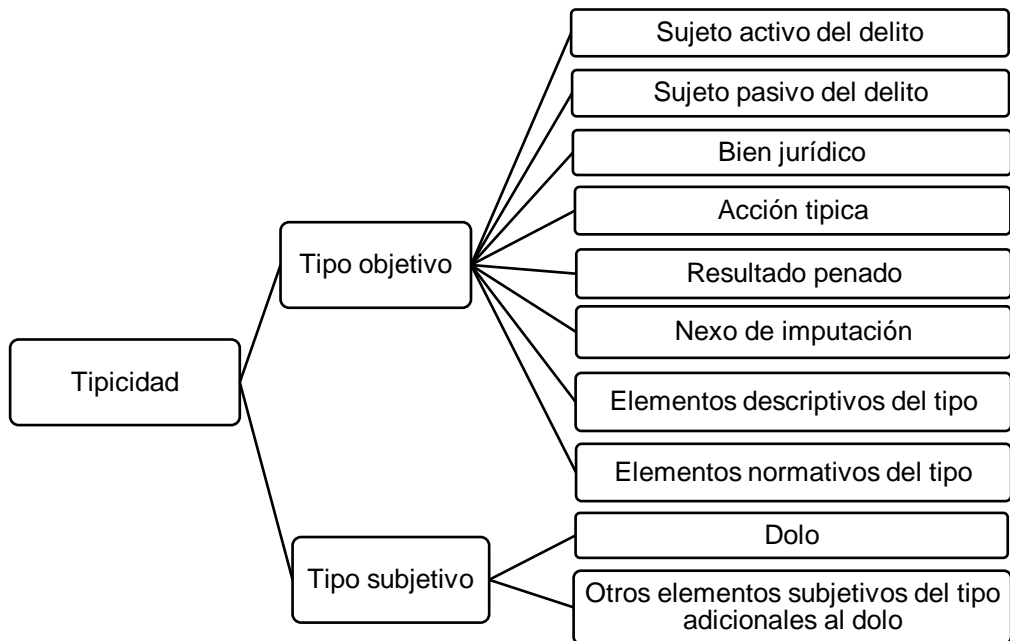
Bajo estos parámetros, para ilustrar mejor la distinción entre tipo y tipicidad, es pertinente indicar, a modo de ejemplo, el supuesto en el que una persona, tras coger con fuerza a otra por el cuello y reducirla, le arrebató la suma de S/ 35 000 que llevaba en una mochila cuando transitaba durante la noche por la calle de una ciudad, para luego huir del lugar; que ha de confrontarse con la hipótesis incluida en el artículo 188 del Código Penal que describe: "El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física..."; concordada con la contenida en el numeral 2 del artículo 189 del mismo cuerpo normativo que exige que se realice: "Durante la noche", que constituye el tipo penal del delito de Robo agravado.

Así, con lo anterior, habrá tipicidad al verificarse una perfecta coincidencia del hecho producido en la realidad con el tipo penal, en función a que en aquél se presentan todos y cada uno de los elementos que en éste se exigen.

En esa línea, se hace necesario observar la ilustración 2, que compendia la subdivisión de tales elementos que, respecto a la tipicidad, elabora Roxin (1994/1997), para quien dentro de dicho nivel se halla la separación del tipo objetivo y subjetivo (pp. 303-307).

Ilustración 2

Estructura de la tipicidad



Nota: Elaboración propia.

Luego, teniendo como base tal clasificación, es pertinente que, en las siguientes líneas y de modo general, se delimite brevemente la significación de las categorías mencionadas anteriormente como elementos conformantes del tipo, lo cual coadyuvará a clarificar el panorama respecto al trabajo que se realiza para lograr el encuadramiento de una conducta a un tipo penal concreto, hecho que, sin duda alguna, constituirá un soporte esencial al momento de efectuar el análisis dogmático de cada delito contra el patrimonio establecido en el CP peruano.

A. Tipo objetivo

Como se ha mencionado en líneas anteriores, la tipicidad, se compone de un tipo objetivo y un tipo subjetivo. Siendo necesario

ocuparse primero del tipo objetivo, el cual, a consideración de Roxin (1997), incluye el análisis del sujeto activo y pasivo del delito, del bien jurídico, de la acción típica, del resultado penado, del nexo de imputación y de los elementos descriptivos y normativos del tipo (pp. 304-305).

De igual manera, Bramont-Arias (1996), sostiene que el tipo objetivo se encuentra estructurado por el sujeto activo y pasivo, el bien jurídico, la acción y resultado, la relación causal, además de los elementos descriptivos y normativos (pp. 191-192).

a. Sujeto activo

Conforme lo ha señalado Peña Cabrera (2011), sujeto activo “es quien realiza la acción típica, en cuanto descripción formal del tipo penal, quien configura el tipo legal de común idea con los alcances normativos del injusto en cuestión...” (p. 527). Es decir, se constituye en aquella persona que comete el delito, siendo concretamente identificable en la parte especial del Código Penal peruano, mediante el empleo de los términos “el que” al comienzo de la redacción del tipo penal.

Sin embargo, es oportuno traer a colación lo planteado por Hurtado (2005), el cual advierte que, en el caso de las mujeres como sujetos activos del delito, se debería emplear el término 'quien', en tanto que para los hombres se podría utilizar la expresión 'el que'; pues, pocas son las disposiciones que prevén como ejecutantes del delito solo a hombres o solo a mujeres, estableciendo como ejemplo el delito de infanticidio, tipificado en el artículo 110¹⁰ del CP peruano, en el que únicamente puede ser sujeto activo la madre, siendo el tercero interviniente, autor de homicidio o cómplice secundario (p. 412).

¹⁰ Artículo 110 del CP peruano: "La madre que mata a su hijo durante el parto o bajo la influencia del estado puerperal, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

En ese entendido, Cornejo (2015) arguye que el concepto del sujeto activo como autor del delito, tiene dos presupuestos recaídos en la personalidad¹¹ y la capacidad¹², ello en atención a que en el derecho penal solo se considera como imputable a los sujetos capaces (p. 158).

Conforme a esto último, Rodríguez y otros (2012), agregan que, en el Código penal, existen algunos delitos especiales que circunscriben como sujeto activo solo a aquellas personas que reúnen ciertas y determinadas cualidades (p. 59).

Así, en este último caso, sirva como ejemplo el tipo penal de allanamiento ilegal de domicilio previsto en el art. 160¹³ del CP peruano, que contempla como sujeto activo a aquel funcionario o servidor público que realice la acción típica descrita, apreciándose de ahí que, en dicho delito especial, solamente se considera de manera específica como agente a aquella persona que reúna tales condiciones propias requeridas (funcionario o servidor público).

b. Sujeto pasivo

Tal como lo indica Peña y Almanza (2010) "es el titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro" (p. 74). Conforme a ello, Donna (1995), establece que el sujeto pasivo del delito "puede ser un individuo, una persona jurídica, o el mismo Estado" (p. 86). De la misma manera, Mir Puig (2008), señala que la persona natural, los incapaces, la sociedad, la persona jurídica y el Estado son sujetos pasivos del delito (p. 221).

En igual sentido, Fontan (1998), plantea que tanto personas naturales como jurídicas pueden ser sujetos pasivos del delito

¹¹ Para Peña y Almanza (2010), personalidad es una condición o aptitud legal que otorga el ordenamiento jurídico a una persona para ser titular de derechos y deberes (p.78).

¹² Según Peña y Almanza (2010), la capacidad parte de la personalidad, siendo la medida de la aptitud legal que otorga la personalidad (p. 78).

¹³ El artículo 160 del CP peruano, contempla: "El funcionario o servidor público que allana un domicilio, sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determina, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 3" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

mientras estas sean titulares de bienes jurídicos, sin embargo, agrega que, los muertos o los animales no pueden tener dicha condición, pues los animales son considerados como objetos materiales y no como titulares de bienes jurídicos como sucede, por ejemplo, en el caso del hurto de ganado (p. 186).

Además de lo anterior, conviene subrayar que la delimitación del sujeto pasivo es de vital importancia, pues, de ello depende la impunidad o no del autor -por ejemplo, en el caso de las excusas absolutorias- e incluso la posibilidad de atenuar o agravar la pena como en el caso del delito de parricidio establecido en el artículo 107¹⁴ del CP peruano, además de que se brinde el consentimiento como sucede en el caso del numeral 10 del artículo 20¹⁵ del mismo cuerpo normativo (Bramont-Arias, 2002, p.180).

Ahora bien, Bramont-Arias (2002), afirma que debe diferenciarse entre sujeto pasivo de la acción y sujeto pasivo del delito, pues, estos no necesariamente coinciden, ya que el primero es la persona que recibe directamente la acción u omisión típica realizada por el agente, en tanto que el sujeto pasivo del delito es el titular del interés o del bien jurídico protegido; diferenciación que es notoria en el caso de la estafa en el que el sujeto pasivo de la acción es la persona engañada, y el sujeto pasivo del delito es la que recibe el perjuicio patrimonial (p. 179).

Asimismo, Mir Puig (2008), refiere que debe distinguirse entre sujeto pasivo y perjudicado, ya que estos conceptos tampoco coinciden, pues el perjudicado no solo abarca al titular del interés lesionado, sino también a todos aquellos que soportan las consecuencias perjudiciales más o menos directas; supuesto

¹⁴ El delito de parricidio instituido en el artículo 107 del CP peruano refiere: "El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años..." (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

¹⁵ El numeral 2 del artículo 20 del CP peruano señala que está exento de responsabilidad penal "10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

que se presenta en el caso del homicidio en el que la víctima es el sujeto pasivo y sus familiares son los perjudicados (p. 220).

Siendo que, el término perjudicado es utilizado en el ámbito procesal penal para identificar a las personas que resultan afectadas con las consecuencias del delito, sin embargo, realizar dicha precisión de la noción de perjudicado y su distinción con el sujeto pasivo del delito es relevante, puesto que, en algunos supuestos penales concretos, puede presentarse una coincidencia entre el sujeto pasivo del delito, de la acción y el perjudicado; como sucede, por ejemplo, en el delito de lesiones, en el que la persona que recibe la acción típica de lesionar, es también el titular del bien jurídico integridad física como sujeto pasivo del delito y, a su vez, puede ser el perjudicado al sufrir las consecuencias del delito, si es que dichas lesiones le impiden trabajar.

En resumen y para mejor entendimiento de la diferenciación existente entre sujeto pasivo del delito, sujeto pasivo de la acción y perjudicado y en base a lo sostenido por (Bramont-Arias, 2002; Mir Puig, 2008), se aprecia la Tabla 1:

Tabla 1

Confrontación del sujeto pasivo del delito, sujeto pasivo de la acción y perjudicado

Sujeto pasivo del delito	Sujeto pasivo de la acción	Perjudicado
Titular del bien jurídico protegido	Persona que recibe directamente la acción u omisión típica realizada por el sujeto activo	No solo abarca al titular del bien jurídico protegido, sino también a todos aquellos que soportan las consecuencias perjudiciales más o menos directas

Nota: Elaboración propia.

c. Bien jurídico protegido

De acuerdo a Rodríguez y otros (2012), son bienes jurídicos aquellos intereses relevantes de la sociedad que merecen la protección del derecho penal en el marco del principio de mínima intervención, protegiendo de esa manera solo a aquellos bienes jurídicos esenciales, a través de la dación de normas penales que reprimen las conductas típicas que lesionan dichos intereses (p. 59). Conforme a ello, Muñoz y García (2010) establecen que existen bienes jurídicos individuales y bienes jurídicos colectivos, siendo los primeros, aquellos que afectan directamente a la persona individual, en tanto que los segundos afectan más a la sociedad (p. 59).

Así, para ejemplificar, en el delito de homicidio simple, establecido en el artículo 106¹⁶ del CP peruano, se tiene como bien jurídico individual protegido a la vida humana del sujeto pasivo, en tanto que un bien jurídico colectivo sería la salud pública protegida en el artículo 289¹⁷ del CP peruano, referido a la propagación de enfermedades peligrosas o contagiosas.

Partiendo de ello, Martínez y otros (2012), refieren que la determinación del bien jurídico protegido es de vital importancia a efectos de clasificar los delitos en función a la mayor o menor relevancia de los intereses jurídicos que protegen y a establecer la pena que le corresponde a cada delito (p. 83). Es decir, el establecimiento de los bienes jurídicos "facilita la clasificación de los delitos en la parte especial del Código Penal". (Hurtado, 2005, p. 405).

¹⁶ El delito de homicidio simple instaurado en el artículo 106 del CP peruano indica: "El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

¹⁷ El tipo penal de propagación de enfermedades peligrosas o contagiosas establecido en el artículo 289 del CP peruano refiere: "El que, a sabiendas, propaga una enfermedad peligrosa o contagiosa para la salud de las personas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años. Si resultan lesiones graves o muerte y el agente pudo prever estos resultados, la pena será no menor de diez ni mayor de veinte años" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

Así, según Villa (2014), una primera clasificación sería de acuerdo a su afectación, ya que si el tipo requiere el daño del bien jurídico protegido se tratará de delitos de lesión¹⁸, en tanto que el tipo será de peligro cuando este se consuma sin la necesidad de menoscabar el bien jurídico bastando para su realización su sola puesta en peligro, estando comprendidos dentro de esta última clasificación los tipos de peligro abstracto¹⁹ en los cuales no se exige un peligro específico y los tipos de peligro concreto²⁰, en donde la conducta descrita pone efectivamente en riesgo el bien jurídico protegido (pp. 285-286).

Por otro lado, de la connotación del bien jurídico también dependerá la clasificación de los tipos penales en simples y compuestos; siendo los primeros, aquellos en los cuales la protección recae en un solo bien jurídico, como en el delito de hurto²¹ que resguarda al patrimonio; a diferencia de los compuestos que tutelan paralelamente varios bienes jurídicos, como en el caso del delito de robo²² que protege a la integridad física y el patrimonio (Rodríguez y otros, 2012, p. 58).

¹⁸ Baste como muestra, el delito de homicidio simple, estatuido en el artículo 106 del CP peruano, el cual señala: "El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

¹⁹ Así, una muestra de un tipo de peligro abstracto lo es el artículo 273 del CP peruano, referido a al peligro por medio de incendio o explosión, en el que se establece que: "El que crea un peligro común para las personas o los bienes mediante incendio, explosión o liberando cualquier clase de energía, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de diez años" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

²⁰ Un ejemplo de un tipo penal de peligro concreto lo constituye el del artículo 126 del CP peruano, alusivo a la omisión de socorro y exposición al peligro, que a la letra dice: "El que omita prestar socorro a una persona que ha herido o incapacitado, poniendo en peligro su vida o su salud, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

²¹ "Artículo 185.-Hurto Simple: El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años..." (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

²² "Artículo 188.-Robo: El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

d. Acción

Tradicionalmente, en doctrina del derecho penal ha existido una disyuntiva respecto a si la acción típica debe ser independiente a los demás niveles analíticos del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad), o si en su caso debe ser solamente un elemento conformante del tipo objetivo como parte de la tipicidad. De acuerdo a ello, Roxin (1994/1997), indica que para efectos de evaluación, la acción típica se encuentra dentro de la estructura y contenido del tipo objetivo (p. 304).

Vista tal cuestión, cabe recalcar que para poder definir concretamente a la acción típica y señalar la posición dominante en la actualidad, es necesario que a continuación se observe la Tabla 2, en la cual se recoge una recapitulación realizada por Meini (2015), en cuanto a las corrientes de pensamiento que se han formulado en función al comportamiento típico:

Tabla 2

Transformación del concepto de acción típica

Sustento					
Cpto. causal de acción	Cpto. final de acción	Cpto. social de acción	Cpto. negativo de acción	Cpto. personal de acción	
Causal natural	Causal valorativo	Sugerido por Höningwald	Sugerido por E. Schmidt.	Sugerido por Herzberg. La acción es	Sugerido por Rudolphi, Kaufmann y Roxin. La acción es una expresión de la personalidad
Importaba la voluntad del sujeto, y no lo que él deseaba.	La omisión no era una simple inacción, sino es la realización de un acto distinto al esperado.	Hartman, y Welzel. La acción humana estaba dirigida voluntariamente a causar un resultado.	La acción penal vincula al sujeto con la sociedad.	causar un resultado individualmente evitable.	.
Crítica					
No hablaba sobre la omisión.	En la omisión el resultado seguía siendo causado por un comportamiento distinto al omisivo.	No diferenciaba entre dolo eventual y culpa consciente y en la omisión final concurría solo el aspecto cognitivo y no la voluntad.	No diferencia los actos penalmente relevantes de los irrelevantes.	Si la posición de garante fuese un elemento de la acción, esta debería exigirse no solo en la omisión impropia, sino también en la omisión pura.	Podía distraer la necesaria interpretación que de ella hace la sociedad.

Nota: Elaboración propia.

Partiendo de las concepciones dadas, Gálvez y Rojas (2017) mantienen la posición de que el concepto personal de acción sostenido por Roxin es el más acertado, ello en función a que la acción, en cuanto manifestación de la personalidad, es todo lo que se puede atribuir a un sujeto como centro anímico-espiritual, lo cual falta en los casos en los que se parte únicamente de la esfera corporal del hombre (pp. 186-187).

Este concepto personal de acción es propio de la teoría funcionalista moderada, caracterizada por reconocer como niveles analíticos del delito a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, pero con una orientación político criminal, es decir que la imputación de un resultado obedece a la realización de un peligro en el marco del fin de protección de la norma (Almanza, 2014, p. 22).

Contrario a lo anterior Bramont-Arias (1996), sostiene que el concepto de acción más conveniente es el punto de vista finalista, el cual se basa en que la acción típica está orientada a un fin, considerándola en ese sentido como el núcleo del tipo y definida por un verbo rector, sea esta una acción u omisión siempre que esté orientada a lograr una finalidad (p. 191).

Bajo este panorama, de la anterior discusión doctrinal, García P. (2022) refiere que "el sistema dogmático orientado a finalidades político-criminales constituye la posición predominante" (p. 326), el cual no está exento de diversas críticas, pues, también García P. (2022) señala que existe gran debate en torno al funcionalismo sostenido por Roxin, ya que en el marco de dicho sistema dogmático no se ha podido realizar una profunda labor de normativización teleológica (p. 326).

Llegados a este punto, conviene subrayar que el Código Penal peruano adopta la teoría del finalismo, ya que para que se atribuya responsabilidad penal a una persona, no solo se

necesita la concurrencia de elementos objetivos, sino también de elementos subjetivos, exigiéndose por tanto que el sujeto activo haya conocido su comportamiento y lo haya desplegado.

Es decir, se entiende a la acción típica como un ejercicio de actividad final y no como un mero evento objetivo del sujeto activo, motivo por el cual el dolo se analiza como parte del tipo subjetivo, a diferencia de la teoría causalista en la que el dolo se analizaba en la culpabilidad.

Así, muestra de que el CP peruano es de corte finalista, es el artículo VII de su título preliminar, el cual señala que: "La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

Sumado a lo anterior, en algunos delitos, como el hurto tipificado en el artículo 185²³ del CP peruano, cuyo análisis dogmático se realizará más adelante, se aprecia que para establecer la imputación penal del autor, a nivel del tipo, no basta la concurrencia de elementos objetivos sino también de elementos subjetivos adicionales y diferentes al dolo, a saber uno de tendencia interna trascendente, como el *animus lucrandi*.

De otro lado, es importante mencionar que, no solo se habla de una acción o conducta típicamente relevante, sino que, también, se habla de conductas omisivas; es decir, que "la conducta que sirve de base a la norma penal y que esta regula puede consistir, pues, tanto en un hacer, como en un no hacer" (Muñoz y García, 2010, p. 237). Siendo que, lo que se reprime en este tipo de delitos omisivos es la no realización de la acción.

23 Artículo 185 del CP peruano: "El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años..." (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

Con arreglo a lo anterior, existen dos tipos de omisión, siendo estos la omisión simple u omisión propia²⁴ y la omisión impropia o comisión por omisión²⁵. En la primera, queda lesionada la norma imperativa que exige que el agente realice una acción para evitar la lesión de un bien jurídico, no siendo necesario un resultado; a diferencia de la omisión impropia o comisión por omisión, en la que el agente se abstiene de realizar una acción que se esperaba que hiciese por estar obligado, por tener el deber de garante, exigiendo aquí un resultado (Mezger, 1958, p. 105).

e. Resultado

A lo largo del tiempo, el resultado al igual que el concepto de acción, ha tenido diversas acepciones, surgiendo de allí una gran discusión sobre cuál debería ser su definición en el marco de la teoría del delito. Por lo que, en la siguiente Tabla 4, se recoge la síntesis realizada por Alpízar (2017), en función a las tres principales acepciones que se han formulado sobre el resultado, siendo estas la acción exterior o realización del tipo, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico y el resultado como efecto separable de la acción, conjuntamente con las numerosas críticas que sobre ellas se han dado:

²⁴ Un ejemplo de omisión simple u omisión propia sería la omisión de auxilio o aviso a la autoridad, tipificada en el artículo 127 del CP peruano: "El que encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro y omite prestarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o de tercero o se abstiene de dar aviso a la autoridad, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año o con treinta a ciento veinte días-multa" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991)

²⁵ Un ejemplo de omisión impropia o comisión por omisión sería la exposición peligrosa tipificada en el artículo 125 del CP peruano, por apreciarse el deber de garante: "El que expone a peligro de muerte o de grave e inminente daño a la salud... a un menor de edad o a una persona incapaz de valerse por sí misma que estén legalmente bajo su protección o que se hallen de hecho bajo su cuidado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

Tabla 3*Concepciones sobre resultado*

Sustento		
La acción exterior o realización del tipo	La lesión o puesta en peligro del bien jurídico	El resultado como efecto separable de la acción
La sola acción era un suceso que alteraba el mundo exterior, por lo que todos los delitos eran de resultado y se consideraba al resultado como parte de la acción.	Solo pueden ser sancionadas como delito las conductas que tengan como resultado la afectación a bienes jurídicos.	Se separa la acción del resultado. Se enfatiza en la necesidad de que el resultado sea exigido por el tipo.
Crítica		
No todos los resultados llegan a tener importancia para el derecho penal. Habían problemas en los delitos de omisión para demostrar la modificación causal del mundo exterior.	Existía confusión en diferenciar los delitos de resultado y de mera actividad, al considerar el resultado como algo común a todos los tipos penales.	Se criticaba que podía considerarse el resultado solo como efecto de la conducta sobre el objeto de la acción, lo cual no sería correcto, pues en los delitos sin objeto del hecho también se da un resultado que es separable de la acción típica.

Nota: Elaboración propia.

Conforme a los anteriores alcances, se podría sostener que la concepción más adecuada es la referida a concebir el resultado como efecto separable de la acción y no como parte integrante de esta. Así, lo ha afirmado Alpizar (2017), quien sostiene que entre las tres acepciones que se han dado sobre resultado, la de mayor relevancia práctica y de mayor aceptación doctrinaria es aquella que separa el resultado de la acción, pues, dentro de tal definición se destaca la relevancia típica de este para la

consumación además de la relación causal que las une junto con la imputación objetiva (p. 8).

En igual sentido, Muñoz (1999) manifiesta que el resultado ya no se considera dentro de la acción, ya que adquiere gran importancia la separación existente entre los delitos de mera actividad y de resultado, además de que en algunos supuestos puede que el resultado no se produzca y que la acción solo se sancione a título de tentativa (p. 17).

Conforme a lo anterior, no está demás señalar, de manera breve, la diferenciación existente entre los delitos de mera o simple actividad y los delitos de resultado, pues, según Villavicencio (2019) "la exigencia de un resultado separado de la conducta del autor es el criterio que permite distinguir los delitos de mera actividad de los delitos de resultado" (p. 68).

Siendo ello así, la distinción radica en que los delitos de simple o mera actividad se consuman con la realización de la acción u omisión sin ser necesario que concurra un resultado, mientras que en los delitos de resultado existe como tal una consecuencia derivada de la conducta del autor (Villavicencio, 2019, pp. 68-69).

Para ilustrar mejor, se podría decir que el delito de estafa establecido en el artículo 196²⁶ del CP peruano, es un delito de resultado, ya que en este se exige la producción de un menoscabo en el bien jurídico con la disposición patrimonial, como una consecuencia derivada de la acción típica de inducir a error mediante engaño, astucia ardid u otra forma fraudulenta.

²⁶ El delito de estafa contemplado en el artículo 196 del CP peruano indica: "El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

Por su parte, el delito de hurto de uso²⁷ sería un delito de mera actividad, pues, la sustracción se constituye, simultáneamente, en la acción y el resultado, sin que por ello exista una separación espacio temporal entre estos; análisis dogmático de dicho tipo penal que será realizado más adelante.

f. Nexos de causalidad

Como bien se conoce, toda acción típica trae como consecuencia lógica la producción de un resultado penalmente relevante, existiendo de allí una relación entre estos presupuestos, a la que se conoce como nexo de causalidad y que se encuentra considerada como presupuesto del tipo objetivo (Hurtado, 2005, p. 420).

Siendo conscientes de ello, se sostiene, por tanto, que los tópicos referidos a la acción y resultado no pueden presentarse inarticuladamente, sino que deben estar vinculados de manera objetiva mediante el llamado nexo de causalidad (García P., 2012, como se citó en Beling, 1944).

Ahora bien, en el ítem anterior, en el marco del resultado como presupuesto integrante del tipo objetivo, ya se indicó la diferencia existente entre los delitos de resultado y de mera actividad. Diferenciación que, en estas líneas también es importante, puesto que, el nexo de causalidad, solamente reviste de importancia en los delitos de resultado²⁸, sean estos de lesión o de peligro, mas no en los tipos penales de mera actividad.

Lo anterior, ha sido esclarecido por Bacigalupo (1999a), para quien en los delitos de mera actividad no se exige una relación causal entre acción y resultado, ya que este último no se

²⁷ El delito de hurto de uso se encuentra tipificado en el artículo 187 del CP peruano, el cual indica: "El que sustrae un bien mueble ajeno con el fin de hacer uso momentáneo y lo devuelve será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

²⁸ Para Roxin (1994/1997), los delitos de resultado son "aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor" (p. 328).

presenta; a diferencia de los delitos de resultado, en los que al derivarse una consecuencia concreta, se exige la comprobación de que tal resultado típico se halle en una relación respecto a la acción típica (p. 255).

Así, por ejemplo el delito de robo²⁹, siendo un delito de lesión exige una conexión o relación causal entre la acción típica de sustracción del bien mueble mediante violencia o amenaza contra la persona y el resultado de apoderamiento que se encuentra separado espacio temporalmente.

Por otro lado, un delito de peligro como el de suministro infiel de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios, establecido en el artículo 294³⁰ del CP peruano, que solo pone en peligro el bien jurídico protegido (salud pública), también exige una conexión o relación causal entre la acción típica previa consistente en reducir o disminuir la cantidad o calidad del producto que se va a entregar, y el resultado "entrega" (venta o expendio) del que se encuentra separado espacio temporalmente, recalcando que, al haber un nexo de causalidad, en dicho delito puede admitirse la tentativa, por ejemplo, cuando en un operativo se descubre estos productos en esas condiciones de disminución o reducción de su calidad y cantidad, listos para ser entregados como parte de la venta o expendio que se haga al público.

Como quiera que sea el caso, se aprecia que hay delitos en los que se puede deducir fácilmente el nexo de causalidad; sin embargo, hay otros tipos penales en los que para establecer

²⁹ El delito de robo contemplado en el artículo 188 del CP peruano establece: " El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

³⁰ Artículo 294.- Suministro infiel de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios: "El que teniendo o no autorización para la venta de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios, a sabiendas, los entrega en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica o distinta de la declarada o convenida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años..." (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

dicha relación causal es necesario realizar un análisis más exhaustivo, motivo por el que a lo largo del tiempo han surgido distintas teorías que explican este presupuesto. Así, a continuación, se mostrará una breve recolección realizada por Villavicencio (2006) respecto a las más conocidas teorías que se han ensayado sobre el nexo de causalidad:

Tabla 4

Teorías sobre el nexo de causalidad

Teoría de la equivalencia de condiciones (<i>conditio sine qua non</i>)	Teorías individualizadoras	
	Teoría de la causalidad adecuada	Teoría de la relevancia típica
Propuesta por Julius Glaser y desarrollada por M. Von Buri. Para esta teoría una condición es causa del resultado si suprimiéndola en el plano mental, el resultado no se produce. Ejemplo: si mentalmente se suprime el disparo del arma de fuego, la muerte del sujeto no se produce.	Formulada por Friburgo J. Von Kries y Von Bar. Para esta teoría no toda condición es una causa del resultado, sino solo la que conforme a la experiencia común puede ocasionar dicho resultado. Ejemplo: La ingesta de una sustancia tóxica indica por experiencia común que es idónea para producir la muerte.	Propuesta por E. Mezger. Establece que la relación causal por sí sola no justifica la responsabilidad penal, sino que se necesita que esta sea relevante penalmente. Es decir, el nexo causal debe tener relevancia jurídico penal para que haya responsabilidad penal.

Nota: Elaboración propia.

Hechas tales salvedades, tal como lo ha referido Hurtado (2005), la teoría de la equivalencia de condiciones o también llamada *conditio sine qua non*, no es suficiente para establecer si la realización de la acción típica es obra del sujeto activo; mientras que las otras dos teorías referidas a la causalidad

adecuada y relevancia típica constituyen el punto de partida para el despliegue de la doctrina de la imputación objetiva, la cual busca atribuir un resultado al agente a nivel de tipicidad (p. 423).

Bajo el anterior parámetro, surge la doctrina de la imputación objetiva, la cual, a consideración de Bramont-Arias (1996), debe ser complementada con el nexo de causalidad, pues dicha imputación objetiva busca establecer si cierta conducta típica puede ser atribuida a un agente, implicando con ello que toda acción suponga la configuración de un riesgo no permitido o el aumento de un riesgo latente más allá de los límites permitidos, así como también que el resultado se produzca en el marco de protección de la norma (p. 192).

Partiendo de ello, obsérvese la tabla 5 en la que se aprecia el desarrollo que hacen (Girón, 2013; Muñoz y García, 2010) en relación a los tres criterios exigidos según la doctrina dominante, conjuntamente con sus ejemplos, para imputar objetivamente un resultado a un sujeto activo:

Tabla 5

Criterios de imputación objetiva según doctrina dominante

Creación o incremento de un riesgo no permitido	Realización en el resultado del riesgo creado o incrementado	Que el resultado producido esté dentro del ámbito de protección de la norma del deber de cuidado
Se imputan las acciones que crean o incrementan un riesgo no permitido. Así, no le será imputable el resultado al autor si se demuestra que éste de todas maneras se hubiese producido de haberse comportado	Es necesario que el resultado se derive de la realización de dicho riesgo no permitido, quedando fuera las conductas con un riesgo típicamente irrelevante.	Soluciona casos en los que, aunque el autor creó o incrementó un riesgo que produjo un resultado lesivo, este no es imputable al no producirse dentro del ámbito de protección de la norma. Ejemplo: Si en un accidente de tránsito

<p>conforme a Derecho. Ejemplo: el conductor que va a una velocidad no permitida y atropella al ciclista embriagado, que hubiera sido atropellado aunque el conductor hubiese tenido diligencia. Así, solo será imputable la conducta si se demuestra que con dicha acción se aumentó el riesgo de producir el resultado.</p>	<p>Ejemplo: No será imputable el resultado a este fallece por la impresión de lo ocurrido. En este caso, será imputable la muerte del hijo, pero no de la madre, pues solo se imputa la conducta típica de atropellar que está dentro del ámbito de protección de la norma.</p>
---	---

Nota: Elaboración propia.

En consonancia con lo anterior, conviene subrayar que dichos criterios de imputación objetiva deben ser considerados al momento de determinar la relación de causalidad que se produzca entre una acción y un resultado que se encuentren separadas espacio temporalmente. Así, lo arguye De La Cuesta Aguado (1996, como se citó en Villavicencio, 2006), para quien el primer paso consiste en la verificación de la relación de causalidad, mientras que lo siguiente es el juicio normativo de la imputación objetiva consistente en la demostración del vínculo jurídico existente entre acción y resultado en el marco de los delitos de resultado.

g. Elementos descriptivos

Para Rodríguez y otros (2012) los elementos descriptivos son criterios generales utilizados para describir la conducta típica, siendo que, dichos elementos se refieren a conceptos utilizados en el lenguaje común susceptibles de ser percibidos a través de los sentidos como, por ejemplo, la noción de muerte (p. 60).

En consonancia con lo anterior, Girón (2013) sostiene que el elemento descriptivo "es aquel que se aprecia por medio de los sentidos (vista, oído, tacto)" (p.32).

Así, por ejemplo, en el delito de daño simple, previsto en el artículo 205³¹ del CP peruano, un elemento descriptivo de dicho tipo penal sería el "bien mueble o inmueble", asimismo, en el primer párrafo del artículo 189-C³² del CP peruano, referido al robo de ganado, los elementos descriptivos serían "ganado vacuno, ovino, equino, caprino, porcino o auquénido". Apreciándose de dichas nociones que, son consideradas como elementos descriptivos en razón a que, para delimitarlas no se necesita realizar una valoración jurídica siendo, además, perceptibles por los sentidos.

h. Elementos normativos

De acuerdo a Villa (2014), los elementos normativos son aquellos que necesitan una valoración jurídica, pues, estos no son perceptibles por los sentidos (p. 287). Alcance que concuerda con lo sostenido por Girón (2013), quien refiere que, en el caso de los elementos normativos, "se aprecia por medio del intelecto, pues para ello hay que realizar una valoración jurídica de estos elementos, e incluso, auxiliarse de otras ramas del derecho para conocerlos e interpretarlos" (p.33).

Es decir, para delimitar los elementos normativos, el juez, de forma expresa o tácita, debe recurrir a ciertos criterios lógicos de interpretación para realizar una valoración de los conceptos

³¹ El delito de daño simple, establecido en el artículo 205 del CP peruano, a la letra dice: "El que daña, destruye o inutiliza un bien mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con treinta a sesenta días-multa" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991)

³² El delito de robo de ganado, contemplado en el artículo 189-C del CP peruano menciona: "El que se apodera ilegítimamente de ganado vacuno, ovino, equino, caprino, porcino o auquénido, total o parcialmente ajeno, aunque se trate de un solo animal, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años..." (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

dados, remitiéndose, en muchos casos, a normas valorativas ajenas al tipo penal (Bramont-Arias, 1996, p. 192).

Bajo estos parámetros, un ejemplo lo constituyen los elementos normativos "donación" y "prenda" incluidos en el delito de receptación, contemplado en el artículo 194³³, así como, los elementos normativos de "engaño, astucia y ardid", comprendidos en el delito de estafa, estatuido en el artículo 196³⁴, ambos del CP peruano.

Pues, dichas nociones mencionadas requieren de una valoración jurídica necesitando, además, recurrir a otras ramas del derecho para su interpretación, como en el caso de los términos "donación" y "prenda" en que se tiene que recurrir al derecho civil, y que serán tratados, a mayor profundidad, en el análisis dogmático pertinente de los delitos contra el patrimonio que se realice en el presente trabajo.

B. Tipo subjetivo

Siguiendo con la clasificación de Roxin (1994/1997), además del tipo objetivo, se encuentra el tipo subjetivo, el cual se integra con el dolo y en algunos supuestos otros elementos subjetivos del tipo adicionales al dolo (p. 307).

En igual sentido, Bacigalupo (1999a) refiere que en el tipo subjetivo se ubica, fundamentalmente, el dolo del autor del delito y algunos otros elementos adicionales a este, por lo que el tipo subjetivo no solo se agota en el dolo, sino que hay delitos que requieren, además, alguna finalidad trascendente de la realización de la conducta (pp. 314-315).

³³ El primer párrafo del delito de receptación instituido en el artículo 194 del CP peruano señala: "El que adquiere, recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años y con treinta a noventa días-multa." (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

³⁴ El delito de estafa planteado en el artículo 196 del CP peruano indica: "El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

a. Dolo

Como preludio al examen del dolo, Peña y Almanza (2010), señalan que en la teoría finalista, el dolo es concebido como un elemento de la tipicidad, ubicándose dentro del tipo subjetivo del delito doloso, abarcando solo el conocimiento de la acción que se realizó, mas no el conocimiento de la antijuridicidad; a diferencia de la teoría causalista, en la que el dolo se encuentra estructurado en la culpabilidad, comprendiendo así al conocimiento de la acción y al conocimiento de la antijuridicidad de dicha acción (pp. 162-163)

Conforme a lo anterior, en las siguientes líneas se ha creído conveniente ubicar al dolo como parte del tipo subjetivo, el cual abarca ciertos elementos devenidos en el conocimiento y la voluntad. Elementos que, han sido denominados por la doctrina como elemento cognoscitivo y volitivo, respectivamente, presentándose el primero cuando el sujeto activo actúa consciente de la realización de su acción típica; en tanto que el elemento volitivo, concurre cuando el agente no solo ha actuado con consciencia de sus actos, sino que, además, ha tenido la voluntad de efectuarlos (Rodríguez y otros, 2012, pp.63-64).

Agregando a lo anterior, apréciase la Tabla 6, en la que (Mir Puig, 2019; Peña Cabrera, 2011) abrevian las tres formas de dolo que se han desarrollado de manera tradicional, siendo estas el dolo directo de primer y segundo grado, además del dolo eventual:

Tabla 6

Tipos de dolo

	Dolo directo		Dolo eventual
	De primer grado	De segundo grado	
Conocimiento	El agente persigue y es consciente de la realización del delito y tiene como seguro el resultado.	El agente sabe que su actuar traerá como consecuencia la realización del delito.	El agente conoce la posibilidad que se produzca un resultado (eventual).

Voluntad	Requiere de un elemento volitivo.	El autor se representa el delito como de muy probable realización, pero no lo desea (no existe la esfera volitiva del autor).	No desea el resultado.
Consecuencias de la acción	Son consecuencias principales, pues el agente las conoce y constituyen la meta del autor	Las consecuencias son necesarias, es decir con el resultado habrá un efecto dañino que no quiere, pero que se produce	Las consecuencias no son perseguidas por el autor, pero son al menos posibles o probables
Ejemplo	El sujeto que dispara a una persona humana tiene dolo directo de homicidio.	Un agente que coloca una bomba en una casa para matar a una persona, conoce que con su actuar podría también matar a otras personas y acepta este resultado como consecuencia necesaria.	Un motociclista admite que, por la velocidad a la que circula por la calle, es posible que atropelle a un peatón que eventualmente la cruce, pero no la disminuye, y en esas condiciones atropella a uno que la cruza.

Nota: Elaboración propia.

Vistas las clases de dolo, cabe resaltar que existe cierta dificultad en cuanto al dolo eventual cuando se trata de diferenciarlo con la llamada culpa consciente. Así, Hurtado (2005) aclara esta cuestión, refiriendo que, en el caso del dolo eventual, el agente actúa teniendo en cuenta la realización del resultado típico como posible, aceptándolo y decidiendo continuar con su accionar; mientras que en la culpa consciente³⁵, el agente no calcula la realización del resultado, confiando de modo imprudente y teniendo la esperanza de que este no suceda y que logrará evitar lo que había pensado como posible (p. 465).

³⁵ Además de la culpa consciente, Chang (2011) indica que existe una culpa inconsciente, en la que el agente no quiere realizar el resultado típico y no advierte que su conducta puede causar este (p. 259).

Para clarificar mejor, se trae a colación el ejemplo propuesto por Chang (2011), quien incorpora un supuesto de culpa consciente en el cual un agente desea lucir su coche nuevo y decide conducir a gran velocidad por la ciudad, conociendo el riesgo de ello, pero este no desea atropellar a nadie y confía en que es un buen conductor; sin embargo atropella a un niño causándole la muerte (p. 259).

Apreciándose del anterior ejemplo que, el chofer del auto que atropelló al niño, actuó con culpa consciente, al tener imprudencia en su accionar, pues conociendo el riesgo de su conducta prosiguió con esta, pensando que lograraría evitar lo que había pensado como posible, a diferencia de lo que sucedería en un supuesto de dolo eventual, en el que el sujeto activo consideraría la realización del resultado como posible y a pesar de ello continuase con su accionar.

Adicionalmente, a todo lo expuesto, es importante señalar que existen supuestos en los que se presenta una exclusión o ausencia del dolo, al concurrir un error de tipo, el cual, según Peña y Almanza, (2010) es "el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo. Es la falta de la conciencia de los elementos del tipo penal" (p. 167).

De acuerdo con lo precedente, para Gálvez y Rojas (2017), el error de tipo puede ser vencible e invencible. Siendo el primero aquel en el que se pudo haberlo evitado si el sujeto activo actuaba con diligencia, pues, las circunstancias le permitían superar el error; el agente no se ha formado el conocimiento adecuado por haber actuado de manera precipitada o negligente, en cuyo caso podría imputarsele un delito culposos si es que este estuviese tipificado como delito doloso y a la vez culposos (p. 216).

Y el segundo, aquel en el que el agente, aun cuando hubiese actuado diligentemente, no habría existido forma de que pudiese

salir del error, por lo que ante la presencia de un error de tipo invencible, se excluye el dolo y la culpa.

Así, un ejemplo de error vencible se daría en el supuesto en el que un agente, si bien desconocía que las plantas de eucalipto que destruyó con su motoniveladora al realizar el mantenimiento de una trocha carrozable, se encontraban dentro de la propiedad adyacente de otra persona; sucede que existía la posibilidad de que, con la diligencia debida, determinara las dimensiones exactas del ancho de la trocha, al existir los planos de esta en los archivos de la municipalidad que lo contrató, con lo que hubiese podido limitar su trabajo a dicha extensión y evitar el resultado lesivo en la propiedad del agraviado.

Por otra parte, se puede establecer la existencia de un error de tipo invencible en el delito de violación sexual de menor de edad, cuando por ejemplo el agente desconocía que la víctima contaba con menos de catorce años, al momento en que tuvieron las relaciones sexuales, producidas a las once de la noche del mismo día en que se conocieron, sin la posibilidad de que aquél hubiese realizado mayor comprobación sobre la edad de la menor, ya que en las bases del campeonato de fútbol en el que ambos participaban se exigía una edad mínima de quince años para integrar los equipos, por lo que el sujeto asumió que la agraviada tenía, mínimamente, esa edad que fue la que, precisamente, esta le dijo tenía

b. Otros elementos subjetivos diferentes al dolo

Como se ha visto en el ítem anterior, habitualmente para la configuración del delito, en el tipo subjetivo, se requiere la concurrencia del dolo, sea este de primer o segundo grado, o incluso dolo eventual. No obstante, de acuerdo a Muñoz y García (2010) en determinados supuestos "se requiere, además, para constituir el tipo de injusto, la presencia de especiales elementos

de carácter subjetivo. Estos elementos subjetivos específicos no coinciden con el dolo" (pp. 277-278).

En esa línea, adviértase la Tabla 7, en la que Peña R. (1995), sintetiza los elementos subjetivos adicionales al dolo que se encuentran dentro de la tipicidad, mas no dentro de la culpabilidad del sujeto:

Tabla 7

Tipos de elementos subjetivos diferentes al dolo

Elementos de tendencia interna trascendente	Elementos de tendencia interna intensificada	Elementos subjetivos de la actitud interna
La finalidad va más allá de la realización del hecho típico. Ejemplo: el ánimo de lucro en el delito de hurto del art. 185 del CP peruano.	Aquí no se pide un resultado más allá del señalado por el tipo penal. Ejemplo: el <i>animus difamandi</i> en el delito de difamación del artículo 132 del CP peruano.	Se expresan en la comisión del hecho acompañado a una actitud psíquica, que apoya más el juicio de reproche. Ejemplo: la codicia en el homicidio calificado del artículo 108 del CP peruano.

Nota: Elaboración propia.

A propósito de lo antes mencionado, Jescheck y Weigend (2014) revelan que los elementos subjetivos adicionales al dolo, suelen en muchas ocasiones ser confundidos con los elementos subjetivos comprendidos por el tipo de la culpabilidad, por lo que es necesario diferenciarlos (p. 469).

En ese sentido, Bramont-Arias (1996), indica que la diferencia radica en que en los primeros, solamente interesa en el injusto cuando caracterizan la voluntad de acción del agente afectando la forma de realización del hecho, además del objeto de la acción y el bien jurídico, como sucede en el caso del hurto contemplado en el art. 185 del CP peruano, en el que el elemento subjetivo sería el ánimo de lucro; mientras que los elementos de la

culpabilidad se refieren a la formación de la voluntad del agente ubicando la actitud interna de este, de la cual nace la decisión del hecho, por ejemplo la emoción violenta del art.109 del CP peruano (p. 194).

2.1.2. Antijuridicidad

Siguiendo el estricto orden sucesorio que se sigue en los niveles analíticos del delito, conviene analizar luego de la tipicidad, a la antijuridicidad. Pues, "para que una conducta típica sea delito, requiere también ser antijurídica" (Zaffaroni, 1981, p. 29).

Conforme a lo anterior, Bramont-Arias (2002), establece que el concepto de antijuridicidad es amplio, pues, se refiere a que el agente está actuando en contra del ordenamiento jurídico, requiriéndose que dicho comportamiento antijurídico sea relevante para el derecho penal, motivo por el que, de acuerdo al principio de legalidad y al orden de los elementos del delito, para que este comportamiento sea antijurídico debe ser primero típico (p. 193).

Bajo este parámetro, cabe la existencia de una antijuridicidad en su vertiente formal y material. La antijuridicidad formal constituye *per se*, que la conducta típica es contraria al ordenamiento jurídico; no obstante lo señalado, se requiere, además, la concurrencia de la antijuridicidad material, la cual exige una lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, esencialmente para los delitos de resultado que exigen precisamente dicha lesión al bien jurídico (Girón, 2013, pp. 53-54).

Así, por ejemplo en la estafa como delito de resultado contemplado en el artículo 196³⁶ del CP peruano, la antijuridicidad formal se presenta cuando el agente realiza una acción contraria a derecho, consistente en la inducción a error mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, con la finalidad de que el sujeto pasivo le entregue parte de su patrimonio; en tanto que la antijuridicidad material se presenta

³⁶ " Artículo 196.- Estafa: El que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

cuando hay una lesión efectiva al bien jurídico patrimonio en el supuesto de que se produzca el resultado de la disposición patrimonial.

De igual manera, sucede en los delitos de peligro, en el supuesto en el que un sujeto realiza una acción constitutiva del uso o porte de armas contemplado en el artículo 279-G³⁷ del CP peruano, presentándose ahí, la antijuridicidad formal, con la sola tenencia ilegal de arma de fuego al ser contrario a derecho; además, se presenta una antijuridicidad en su vertiente material, ya que con el solo hecho de portar dicha arma de fuego se ha puesto en peligro al bien jurídico seguridad pública, al ser la tenencia ilegal de armas un delito de peligro abstracto.

De lo cual se puede afirmar que, luego de determinar que una acción u omisión es típica, se requiere además que se presente una antijuridicidad formal y material; es decir, que dicho comportamiento típico no solo sea contrario a derecho, sino que además lesione o ponga en peligro un bien jurídico tutelado penalmente.

Ahora bien, vistas tales precisiones, es importante señalar lo indicado por Bramont-Arias (2002), para quien "no toda conducta típica se puede calificar de antijurídica, motivo por el cual se dice que la tipicidad es sólo un indicio de la existencia de la antijuridicidad-función indiciaria del tipo" (p.193).

Es decir, en el nivel analítico de la antijuridicidad se pueden presentar ciertas causas que justifican el comportamiento típico, y que hacen que este no sea antijurídico; así, en el delito de daños, tipificado en el artículo 205³⁸ del CP peruano, se presentaría una causa de justificación si es que el sujeto activo despliega su conducta como consecuencia de haber obrado en el marco del consentimiento válido del propietario; por

³⁷ El artículo 279-G del CP peruano, tipifica el delito de fabricación, comercialización, uso o porte de armas, el cual establece que: "El que, sin estar debidamente autorizado, fabrica, ensambla, modifica, almacena, suministra, comercializa, trafica, usa, porta o tiene en su poder, armas de fuego de cualquier tipo, municiones, accesorios o materiales destinados para su fabricación o modificación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de diez años, e inhabilitación conforme al inciso 6 del artículo 36 del Código Penal" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

³⁸ El delito de daño simple contemplado en el artículo 205 del Código Penal peruano, refiere: "El que daña, destruye o inutiliza un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con treinta a sesenta días-multa" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

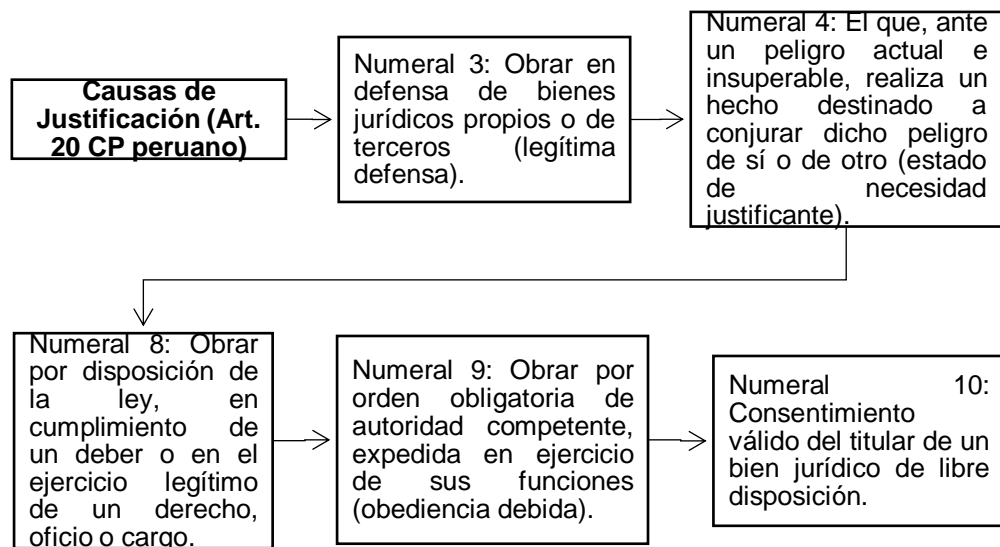
ejemplo, si es que contando con el consentimiento del propietario de una hacienda, daña los sembríos habidos en esta, para abrir una trocha carrozable que la atraviese.

Siendo que, dichas causas de justificación, a consideración de Villavicencio (2006), son "disposiciones permisivas especiales que operan sobre cualquier forma básica de hecho punible (delito doloso o imprudente, de comisión u omisión)" (p. 228). Lo que implica que, la concurrencia de una causa de justificación impide que una conducta típica sea antijurídica, convirtiendo el hecho en lícito y conforme a derecho.

Concretamente, en el Código penal peruano, las causas de justificación que eximen o atenúan la responsabilidad penal, se encuentran contempladas en los numerales 3, 4, 8, 9 y 10 del artículo 20 de dicho cuerpo normativo, mismas que se sintetizan en la siguiente Ilustración 3:

Ilustración 3

Causas de justificación establecidas en el art. 20 del CP peruano



Nota: Elaboración propia.

No obstante, cabe resaltar que solamente los supuestos señalados en la figura anterior, constituyen causas de justificación, es decir, el numeral 3), 4), 8), 9) y 10) del artículo 20 del CP peruano, más no el resto de supuestos tipificados, también, en dicho artículo, que, constituyen causas de inculpabilidad, como por ejemplo la anomalía psíquica (numeral 1), minoría de edad (numeral 2), estado de necesidad exculpante (numeral 5), y el miedo insuperable (numeral 7), o una causa de ausencia de acción, como la fuerza física irresistible (numeral 6); siendo que, la eximente para el personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, que, en cumplimiento de su función y en uso de sus armas u otro medios de defensa, en forma reglamentaria, cause lesiones (numeral 11 del art. 20) constituye una redundancia de la causa de justificación del numeral 8 del CP peruano.

Hecha tal salvedad, a continuación se procederá a referir brevemente y de manera específica los alcances de cada una de las causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, obediencia debida y consentimiento) tipificadas en el art. 20 del CP peruano, con la finalidad de que al momento de realizar el análisis dogmático pertinente de los delitos contra el patrimonio establecidos en el título V del libro segundo de dicho cuerpo normativo; se verifique la concurrencia de ciertas causas de justificación que podrían eximir o atenuar la responsabilidad penal.

A. Obrar en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros (legítima defensa)

Esta causa de justificación halla regulación en el numeral 3 del artículo 20 del CP peruano, que estatuye que está exento de responsabilidad penal: "El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

Siendo dicha causa de justificación, definida por Soler (1992), como aquella "reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada" (p. 444). En ese sentido, cabe señalar que el numeral 3

del artículo 20 del CP peruano también refiere los requisitos para que pueda concurrir una legítima defensa, siendo estos:

- a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa. c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa

Conforme a ello, Villavicencio (2019), indica que el primer requisito consistente en una agresión ilegítima, es aquella conducta destinada a lesionar o poner en peligro bienes jurídicos, debiendo ser actual, real e inminente; en tanto que el segundo requisito, referido a la racionalidad de la defensa, implica que el medio a emplear tanto para impedir como para repeler la agresión tiene que ser necesario y el menos lesivo posible para el agredido; finalmente, en el último requisito derivado en la falta de provocación suficiente, es necesario que la persona que ejerce la legítima defensa no debe haber provocado dolosamente la agresión (p. 117).

De lo anteriormente referido, un ejemplo de la concurrencia de una legítima defensa, como causa de justificación, sería si una persona que venía siendo amenazada de muerte con un pico de botella por otra, y habiendo sido agredida previamente en forma verbal y física por aquella, para evitar que le quitaran la vida, en legítima defensa, toma el cuchillo que estaba sobre una mesa y le asesta una puñalada en el abdomen a su agresor, determinándose la muerte de este último.

B. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro (estado de necesidad justificante)

La doctrina ha denominado a esta causa de justificación como un estado de necesidad justificante, misma que se encuentra

contemplada en el numeral 4 del artículo 20 del CP peruano, el cual menciona:

El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos: a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro

De acuerdo a lo anterior, Caro y Reyna (2023), indican que el estado de necesidad justificante supone la existencia de una situación de necesidad (eventual lesión de un bien jurídico) y la realización de una acción salvadora (que supone la lesión de otro bien jurídico).

El primer requisito del estado de necesidad justificante, conforme a Muñoz y García (2010), surge como consecuencia de la colisión de dos bienes jurídicos de diferente valor, optándose por el sacrificio del bien de menor valor para salvar el de mayor valor (p. 329).

El segundo requisito del estado necesidad justificante, está referido a una acción de necesaria realización, no existiendo otra manera menos lesiva para evitar el mal que se salva (Villavicencio, 2019, p. 118).

Definidos los anteriores alcances, no se puede confundir entre una legítima defensa y un estado de necesidad justificante, pues entre estas causas de justificación existe una notoria diferencia. Así, lo muestra Soler (1992), para quien en la legítima defensa la situación de peligro es producto de una agresión ilegítima, existiendo con ello una reacción; en tanto que, en el estado de necesidad justificante, no media agresión alguna, pues el bien jurídico sacrificado es, también, un bien jurídico protegido por la ley y al titular de este, sin culpa alguna, se priva de él (p. 461).

Para ilustrar mejor la presente causa de justificación, póngase por caso aquel supuesto en el que una persona, sin los medios

económicos para adquirir el medicamento antitrombótico necesario para estabilizar a su madre y salvarla de la muerte, luego del infarto al miocardio que esta había sufrido, lo sustrajo de la única farmacia del lugar en la que se lo tenía a la venta, presentándose de ahí un estado de necesidad justificante, al existir una colisión entre el bien jurídico patrimonio y el bien jurídico vida, prevaleciendo este último sobre aquel.

C. Obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo

Se encuentra regulada en el numeral 8 del artículo 20 del CP peruano, el cual menciona que está exento de responsabilidad penal "El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

Según Villavicencio (2019), dicha causa de justificación es producto del principio de la unidad del ordenamiento jurídico³⁹, pues lo que está legitimado en una parte del derecho no puede ser prohibido penalmente por otra (p. 118).

Dicho sea de paso, esta causa de justificación se halla en estrecha relación con el inciso a) del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, el cual menciona que toda persona tiene derecho "A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" (Constitución Política del Perú, 1993, p. 16).

En ese tenor, García P. (2012), refiere que en el ordenamiento jurídico existen diversas razones por las que se puede autorizar un actuar lesivo de otros intereses, por lo que los supuestos de actos permitidos por la ley son el ejercicio regular de un derecho, el

³⁹ En ese sentido Trujillo (2020), establece que el principio de unidad del ordenamiento jurídico, se refiere a que este último se encuentra estructurado por prohibiciones y mandatos y por facultades que componen el orden permisivo.

ejercicio legítimo de un cargo u oficio públicos realizándose dentro de la legalidad y los usos propios de dicho cargo u oficio y, finalmente el cumplimiento de un deber (pp. 605-607).

Sírvase como muestra de la presente causa de justificación, en la modalidad de ejercicio legítimo de un derecho, el supuesto mediante el cual, una persona al tomar conocimiento que el vehículo de su propiedad que se encontraba internado en el depósito municipal, se hallaba en poder de un tercero, lo recuperó sustrayéndolo de este último, para ponerlo a buen recaudo, como parte del legítimo derecho de propiedad que le correspondía.

D. Obrar por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones (obediencia debida)

Esta causa de justificación se halla regulada en el numeral 9 del artículo 20 del CP peruano, el cual establece que: "El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

Respecto a esto último, Gálvez y Rojas (2017), señalan que dicha causa de justificación consiste en realizar una acción típica por parte de una persona que se encuentra subordinada a otra, la cual actúa en cumplimiento de la orden impartida por su superior; por lo que se identifica a dos agentes, siendo el primero el facultado para impartir ciertas órdenes y el otro sería el que obedece y ejecuta la orden, presentándose entre estos dos un nivel de jerarquía (p. 220).

Asimismo, García P. (2012), indica que el punto de discusión no se ubica en la antijuridicidad de la orden o no, sino más bien en la cuestión de la obligatoriedad de una orden injusta, exigiéndose como requisitos que se trate de una orden obligatoria de carácter público expedida por funcionario público, no estando comprendidas el caso de recomendaciones u opiniones, además se exige que haya sido expedida por un funcionario competente, quedando establecida de manera clara la competencia del órgano o persona que imparte la

orden y finalmente que se haya hecho en el ejercicio de sus funciones (pp. 611-615).

Un ejemplo de esta causa de justificación, sería el caso de los efectivos policiales que, por orden de su superior en grado, levantaron un acta de registro personal a los agraviados que habían sido intervenidos, sin que esta orden fuera manifiestamente ilegal como para que aquellos la desobedecieran; y es que, con ella, dicho superior buscaba reforzar el condicionamiento previo que había hecho a los intervenidos a que le entregaran una suma de dinero para no poner en conocimiento de los hechos, motivo de la intervención, al representante del Ministerio Público.

E. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición

Causa de justificación contemplada en el numeral 10 del artículo 20 del CP peruano, misma que señala que está exento de responsabilidad penal: "El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

En concreto, se trata de supuestos en los que el titular del bien jurídico lesionado consciente la lesión del mismo; como por ejemplo, en los casos en los que estuviese permitida la disposición pero con alguna reserva o condicionamiento, siendo la conducta típica, pero no antijurídica por concurrir una causa de justificación; no obstante, en los casos en los que se reconoce al titular del bien jurídico las potestades para poder disponer del mismo sin reservas, solo se estará ante supuestos de atipicidad, ya que no existe una lesión al bien jurídico (Gálvez y Rojas, 2017, p. 222).

Así, también, Barreiro (1982, como se citó en Mir Puig, 2019) plantea que el consentimiento al que se refiere esta causa de justificación, no requiere reunir los requisitos exigidos para una declaración

negocial del derecho civil⁴⁰, puesto que dicho consentimiento como causal de justificación constituye una institución propia del derecho penal, importando solo si este consentimiento excluye el merecimiento de pena del hecho consentido

Como ejemplo de dicha causa de justificación, se encuentra la acción desplegada por un cirujano plástico sobre un paciente, que si bien produce la afectación a la integridad física debido a los procedimientos mecánicos para posibilitarle la figura esbelta deseada, queda justificada al estar cubierta por el consentimiento válido de este último.

2.1.3. Culpabilidad

Una vez vistas la tipicidad y antijuridicidad, corresponde pues, según el orden sucesorio de los niveles analíticos del delito, analizar la culpabilidad. Pues, conforme a Wessels y otros (2018), no existe pena sin culpabilidad ya que, junto a la tipicidad y la antijuridicidad, la culpabilidad constituye también un elemento del delito que fundamenta y establece los límites de la pena (p. 270).

Dicho lo anterior, Caro y Reyna (2023), refieren que el concepto de culpabilidad ha tenido una evolución histórica, existiendo con ello una teoría psicológica, defendida por la corriente casualista⁴¹, que consideraba a la culpabilidad como la relación psicológica del agente con el hecho en su significación objetiva; por otro lado, se habla de una teoría normativa, defendida por la corriente finalista⁴², que sostenía que existe culpabilidad cuando el autor tiene capacidad relacionada con su estado mental para ser motivado por la norma penal.

La culpabilidad, en la actualidad, también ha sido tratada por Roxin y Jakobs (pp. 498-500). Así, Roxin (1994/1997), sostiene que la

⁴⁰ Respecto al negocio jurídico en el derecho civil, Beltrán y Campos (2009), refieren que como presupuestos de este se tiene a los sujetos con capacidad de goce y ejercicio contando con legitimación respectiva, además de los objetos; por otro lado, como elementos del negocio jurídico se tienen a la manifestación de la voluntad, la cual puede ser expresa o tácita, además de la causa y la forma (pp. 200-209).

⁴¹ Sobre los alcances de la corriente causalista, véase la Tabla 2 del presente trabajo.

⁴² Sobre la concepción finalista apréciase la Tabla 2 del presente trabajo.

culpabilidad hace referencia a que se ha de reprochar o poder hacer responsable a un autor de una acción típica y antijurídica, apareciendo así una responsabilidad jurídico penal (p. 195). En igual sentido, Jakobs (1991/1997), arguye que el agente de un hecho antijurídico tiene culpabilidad cuando el autor es responsable de esa acción antijurídica, siendo que, esa responsabilidad se presenta cuando falta la disposición a motivarse conforme a la norma correspondiente (p. 566).

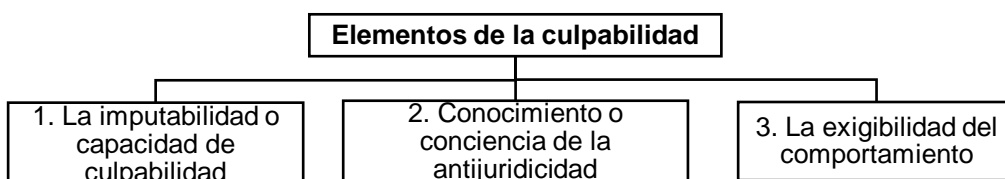
Por lo que, el concepto de culpabilidad, se refiere a "la situación en que se encuentra una persona imputable y responsable, que pudiendo haberse conducido de una manera no lo hizo, por lo cual el juez le declara merecedor de una pena (Peña y Almanza, 2010, p. 210).

Así, aparece el llamado juicio de culpabilidad o reproche que, a decir de Mezger (1958), implica que la conducta típica sea personalmente imputable al autor, siendo que, dicha imputabilidad da lugar a la responsabilidad jurídico-penal, por lo que, la culpabilidad incluye el conjunto de presupuestos que fundamentan el reproche personal al agente por el hecho punible que ha realizado (p. 189).

Conforme a esto último, la doctrina ha identificado los aspectos formal y material del concepto de culpabilidad; siendo que, el primero, se refiere a la imputación o juicio de reproche propiamente dicho, en tanto que el aspecto material de culpabilidad, se refiere a los presupuestos o elementos contenidos en ella (p. 564). A propósito de lo indicado, Villa (2014), refiere que dentro de la culpabilidad se tiene tres elementos fundamentales, que se aprecian en la siguiente Ilustración 4:

Ilustración4

Elementos de la culpabilidad



Nota: Elaboración propia.

Acorde con lo anterior, en lo que sigue, se referirá el contenido de cada uno de los elementos integrantes de la culpabilidad, pues ello importará a efectos de que, al momento de realizar el análisis dogmático pertinente de los delitos contra el patrimonio incluidos en el CP peruano, se pueda determinar si la conducta además de ser típica y antijurídica es culpable, ello conforme al orden sucesorio de los niveles analíticos del delito.

A. Imputabilidad

Como primer elemento o presupuesto del nivel analítico de la culpabilidad, se tiene a la imputabilidad. Siendo que, dicho elemento, a consideración de Peña R. (1995), comprende aquellas facultades físicas y psíquicas, entendidas como condiciones mínimas exigibles para estimar que un sujeto es culpable por haber realizado un hecho típico, antijurídico y culpable (p. 419).

En esa misma línea, Piva (2019), afirma que, en la imputabilidad como elemento de la culpabilidad "se incluyen aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y la capacidad del sujeto para motivarse (edad, salud, mental)" (p. 224).

Partiendo de lo anteriormente expuesto, conviene subrayar que, quien carece de dichas capacidades físicas y psíquicas, bien por no tener la madurez suficiente o por sufrir trastornos mentales, no puede imputársele responsabilidad penal de sus actos y, por ende, no puede ser declarado culpable, a pesar de que éstos sean típicos y antijurídicos (Muñoz y García, 2010, p. 361).

En este sentido, es conveniente mencionar que la persona que no posee capacidad de motivación por no tener las mínimas condiciones o facultades físicas o psíquicas, se le denomina inimputable ya que, como se refirió precedentemente, no puede responder penalmente por sus actos; empero, es necesario dejar en claro cuáles serían aquellas causas que convierten a una persona en inimputable, las que serán detalladas a continuación.

a. Causas de inimputabilidad

En el CP peruano, las causas de inimputabilidad, se encuentran contempladas en su art. 20; siendo éstas específicamente la anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción (numeral 1)⁴³, además de la minoría de edad (numeral 2)⁴⁴.

Respecto al numeral 1 del artículo 20 del CP peruano, se ha creído conveniente examinar por separado, tanto la anomalía psíquica, como la grave alteración de la conciencia y la alteración de la percepción, pues estos, poseen contenido distinto.

i. Anomalía psíquica

Para Villavicencio (2019), la anomalía psíquica "se presenta ante los procesos psíquicos patológicos corporales, tanto en el ámbito emocional como intelectual" (p. 127). De acuerdo a ello, en la doctrina se ha mencionado que no deben ignorarse los conocimientos científicos y de medicina que se han dado sobre anomalías psíquicas, pues estos deben ser tomados en cuenta para definir las concepciones de los juristas acerca de la anomalía psíquica como causa de inimputabilidad.

Muestra de lo anterior, se encuentra lo dicho por Hurtado (2005), para quien constituyen anomalías psíquicas, las psicosis, tanto de origen exógeno como endógeno; siendo las primeras, aquellas cuyas causas se encuentran fuera del organismo de la persona, generadas por traumatismos cerebrales, arterioesclerosis, atrofas y desintegración de la personalidad con base orgánico-cerebral; en tanto que, las de origen endógeno, sus causas se encuentran al interior del

⁴³ El numeral 1 del artículo 20 del CP peruano establece que está exento de responsabilidad penal: "1. El que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

⁴⁴ El numeral 2 del artículo 20 del CP peruano menciona que está exento de responsabilidad penal: "2. El menor de 18 años" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

organismo, encontrándose dentro de este grupo a la esquizofrenia, la ciclotimia, además de la oligofrenia (p. 630)

No obstante, Peña Cabrera (2011), señala que no interesa solamente la existencia de las enfermedades descritas por la medicina para la anomalía psíquica como causa de inimputabilidad, sino que es necesario que los efectos de las mismas, hayan alcanzado tal intensidad, que perturben o afecten significativamente la funcionalidad cerebral de la persona que imposibilite al sujeto para comprender la antijuridicidad de su acción (p. 805).

Hechas tales precisiones, un ejemplo de la presencia de anomalía psíquica como causa de inimputabilidad sería aquel supuesto en el que una persona, debido a las alucinaciones propias de la psicosis que padecía, pensaba que había animales salvajes que merodeaban su casa, motivo por el que tenía en posesión de un arma de fuego, sin tener licencia para su porte.

ii. Grave alteración de la conciencia

Respecto a la grave alteración de la conciencia como causa de inimputabilidad, Hurtado (2005), ha señalado que esta, a diferencia de la anomalía psíquica, no tiene un origen patológico, sino que, su causa puede residir, por ejemplo, en los casos de los estados intermedios de ebriedad, en la hipnosis o en una profunda fatiga (p. 631).

Con lo indicado, para García P. (2012) "la grave alteración de la conciencia, no se trata de una situación de inconsciencia, sino de una reducción sustancial del grado de conciencia para mantener un contacto adecuado con la realidad"(p. 646).

Conforme a lo precedente, Meini (2015), plantea que la grave alteración de la conciencia tiene origen exógeno y no patológico, estando comprendidos los casos de estados de agotamiento o fatiga extrema, estados post hipnóticos, post

traumáticos y las emociones o estados pasionales como el odio, celos o el miedo (p. 150).

Para mayor ilustración de la grave alteración de la conciencia como causa de inimputabilidad, se tiene el supuesto en el que una persona fue intervenida luego de haber sustraído, con violencia sobre la agraviada, la mochila en la que esta portaba su computador personal, aclarando que el agente fue sometido a la pericia de alcoholemia, cuyo resultado arrojó 2.74 gr/l de alcohol en sangre, importando ello, un elevado grado de intoxicación alcohólica que provocó una grave alteración de la conciencia al momento de la comisión del hecho delictivo.

iii. Alteración de la percepción

Esta causa de inimputabilidad se refiere a la falta de comunicación de una persona con el entorno social, bien por motivos biológicos o psicológicos, en el que hay disminución de las facultades de captación del mundo exterior, estando comprendidos dentro de los defectos biológicos, entre otros, la sordomudez, la ceguera y el autismo; defectos que debe haber sufrido el sujeto desde su nacimiento o infancia (Muñoz y García, 2010, p. 366).

En consonancia con lo anterior, Hurtado (2005), plantea que las alteraciones en la percepción, se refieren a la imperfección o carencia de los sentidos de una persona, deficiencias que impiden que se tenga una concepción correcta de la realidad, lo cual causa incapacidad para comprender el significado social y jurídico de los actos de sí mismo (p. 633).

Como ejemplo de una alteración de la percepción, como causa de inimputabilidad, se tiene el supuesto en el que un sordomudo de nacimiento y sin proceso de escolarización, afectado en su concepto de la realidad, por su escaso desarrollo cognitivo e intelectual, mantuvo relaciones

sexuales con una menor agraviada que padecía de trastorno mental.

iv. Minoría de edad

De acuerdo a Peña R. (1995), en el sistema jurídico peruano una persona es inimputable si es menor de 18 años; no obstante, el actuar de dicho menor queda previsto por la jurisdicción tutelar de menores⁴⁵, la cual es la encargada de velar por la seguridad del menor (p. 429).

Respecto a esta causa de inimputabilidad, Villa (2014) ha mencionado que las razones que la fundamentan, no deben limitarse al criterio de la edad cronológica en sí, sino al hecho de la reducida experiencia de vida del menor de edad que afecta su capacidad de interiorizar los acontecimientos en su desarrollo vital (p. 464).

Así, al no considerar como imputables a los menores de edad, estos se constituyen como infractores de la ley penal, además, cabe recalcar que dicha causa de inimputabilidad de minoría de edad se sustenta en razones de seguridad jurídica (Villavicencio, 2019, p.126).

Como muestra de lo planteado, se tiene por caso aquella situación en la que se considera inimputable a un menor de edad de 17 años, a quien se le atribuye haber tenido acceso carnal con su hermanastra de 13 años, mientras sus padres se habían ausentado de la casa familiar.

⁴⁵ A propósito de ello, en el Perú, en el artículo 2 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, se ha mencionado que este "se aplica a todo adolescente, cuya edad oscila entre catorce (14) y hasta antes de alcanzar los dieciocho (18) años edad, al momento de la comisión de un hecho tipificado como delito o falta por el Código Penal o Leyes especiales sobre la materia" (Decreto Legislativo N.º 1348, 2017). Asimismo, a dichos menores se aplican medidas socioeducativas en lugar de sanciones, estando comprendidas aquellas que no privan la libertad, como por ejemplo la amonestación, libertad asistida, prestación de servicios a la comunidad y libertad restringida; por otro lado, se hallan las privativas de libertad que comprende a la internación en centros juveniles (Decreto Legislativo N.º 1348, 2017, p. 43).

B. Conciencia de la antijuridicidad

Además de la imputabilidad como elemento de la culpabilidad, se requiere de un segundo presupuesto, devenido en la conciencia o el conocimiento de la antijuridicidad. Este último elemento se refiere a que "el autor sabe que lo que hace no está permitido por el derecho, sino prohibido" (Reátegui, Derecho penal parte general, 2009).

En ese sentido, Piva (2019), indica que, si el agente no sabe que su actuar está prohibido, la norma no le motivaría, siendo en este caso su conducta típica y antijurídica, mas no culpable, por lo que la norma penal solo motiva al individuo si es que su autor conoce a grandes rasgos el contenido de sus prohibiciones (p. 224)

Por tanto, la conciencia de la antijuridicidad implica que el autor reconozca que su actuar se encuentra dentro de los ámbitos de lo prohibido por el derecho, motivo por el cual, el injusto penal no debe realizarse bajo la influencia de los llamados errores de prohibición (Reyna, 2016, p. 109).

Conforme a lo anterior, en los casos en que el autor no conozca que su actuar se encuentra prohibido por el ordenamiento jurídico penal, se configurarían ciertas causas que impiden la conciencia de la antijuridicidad, las cuales se detallarán a continuación.

a. Causas que impiden la conciencia de la antijuridicidad

Dentro de las causas que impiden la conciencia de la antijuridicidad, se hallan a los denominados errores de prohibición, los cuales, no afectan al dolo, y su único efecto es eliminar la culpabilidad, siendo estos de tipo vencible o invencible; diferenciándose de los errores de tipo, en que estos últimos se presentan cuando hay una exclusión o ausencia del dolo (Zaffaroni, 2009, p. 220)

En ese marco, Caro y Reyna (2023), señalan que el error de prohibición se presenta cuando el sujeto cree de manera errónea que está actuando de forma permitida, es decir, cuando este cree que su actuar es lícito y que no está reprochado penalmente, en

cuyos casos no se habrá configurado la culpabilidad (p. 508). Es decir, el desconocimiento que opera en el error de prohibición, no se trata de un elemento descrito en el tipo penal, sino de un desconocimiento de su antijuridicidad, de que su actuar se encuentra prohibido.

i. Error de prohibición vencible

Según García P. (2012), en el error vencible, se autoriza la imposición de una sanción penal, aunque con una atenuación de la pena, a diferencia del error de prohibición invencible en el que el autor se libera de responsabilidad penal (p. 649).

En efecto, en la parte final del segundo párrafo del artículo 14 del CP peruano se establece que si el error fuere vencible: "se atenuará la pena" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

Teniendo en cuenta lo anterior, Gálvez y Rojas (2017), aluden que, en el error de prohibición vencible, el sujeto actuando con la diligencia debida tuvo la posibilidad de salir del error y tomar conocimiento de la prohibición; empero, por su imprudencia incurrió en la acción típica y antijurídica, en cuyo caso, si habrá culpabilidad y solo se atenuará la pena del agente, pues la antijuridicidad susbsite (p. 230).

Para mayor ilustración, un ejemplo de un error de prohibición vencible es aquel caso en el que una persona, con el apoyo de tres familiares y mediando el uso de armas de fuego, desalojó a unas personas que venían poseyendo varios años un predio rural que, había adquirido un día antes, sin que, de ello, recibiera información por parte del vendedor; desalojo que realizó asumiendo que era suficiente haber obtenido la titularidad de la propiedad de dicho predio, aun cuando tuvo la posibilidad de asegurarse de que su proceder fuese legítimo.

ii. Error de prohibición invencible

El artículo 14 del CP peruano, en la parte inicial de su segundo párrafo establece que: "El error invencible sobre la ilicitud del

hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

A su vez, Gálvez y Rojas (2017), señala que, en el error de prohibición invencible, el sujeto no puede salir del error, aun actuando con diligencia y prudencia, por lo que la culpabilidad estará ausente y el agente estará exento de pena (p. 230). Por lo que, el hecho es típico y antijurídico, pero carece de culpabilidad.

Agregando a lo expuesto, es importante indicar que, existen criterios para determinar si un error de prohibición es invencible, siendo estos, que el sujeto haya tenido la posibilidad de conocer la antijuridicidad, además de que al momento del hecho haya tenido la oportunidad de informarse y, por último, de que le haya sido exigible que concibiese la criminalidad de su conducta (Villavicencio, 2019, pp. 129-130).

Baste, como muestra el supuesto en el que un policía, utilizando su arma de fuego, disparó contra un ocasional transeúnte, asumiendo que este, al tener la mano en el bolsillo portaba un arma de fuego y estaba dispuesto a usarla en su contra, sin que pudiera asegurarse de la realidad de ello, debido a que en esos momentos se replegaba junto a dos de sus subordinados, con quienes participaba de un desalojo de traficantes de terrenos, quienes con disparos de armas de fuego, les impidieron cumplir con su labor.

iii. Error de prohibición directo (sobre la existencia de una norma jurídica)

El error de prohibición puede ser directo; así Bramont-Arias (2002), puntualiza que este se presenta cuando el agente actúa creyendo erróneamente de que su actuar no se encuentra prohibido por la norma penal (p. 323).

Acorde con ello, Villavicencio (2019), refiere que existen tres tipos de error de prohibición directo; a saber, el abstracto, el de

subsunción y el de validez; siendo el primero, aquel en el que se desconoce la norma penal, mientras que en el segundo, aun conociendo la norma, por error en la interpretación, se desconoce que el actuar no es admisible; por último, en el error de validez se cree que la norma no es válida por colisionar con otra de mayor jerarquía, acatando esta última (pp. 128-129).

Como ejemplo del error de prohibición directo, se tiene el caso en el que un norteamericano, tras haber llegado a la ciudad de Lima en Perú, adquirió un arma de fuego, asumiendo que no era necesaria la licencia administrativa para su porte o posesión.

iv. Error de prohibición indirecto (error sobre la presencia de una causa de justificación)

De acuerdo a Rodríguez y otros (2012), el error de prohibición indirecto es también llamado error de permisión, presentándose este, cuando el sujeto sabe que su actuar contraviene la norma, pero, erróneamente, supone que concurre una causa de justificación (p. 100).

En esa misma línea, García P. (2012), coincide que, en el error de prohibición indirecto, el sujeto tiene la creencia de que su actuar se encuentra amparado por una causa de justificación, lo cual no resulta cierto en los hechos (p. 651)

Sumando a lo anterior, conviene subrayar que, cuando el autor cree que está frente a una causa de justificación y no es así, falta el elemento objetivo, es decir, por ejemplo, una agresión ilegítima o la situación de necesidad; mas no el elemento subjetivo, por cuanto, este cree que su actuar es justificado (Donna, 1995, p. 287).

Así, un ejemplo de un error de prohibición indirecto, se presenta cuando una persona golpea a dos sujetos en la creencia que así defendía a su hijo de las agresiones de estos, sin advertir que era una puesta en escena que grababan en vídeo para

presentarla en un curso de la carrera de actuación que compartían.

C. Exigibilidad de otro comportamiento

Luego de la imputabilidad y la conciencia de la antijuridicidad, se hace necesario, además, verificar la presencia de un elemento adicional, denominado exigibilidad de otro comportamiento. Ello, atendiendo a que, para afirmar el juicio de reproche, se debe comprobar que el autor plenamente imputable, con adecuado conocimiento de la antijuridicidad de su actuar, se encuentre en una situación en la que le era exigible adecuar su conducta conforme al ordenamiento jurídico (Villa, 2014, p. 520).

Siendo esto así, Reyna (2016), refiere que la exigibilidad de otra conducta en cuanto elemento de la culpabilidad, requiere identificar si en las circunstancias concretas del caso, el agente se encontraba o no en condiciones de seguir los parámetros de actuación establecidos por el ordenamiento jurídico penal, pues no habría juicio de reproche si al sujeto no se le puede exigir un comportamiento distinto (p. 107).

Partiendo de lo anterior, como elemento negativo de la exigibilidad de otro comportamiento, se tiene a la no exigibilidad o también llamada inexigibilidad, que es una excusa conferida por el derecho, en ciertas circunstancias, del reproche personal por el delito cometido (Peña R., 1995, p. 448).

En ese sentido, Reátegui (2009), refiere que existen causas de inexigibilidad que producen una disminución del contenido del injusto penal del hecho, las cuales se presentan en el caso de que haya circunstancias que influyen sobre la motivación, no habiendo, por tanto, reproche de la conducta (p. 261).

a. Causas de inexigibilidad

i. Estado de necesidad exculpante

En el CP peruano, el estado de necesidad exculpante como causa de inexigibilidad se halla contemplado en el numeral 5

de su artículo 20, donde se establece que está exento de responsabilidad penal:

El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación

Dicha causa antes señalada, opera cuando existe colisión entre bienes jurídicos de igual entidad o peso valorativos, lo cual no sucede en el estado de necesidad justificante (tipificado en el numeral 4 del artículo 20 CP peruano)⁴⁶, pues en este último existe un conflicto entre dos bienes jurídicos de diferente valor, en donde se opta por sacrificar el bien de menor relevancia (Peña R. , 1995, p. 449).

Vista tal distinción, es preciso indicar además que, esta causa de inexigibilidad, se refiere a que al autor no le quedaba otra opción o posibilidad que cometer el actuar delictivo, pues se trata precisamente de una exclusión de exigencia de una conducta (Bustos J., 1999, p. 379).

Dicho ello, Muñoz y García (2010), establecen que los requisitos para que concurra un estado de necesidad exculpante son, por un lado, que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar; por otro lado, que la situación de necesidad no haya sido provocada de manera intencionada por el agente y, finalmente, que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse, lo cual se resume en la no exigibilidad de otro comportamiento (p. 332).

Como ejemplo de la presencia de un estado de necesidad exculpante como causa de inexigibilidad, se tiene aquel supuesto en el que dos personas dieron muerte a otra

⁴⁶ El estado de necesidad justificante tipificado en el numeral 4 del artículo 20 CP peruano refiere que está exento de responsabilidad penal "4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro..." (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

disminuida en sus fuerzas, para mantenerse con vida, mientras fuesen rescatados; en razón a que ya no tenían provisiones de alimentos y llevaban varios días sin ingerirlos, luego de haber quedado varados en una isla inhóspita, como consecuencia del naufragio del bote en el que viajaban.

ii. Miedo insuperable

Esta causa de inexigibilidad, se halla establecida en el numeral 7 del artículo 20 del CP peruano, que menciona que está exento de responsabilidad penal: " 7. El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

Considerando lo precedente, Bustos J. (1999), indica que el miedo insuperable se presenta en aquellas situaciones en las que "el sujeto se encuentra sometido a la presión que le produce el miedo por la amenaza de un mal" (p. 380).

Al respecto, Hurtado (2005), plantea que el miedo no requiere ser siempre real, es decir, el autor puede encontrarse atemorizado por un mal real o imaginario, además de que dicho miedo puede ser originado por el actuar de un tercero o por fenómenos de la naturaleza, estando dentro de este último supuesto aquel caso en el que, por ejemplo, una persona causa daños a la propiedad ajena, para poder escapar de la muerte que teme le puede causar el incendio al percibir humo proveniente del piso inferior (p. 682)

Bajo este parámetro, Bramont-Arias (2002), arguye que para el miedo insuperable, se requiere ciertos requisitos; siendo el primero, que la acción u omisión del sujeto sea compelida o motivada por el miedo; además, que este sea insuperable, es decir, debe coaccionar al sujeto para realizar el delito; por último, se exige que el mal sea igual o mayor, analizando los efectos que dicho mal produce en el sujeto (pp. 333-334).

Como muestra de la presencia de un miedo insuperable como causa de inexigibilidad, se tiene el supuesto en el que un agricultor, en una zona rural, realizó una actividad de colaboración para la organización terrorista Sendero Luminoso, prestándoles alimentación y estancia en su casa, ello en virtud a que dichos terroristas, le habían amenazado de muerte en caso no lo hiciera, teniendo en cuenta, además, que ese era el proceder que estos utilizaban en caso no obtuvieran el apoyo requerido.

2.1.4. Punibilidad

Como se ha visto hasta aquí, tradicionalmente se consideró que la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, son los tres principales niveles analíticos del delito que, una vez comprobados, demuestran que el agente es merecedor de pena; sin embargo, Peña y Almanza (2010) refieren que, actualmente, en la doctrina, algunos autores han considerado un cuarto nivel, denominado punibilidad (p. 59).

Muestra de lo anterior, en la doctrina alemana, los autores que aceptan la punibilidad como otro nivel analítico del delito son Binding, Von Hippel, Mezger, Sauer y Wegner; en tanto que en la doctrina italiana se encuentra a Manzini, Florián, Sabatini, Battaglini, Frosali, Cavallo y, finalmente, en la doctrina española, se halla a Jiménez de Asúa, Pacheco, Cuello Calón, Antón Oneca, Del Rosal y Quintano Ripollés (Corvalán, 2009, pp. 95,107).

Aunado a lo anterior, uno de los tratadistas alemanes más importantes que recoge a la punibilidad dentro de la estructura del delito es Roxin (1994/1997), para quien toda conducta punible supone una acción típica, antijurídica, culpable y que cumple otros eventuales presupuestos de punibilidad (pp. 193-195).

A. La punibilidad como nivel analítico del juicio de necesidad de pena

Como ha señalado Colina (2021), con la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad se fundamenta el merecimiento de pena (p. 180). De

allí que Castillo (2002), señale que el merecimiento de pena “es una condición necesaria (pero insuficiente) para determinar qué conductas deben criminalizarse, por lo que se requiere una complementación con la noción de necesidad de pena” (p. 266). Por lo que, se hace necesario referir la punibilidad como nivel analítico del juicio de necesidad de pena.

En ese sentido, Bustos J. (2004), indica que, en la necesidad de la pena, se consideran razones de política criminal que conllevan a prescindir de la pena o a atenuarla, analizando si esta es útil, con la finalidad de lograr una posible resolución de conflicto de un modo menos gravoso, teniendo en cuenta la resocialización (p. 775).

No obstante, lo anterior, es importante establecer la diferencia existente entre merecimiento de pena con su necesidad, por lo que, Mapelli (1990), refiere que en el juicio de merecimiento de pena, se toma en cuenta el desvalor de la acción, el resultado de una conducta típica y la naturaleza del bien jurídico; en tanto que, en la necesidad de pena, se considera los fines de la pena a fin de establecer otros medios de intervención menos gravosos que la sanción penal (pp. 30-32).

Para mayor ilustración, un ejemplo que pone de relieve la diferencia antes anotada, es aquel supuesto en el que una persona comete el delito de homicidio culposo, al producirle la muerte a su hijo menor de edad, como consecuencia de haberlo atropellado con su vehículo, siendo su conducta típica, antijurídica y culpable y, por ende, merecedora de pena; sin embargo, para analizar si es necesaria la aplicación de la pena, tendría que establecerse si esta va a ser útil, en esa persona, a efectos resocializadores, por lo que se considera que este no necesita de dicha pena, porque suficiente tiene con la muerte de su hijo, para que a futuro sea más cuidadoso al conducir su vehículo.

B. Categorías de la punibilidad

Una vez establecido el alcance de la punibilidad como nivel analítico del delito, cabe señalar que, para llevar a cabo el juicio de necesidad de la pena que le es propio, se recurre a las llamadas condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias, entendidas estas como categorías propias de la punibilidad (Roxin 1994/997, p. 983).

Adicionalmente a las anteriores categorías, Bustos M. (2015), agrega que, la punibilidad, también está integrada por las condiciones objetivas de procedibilidad (pp. 207, 216). Contrario a ello, Mir Puig (2008), plantea que "no son condiciones objetivas de punibilidad ni pertenecen al concepto de delito las condiciones de procedibilidad. Éstas no afectan a la existencia de un delito, sino sólo a la posibilidad de su persecución procesal" (p. 173).

Al respecto, la doctrina mayoritaria ha asumido la posición de que las condiciones objetivas de procedibilidad no pertenecen a la punibilidad, en virtud a que esta institución es propia del derecho procesal, puesto que no afectan la punibilidad del comportamiento, sino solo la admisibilidad de la persecución penal (Wessels y otros, 2018, p. 86).

Así, San Martín (2015), anota que las condiciones objetivas de procedibilidad condicionan el ejercicio de la acción penal, pues si estas no se presentan no es posible promoverla; no afectan la existencia de un delito o su castigo, sino la posibilidad de su persecución penal; a diferencia de las condiciones objetivas de punibilidad, que pertenecen a los presupuestos de la punibilidad y condicionan la conveniencia político criminal de aplicar la pena (p. 275).

Para diferenciar mejor estas instituciones, es importante plantear algunos ejemplos. Así, un supuesto de una condición objetiva de procedibilidad, es el requisito procesal que se exige en el numeral 1 del art. 450 del CPP peruano, para la incoación del proceso penal

por delitos de función atribuidos a altos funcionarios públicos⁴⁷, estableciendo que la incoación de este proceso:

...requiere la previa interposición de una denuncia constitucional, en las condiciones establecidas por el Reglamento del Congreso y la Ley, por el Fiscal de la Nación, el agraviado por el delito o por los congresistas; y, en especial, como consecuencia del procedimiento parlamentario, la resolución acusatoria de contenido penal aprobada por el Congreso

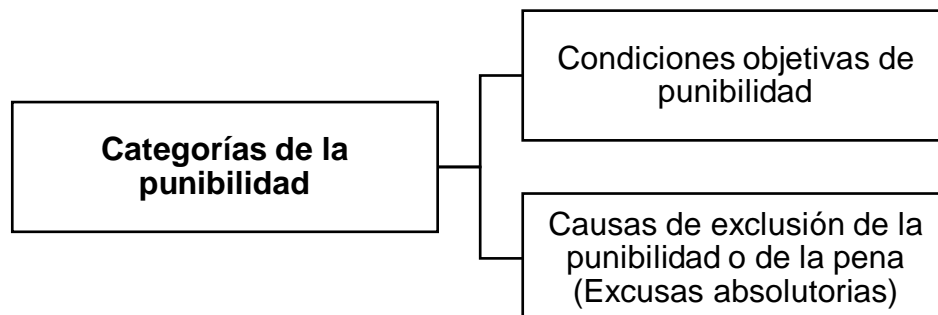
Contrario a lo anterior, un ejemplo de una condición objetiva de punibilidad, lo encontramos en el delito de publicidad indebida de correspondencia epistolar o telegráfica, contenido en el artículo 164 del CP peruano, por el que se establece: "El que publica, indebidamente, una correspondencia epistolar o telegráfica, no destinada a la publicidad, aunque le haya sido dirigida, será reprimido, si el hecho causa algún perjuicio a otro, con limitación de días libres de veinte a cincuentidós jornadas"; donde la condición objetiva de punibilidad viene dada por la proposición "si el hecho causa algún perjuicio a otro" que, de concurrir, fundamentaría la necesidad de pena.

Queda claro que las categorías de la punibilidad, solo son las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias, mismas que han sido consideradas por (Caro y Reyna, 2023; Roxin, 1994/1997) y que son sintetizadas en la siguiente Ilustración 5:

⁴⁷ De acuerdo al artículo 449 del CPP peruano: "El proceso penal contra los altos funcionarios públicos taxativamente designados en el artículo 99° de la Constitución por los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de haber cesado en él, se regirá por las reglas del proceso común, salvo las que se establecen en este Título" (Decreto Legislativo N° 957, 2004). Asimismo, el artículo 99 de la Constitución Política del Perú, a la que hace referencia el artículo precitado indica que: "Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas" (Congreso Constituyente Democrático, 1993).

Ilustración 5

Categorías de la punibilidad



Nota: Elaboración propia.

a. Condiciones objetivas de punibilidad

De acuerdo con Buompadre (2016), las condiciones objetivas de punibilidad tienen un carácter positivo, es decir, supeditan o condicionan la aplicación de la pena o su medida (p. 23). Es decir, “se trata de que esa instancia debe verificarse para habilitar las compuertas de la última decisión sobre la pena” (Rusconi, 2016, p. 605).

En ese sentido, Muñoz y García (2010), refieren que, estas condiciones objetivas de punibilidad, son circunstancias que no pertenecen al injusto o a la culpabilidad, además de que, al no pertenecer tampoco al tipo, no es necesario que se refiera a ellas el dolo del agente; por lo que, solo condicionan, en algunos delitos concretos, la imposición de la pena (p. 401).

Muestra de una condición objetiva de punibilidad, es el delito de instigación o ayuda al suicidio tipificado en el artículo 113 del CP peruano, el cual establece que: “El que instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años...” (Decreto Legislativo N.º 635, 1991); donde, la condición objetiva de punibilidad, está dada por

la frase "si el suicidio se ha consumado o intentado" que, de presentarse, fundamentaría la necesidad de aplicar la pena.

b. Excusas absolutorias o causas personales de exclusión de la pena

El CP peruano ha regulado bajo la denominación de excusa absolutoria, a aquellos supuestos en donde se suprime la aplicación de la pena; sin embargo, la denominación más adecuada de esta institución sería causa personal de exclusión de la pena. Esto último, porque de acuerdo a Bustos J. (2004), esta institución aparece como una circunstancia de carácter personal, referida al sujeto activo, al que se decide excluirle de pena (p. 1013).

A diferencia de las condiciones objetivas de punibilidad que condicionan la aplicación de la pena o su medida, para Buompadre (2016), la formulación de las excusas absolutorias o causas personales de exclusión de la pena, se realizan en un aspecto negativo, es decir, que su concurrencia niega o impide la imposición de una pena a un sujeto que ha realizado una conducta típica, antijurídica y culpable (p. 20).

Partiendo de esto último, las excusas absolutorias o causas personales de exclusión de la pena "son aquellas circunstancias que excluyen la punibilidad sin afectar ni lo ilícito ni la culpabilidad" (Bacigalupo, 1999b, p. 219)

Así, el fundamento para no aplicar la pena a un sujeto activo por concurrir una excusa absolutoria, es porque se asume que, respecto de él, dicha pena no cumple ninguna finalidad, por razones de política criminal y de conveniencia social (Gálvez y Rojas, 2017, p. 275)

Sumado a lo anterior, cabe señalar que, las excusas absolutorias, como causas de exclusión de la pena, se presentan durante la ejecución del delito, en una conducta típica,

antijurídica y culpable, evitando que surja la punibilidad (Moreno-Torres, 2004, p. 43).

Ahora bien, en el CP peruano se han regulado diversas excusas absolutorias. Así, se encuentra la regulada en el art. 406 del CP peruano que indica: "Están exentos de pena los que ejecutan cualquiera de los hechos previstos en los artículos 404⁴⁸ y 405⁴⁹ si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta" (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

Asimismo, se encuentra la excusa absoluta regulada en el artículo 208 del CP peruano que establece:

No son reprimibles, sin perjuicio de la reparación civil, los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen:

1. Los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta.
2. El consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de tercero.
3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

La excusa absoluta no se aplica cuando el delito se comete en contextos de violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar

Así, para efectos del presente trabajo, interesa esta última excusa absoluta, es decir, la regulada en el artículo 208 del CP peruano, cuyo análisis dogmático y político criminal será detallado más adelante.

Por mientras, es conveniente subrayar, además, que la naturaleza jurídica de dichas excusas absolutorias, se

⁴⁸ El artículo 404 del CP peruano hace referencia al delito de Encubrimiento personal, el cual indica: "El que sustrae a una persona de la persecución penal o a la ejecución de una pena o de otra medida ordenada por la justicia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años..." (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

⁴⁹ El artículo 405 del CP peruano, que tipifica el delito de Encubrimiento real señala: "El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años..." (Decreto Legislativo N.º 635, 1991).

fundamenta en razones político criminales, pues, por motivos de utilidad, el legislador decide no imponer una pena; siendo que, dicha utilidad, según mayoría doctrinaria, encuentra sustento en razones preventivas generales o especiales (Nardiello, 2012, p. 219).

De la anterior referencia, se puede colegir que, existe una estrecha relación, entre las razones político criminales que fundamentan las excusas absolutorias que excluyen la punibilidad, y las razones preventivas generales o especiales de la teoría sobre los fines de la pena. Motivo por el que, a continuación, se hará referencia a la relación entre la punibilidad y la teoría de la pena.

2.2. PUNIBILIDAD Y TEORÍA DE LA PENA

Llegados a este punto, es pertinente mencionar que, el nivel analítico de la punibilidad sostiene una estrecha relación con la teoría de los fines de la pena, puesto que el juicio de necesidad de esta, realizado en la punibilidad, "toma en consideración sobre todo los fines de la pena estatal" (Mapelli, 1990, p. 31).

En ese sentido, luego de determinar que concurre una conducta típica, antijurídica, culpable y, por ende, merecedora de pena; es conveniente, en estos casos, tener en cuenta las teorías de los fines de la pena, las cuales, constituyen la justificación y el sustento para la determinación de la conveniencia de su aplicación.

Así, lo ha señalado Bustos M. (2015, como se citó en Alcácer, 2001), para quien, una vez merecida la pena, se analiza si esta puede ser o no necesaria, atendiendo a diversos criterios; entre los cuales, aquel dirigido a verificar si se han cumplido los fines de la pena, concretamente la prevención general y especial o si la pena es, en definitiva, útil para hacer frente al delito (p. 203).

Además, en consonancia con Castillo (2002), en la sanción de una conducta, no solo basta que la sociedad estime como necesaria la aplicación de la pena, sino que es importante que, este instrumento básico del derecho penal, sirva eficazmente como un medio idóneo para lograr sus fines (p. 267)

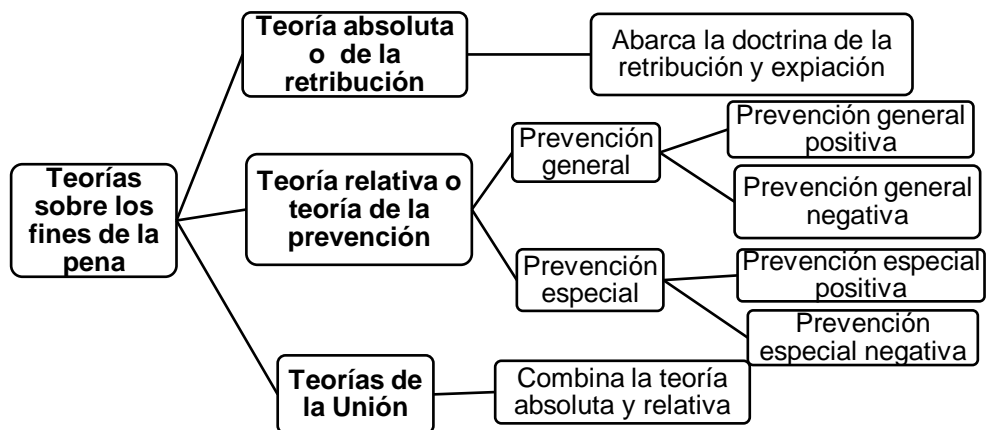
2.2.1. La punibilidad y las teorías sobre los fines de la pena

Estando conscientes de que el nivel analítico de la punibilidad y el juicio de necesidad de pena realizado en él, toman en cuenta a las teorías de la pena, es preciso, en un primer momento, esquematizar las concepciones que, sobre esta, a lo largo del tiempo se han desarrollado.

En ese sentido, obsérvese la Ilustración 6, en la que tomando la clasificación hecha por Farfán (2021), se sintetiza las teorías sobre los fines de la pena:

Ilustración 6

Teorías sobre los fines de la pena



Nota: Elaboración propia.

Y, en un segundo momento, detallar, de manera breve, acerca de cada una de estas, de tal forma que se tenga un mejor panorama cuando se trate de establecer su conducencia a efectos de sustentar el juicio de necesidad de pena, tanto de manera general, como específicamente en los delitos patrimoniales de hurto, apropiación, defraudación y daños incluidos en la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, y de otros de la misma naturaleza a los que esta pueda ampliarse

A. Teoría absoluta o de la retribución

Los máximos representantes de la teoría absoluta o de la retribución, son Kant y Hegel; siendo que, el primero, para remarcar el sentido ético de esta, que suponía no instrumentalizar al hombre

por razones de utilidad social, sino considerarlo como un fin en sí mismo, sostenía, a modo de ejemplo, que aun cuando la sociedad civil de una isla se disolviera con el consentimiento de sus miembros, todos los asesinos que se encontrasen en prisión, deberían ser previamente ejecutados, para que cada uno de estos sufra lo que sus hechos merecen y la culpa no pese sobre quienes no exigieron su castigo; asimismo, Hegel, para quien la pena era la negación de la negación del derecho producida con el delito, sostenía que esta teoría está apartada de metas preventivas (Roxin, 1994/1997, p. 83).

En esa línea, Salazar (2017), afirma que la teoría absoluta entiende a la pena como un simple castigo, fundamentándose en la ley del talión del ojo por ojo y diente por diente (p. 498). De acuerdo con ello, Mir Puig (2008), ha mencionado que dicha teoría sostiene que, el mal no debe quedar impune y que el agente que cometió el delito debe recibir un castigo (p. 77).

Conforme a lo anterior, Hurtado (2005), refiere que, en esta teoría, la pena no cumple algún propósito utilitario específico, es decir, solamente tiene como finalidad que al autor del delito se le castigue por su actuar delictivo (pp. 34-35).

De la misma forma, Piva (2019), indica que en la teoría absoluta o de la retribución no se tiene como objetivo el cumplimiento de alguna finalidad social útil, sino que, su sentido radica en que la culpabilidad del autor debe ser retribuida a través de la imposición de un castigo (p. 277)

B. Teoría relativa o teoría de la prevención

Según Jescheck y Weigend (2014), los fundamentos que sustentan la teoría relativa de la pena son totalmente contrarios a los de la teoría absoluta, por cuanto en las teorías relativas, la pena no es entendida como un simple castigo o como un simple fin en sí mismo, sino que, por el contrario, tiene como finalidad evitar futuros delitos (p. 106)

Siendo ello así, Cury (2020), refiere que la teoría relativa de la pena es de carácter preventivo, motivo por el cual, se le denomina también teoría de la prevención, ya que tiene como objetivo evitar la comisión de delitos, dividiéndose esta en una de tipo general y otra de tipo especial.

Teniendo en cuenta lo anterior, Hurtado (2005), sostiene que, en cuanto a la primera subdivisión de la teoría relativa de la pena, referida a la prevención general, esta, a su vez, es comprendida en un sentido negativo y positivo. (p. 36). De la misma forma ocurre en cuanto a la prevención especial, la misma que también posee un sentido positivo y negativo (Wessels y otros, 2018, pp. 10-11).

a. Prevención general

Tal como ha indicado Mir Puig (2008), la prevención general, fue introducida por Feuerbach, y alude a la prevención frente a la colectividad, concibiendo a la pena como medio para evitar que surjan delincuentes en la sociedad (p. 81).

Esta teoría, como subtipo de las teorías relativas de la pena, apunta a la comunidad y no al autor mismo (Wessels y otros, 2018, p. 10); pues “no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad...la pena debe, sin embargo, actuar no especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad” (Roxin, 1994/1997, p. 89).

Tal como se ha indicado anteriormente, la prevención general puede ser entendida en un sentido positivo y negativo, como se muestra a continuación:

i. Prevención general positiva

A consideración de Pérez (2012), en la variante de la prevención general positiva:

se busca dejar en claro que, al cometer conductas criminales, los transgresores serán sancionados, cumpliendo con ello, una función de motivación para el

resto de la sociedad; en otras palabras, se trata de confirmar que la norma se aplica y que las reglas sociales tienen plena vigencia y, por ende, serán cumplidos los fines sociales. (p. 3)

En ese sentido, García P. (2012) también afirma que en la teoría de la prevención general positiva, la pena apunta a confirmar la vigencia de un conjunto de aspectos socialmente valiosos (p. 90). Es decir, según esta teoría, la aplicación de la pena busca fortalecer la confianza de la sociedad en el ordenamiento jurídico, así como, a mejorar la conciencia jurídica (Wessels y otros, 2018, p. 10)

Sumado a lo anterior, Roxin (1994/1997), indica que esta teoría, tiene tres fines conexos; siendo el primero, el de aprendizaje, producido en la sociedad por la actividad de la justicia penal, además del efecto de confianza, que se origina cuando el ciudadano aprecia que el derecho se aplica y, por último, el efecto de pacificación, que se presenta cuando la conciencia jurídica general se calma con la aplicación de la sanción por el violación de la ley penal (pp. 91-92).

Así, la función de la prevención general positiva es el limitar el *ius puniendi*⁵⁰, y prevenir el delito; siendo los ámbitos de su actuación: la norma, buscando la conservación del Derecho; la sociedad, produciendo la pacificación de la conciencia social; y el ciudadano, destinatario de la norma penal, contribuyendo a su integración y socialización, junto a otros medios de control social formal e informal (Duran, 2016, pp. 282-291).

ii. Prevención general negativa

En cuanto a la prevención general negativa, Farfán (2021), señala que "esta teoría deja de lado la culpabilidad (imprescindible en las teorías absolutas) y la reemplaza por la motivación conseguida mediante la intimidación" (pp. 241-

⁵⁰ Entiéndase al *ius puniendi* como el derecho que le corresponde al Estado de crear y aplicar el derecho penal objetivo (Mir Puig, 2008, p.42).

242). Esto es, tiene como objetivo la intimidación de "la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados" (Bacigalupo, 1999, p. 33).

Dicha motivación, de acuerdo a García P. (2019), puede tener lugar a nivel de la ley penal, en donde se prevé la imposición de la pena por la comisión de los delitos y, por otro lado, puede darse a nivel de la ejecución penal, en donde con la imposición de la pena, se busca producir una disuasión sobre la sociedad para evitar la comisión de delitos (p. 81).

Por lo que, tal como lo ha indicado Roxin (1997), la prevención general negativa, se resume en el concepto de intimidar a otras personas que corren el riesgo de cometer delitos parecidos (p. 91).

b. Prevención especial

Según Mir Puig (2008), el influjo moderno más poderoso en favor de la prevención especial, se debe a Von Liszt, quien consideraba que la función de la pena es la intimidación del delincuente concreto, además de su corrección, resocialización e inocuización (pp. 84-85).

En ese sentido, la prevención especial dirige su propósito al autor concreto del delito, con la finalidad de que este no reitere el hecho delictivo, a diferencia de la prevención general que se dirige a la colectividad (Bacigalupo, p. 33). Así, como se ha señalado anteriormente, esta prevención especial, se presenta en una variante positiva y negativa.

i. Prevención especial positiva

La prevención especial positiva no concibe al delincuente como un ciudadano común, sino como una persona que posee carencias psicológicas, culturales y sociales, que son las que lo han motivado a cometer ciertos delitos; motivo por

el que, esta teoría, busca rehabilitar o resocializar al agente, actuando sobre dichas carencias para reinsertarlo en la sociedad (Varona, 2013, p. 18).

Con arreglo a lo anterior, Villavicencio (2019), asevera que la pena en la prevención especial positiva "está dirigida a influir directamente sobre el agente de manera individual, ya sea reeducando, resocializando e integrando al delincuente a la comunidad" (p. 26). De igual manera, Zaffaroni (2009), describe que esta variante positiva de la prevención especial sirve para resocializar a la persona que cometió el delito, ya sea reeducándola o resinsertándola (p. 21).

En consonancia con los anteriores señalamientos, Pérez (2012), arguye que la teoría de la prevención especial positiva:

tiene como finalidad el lograr que el sujeto que ha vulnerado la norma criminal se reinserte a la sociedad, esto es, que se convierta nuevamente en un ser de provecho para el grupo social, por ello, la pena impuesta debe tender al logro de ese objetivo. (p. 4)

Esta reinserción, según Farfán (2021), se logra con base en las normas básicas de convivencia contextualmente importantes (p. 239).

ii. Prevención especial negativa

Contrario a los propósitos de la prevención especial positiva, en la variante de prevención especial negativa, se considera que la persona que comete el hecho delictivo es una persona peligrosa a quien hay que apartar de la sociedad o bien impedirle que tenga oportunidad de volver a cometer delitos (Varona, 2013, p. 18).

En ese sentido, Zysman (2013), apunta que la prevención especial negativa, tiene como propósito evitar la comisión de delitos por tiempos prolongados, por medio de impedimentos físicos; es decir, a través de encierros de los delincuentes, en la cárcel, por periodos largos, o por otros medios que

signifiquen el apartamiento del agente delictivo de la sociedad, como la detención domiciliaria (p. 57).

Aunado a lo precedente, Wessels y otros (2018), indican que esta teoría tiene como fin la protección de la comunidad frente al delincuente, mediante el apartamiento o internamiento de este en centros penitenciarios (p. 11).

C. Teorías de la unión

Como consecuencia de la divergencia existente entre las teorías absolutas y las teorías relativas de la pena, surgen las denominadas teorías de la unión. Al respecto, Piva (2019), plantea que estas últimas articulan una síntesis de las teorías absolutas y relativas de la pena; es decir, implica una combinación de los fines preventivos y retributivos, intentando con ello constituir un sistema que almacene los efectos más positivos de cada una de ellas (p. 280).

Siguiendo lo indicado precedentemente, Villavicencio (2019), sostiene que las teorías de la unión plantean que la pena debe imponerse tomando en consideración a la culpabilidad y proporcionalidad, buscando con ello justicia y a la vez la prevención de la comisión de nuevos delitos (p. 26).

Es decir, en las teorías de la unión, existen fases sobre las cuales priman distintas teorías; así, la primera fase de prevención general plantea que la pena conminada tiene como fin prevenir los delitos; por otro lado, la fase de retribución, busca el establecimiento de la pena de forma proporcional y, por último, la fase de prevención especial, procura que durante la ejecución de la sentencia se logre la resocialización del individuo para su reinserción en la sociedad (Bramont-Arias, p. 107).

2.3. PUNIBILIDAD Y POLÍTICA CRIMINAL

Habiendo mencionado cada una de las concepciones referentes a las teorías sobre los fines de la pena, como criterios fundamentales a tener en cuenta en el juicio de necesidad de pena realizado en la punibilidad, es también

conveniente entender este último nivel analítico del delito según los lineamientos planteados por la denominada política criminal, ya que esta va a suministrar los criterios para la identificación de ciertos intereses y circunstancias que hacen que la aplicación de la norma penal esté conectada con la realidad.

Así, antes de dar cuenta de la vinculación entre la política criminal y la punibilidad, es necesaria la aclaración del contenido y alcance de aquella. Conforme a ello, Soler (1992), indica que esta se originó a partir de una corriente doctrinaria encabezada por Von Liszt, incluyendo a Prins, Van Hammel y Garçon; quienes alineaban su pensar en el sentido de que la labor del jurista se centra en hallar fórmulas legales idóneas para las necesidades de cada país, además de que se debe propender a la modificación de las legislaciones vigentes considerando estudios sociológicos y antropológicos del delito y del delincuente; afirmando, luego, que en la política criminal se experimenta la necesidad de que las leyes estén sólidamente asentadas sobre un conocimiento profundo de la realidad que pretenden regular (pp. 58-59).

Partiendo de lo anterior, uno de los tratadistas autorizados que puede aproximar a una definición de política criminal es Binder (2011), para quien la política criminal debe ser entendida como un segmento de la política de gestión de la conflictividad, la misma que busca evitar de un modo general la violencia y el abuso de poder, para hacer frente al fenómeno criminal a través de la toma de decisiones por parte del Estado, buscando prevenir, disuadir o reprimir el delito (p. 202).

En esa línea, Prado B. (2021), considera que la política criminal constituye un saber científico aplicado, teniendo como propósito la promoción de estrategias eficaces para el efectivo control del delito, mediante la intervención del Estado (pp. 268-269). Por lo que, los lineamientos de la política criminal "sirven entonces de criterios de decisión respecto de los sistemas dogmáticos para la aplicación del derecho penal" (Bacigalupo, 1999, p. 78).

Considerando los anteriores lineamientos, Muñoz y García (2010), plantean que la política criminal contiene factores o pautas a tener en cuenta por el

legislador, para tomar una decisión sobre el merecimiento de pena de una conducta delictiva, siendo estos factores de carácter normativo y, por otro lado, de índole empírica o de utilidad; factor último que se explica en el ejemplo de que, en un estado de derecho, sería inaceptable y contraproducente castigar con pena de muerte la comisión delictiva de un hurto (p. 195).

Esto último, reconduce a la idea de utilidad, como uno de los criterios trascendentales de la política criminal, a efectos de determinar la necesidad de pena, propia del nivel analítico de la punibilidad.

Motivo por el que, a continuación, se tratará, en concreto, dicho criterio, dada su íntima relación con el nivel analítico de la punibilidad y sus presupuestos. Así, lo ha señalado el Centro de Información Jurídica en Línea (2011), en su Informe de Investigación titulado “Excusas legales absolutorias y la extinción de la responsabilidad penal”, en el cual se menciona que los presupuestos de punibilidad, esto es, tanto las condiciones objetivas de punibilidad como las excusas absolutorias, contienen una justificación puramente utilitaria de política criminal (p. 3).

2.3.1. Punibilidad y utilidad

Como se mencionó anteriormente, la utilidad, como criterio de la política criminal, tiene conexidad con la punibilidad, pues tal como lo ha afirmado Díez Ripollés (2022), el juicio de necesidad de pena, propio del nivel analítico de la punibilidad, se afianza directamente al criterio de utilidad, como sucede por ejemplo mediante la creación o ampliación de excusas absolutorias en distintos delitos (p. 141).

Y es que, si se busca la aplicación de una excusa absolutoria en determinados delitos, es porque precisamente el legislador ha identificado algún motivo político criminal, que fundamente la no aplicación de la pena, por considerar que esta no es útil o necesaria.

De tal forma que, tal como lo señala Binder (2011), es precisamente la utilidad, el criterio que debe orientar el ejercicio del poder penal del Estado (p. 114). En ese sentido, no se puede admitir una acción estatal

sin una utilidad social, por lo que dicha pena no puede ser pura retribución por el hecho delictivo (Binder, 2004, p. 309).

Considerando ello, Castillo (2002), señala que cuando se va a aplicar una pena, no basta considerar si una conducta delictiva es merecedora de pena, sino que es fundamental que la aplicación de dicha pena sea un medio idóneo para lograr los fines que se propone el Estado con la protección del bien jurídico protegido, pues la necesidad de pena es una consideración valorativa de utilidad, ya que esta debe reportar a la sociedad algún beneficio respecto a su conservación (pp. 266-267)

Esa utilidad social, precisamente, hace que la necesidad de pena, no solo dependa de finalidades propias de esta, sino, además, preste atención a otras finalidades que derivan de intereses prioritarios extrapenales, como la preservación de la unidad familiar, entre otros.

2.4. LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 208 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

2.4.1. La excusa absolutoria en los delitos contra el patrimonio en el derecho penal peruano

Ya en el CP peruano de 1863, como parte final de la sección duodécima que albergaba a los “delitos contra la propiedad particular”, y a modo de una disposición general, se establecía en el artículo 369 que:

Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causen:

1. Los cónyuges; y los ascendientes, descendientes y afines en la misma línea.
2. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro.
3. Los hermanos y cuñados, si vivieren juntos.

Agregando a lo anterior, en el artículo 370 de dicho CP peruano de 1863, se establecía que “La excepción del artículo anterior no es aplicable a los extraños que participen del delito” (Código Penal, 1863, p. 107).

Posteriormente, en el CP peruano de 1924, al finalizar la sección sexta que contenía a los “delitos contra el patrimonio” y como disposición general, en el artículo 260, se estableció que:

No son reprimibles con pena, sin perjuicio de la reparación, por los robos, apropiaciones, o defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren:

1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en línea recta.
2. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro.
3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

La excepción establecida en este artículo, no es aplicable a los extraños que participen del delito. (Código Penal, 1924, p. 81)

Actualmente, en el CP peruano de 1991, al finalizar el título quinto reservado a los “delitos contra el patrimonio”, como disposición común, en el artículo 208, referido a la excusa absolutoria se establece que:

No son reprimibles con pena, sin perjuicio de la reparación civil, los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen:

1. Los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta.
2. El consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de tercero.
3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

La excusa absolutoria no se aplica cuando el delito se comete en contextos de violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar. (Decreto Legislativo N.º 635, 1991)

De lo indicado previamente, se tiene que, en el Código Penal de 1863, la excusa absolutoria tenía cobertura sobre los hurtos, defraudaciones y daños; la que se amplió en el Código Penal de 1924, al incluir a las apropiaciones, pero reemplazó a los hurtos de la codificación anterior (que estaban referidos a las sustracciones simples sin concurrencia de agravantes, ni de violencia o amenaza contra la persona) por los robos, para así guardar coherencia con la denominación única de “robo” que estableció este código, que agrupaba tanto a las sustracciones simples

y agravadas sin violencia ni amenaza contra las personas, como a las que sí incluían estos mecanismos de acción.

Tratamiento este que se produjo debido a que el legislador asumió en las codificaciones de 1863 y 1924, lo que Rojas (2020) llama modelo unitario de construcción legislativa del hurto y robo; que fue dejado de lado cuando en el Código Penal de 1991, se asumió el modelo de distinción conceptual y descriptiva, y de autonomía normativa y clasificatoria, entre hurto y robo (pp. 67-68). Por el cual, existe una clara definición y distinción de estas figuras; de allí que, se haya considerado como modalidades en las que se ha de aplicar la excusa absolutoria, nuevamente, a los hurtos, dejándose de lado a los robos, y se mantenga la referencia a las apropiaciones, defraudaciones y daños.

Respecto a los supuestos de aplicación de la excusa absolutoria, contenidos en los tres numerales de su descripción legal, estos no han sufrido mayor variación que la inclusión de los concubinos como favorecidos por la excusa.

En cuanto a la inaplicación de la excusa absolutoria, mientras en las codificaciones de 1863 y 1924, esta se refería a los extraños que participasen del delito; en la vigente su inaplicación corresponde cuando el delito se comete en contextos de violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar.

2.4.2. Ámbito de aplicación de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano

Considerando que la excusa absolutoria cumple una importante función en la estructura de la teoría del delito, concretamente en el nivel analítico de la punibilidad, al momento de realizarse el juicio de necesidad del injusto culpable previamente acreditado, corresponde establecer el ámbito de su aplicación, teniendo en cuenta: el interés o bien jurídico que se busca proteger; los delitos bajo su cobertura; los supuestos de exclusión que exige en sus tres numerales; y la excepción cuando el delito se comete en contextos de violencia contra la mujer o integrantes del grupo familiar.

A. El bien jurídico protegido en la excusa absolutoria del artículo 208 del CP

Para poder identificar cuál es el bien jurídico protegido en la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, es preciso traer a colación la reflexión que hace Buompadre (2016), cuando refiriéndose a similar excusa absolutoria del Código Penal argentino⁵¹, indica que la mención de los sujetos beneficiados con esta, conduce a la conclusión de que es la unidad familiar. Que la postura antes mencionada se consolida por encima de otras que ven el bien jurídico protegido en la comunidad de bienes o copropiedad familiar, pues en estas nada tienen que ver, por ejemplo, los hermanos y los cuñados, aunque vivan juntos, ni los afines en línea recta. (pp. 78-79).

La unidad familiar, no debe entenderse como el simple vínculo familiar generado por el parentesco que permite identificar a las personas beneficiadas con la excusa, sino como la ligazón que existe entre estas por el afecto, el apoyo mutuo, la convivencia, la necesidad de compartir y de concretizar expectativas comunes.

Solo así se puede hacer evidente que si se excluye la pena no es porque bastó acreditar que el sujeto activo tenía respecto del sujeto pasivo alguna de las calidades especiales establecidas como supuestos de exclusión, sino porque ante la presencia de esa ligazón, se hace imprescindible su preservación, pues se preserva lo que existe y es necesario mantener.

De allí que, Buompadre (2016), se pregunte qué unidad familiar puede existir entre cónyuges separados de hecho, sin voluntad de unirse y, responda afirmando que, en estas situaciones, el bien jurídico ha desaparecido y, con él, la excusa; para luego resaltar la

⁵¹ El artículo 185 del Código Penal argentino establece: Están exentos de responsabilidad criminal, sin perjuicio de la civil, por los hurtos, defraudaciones o daños que recíprocamente se causaren: 1. Los cónyuges, ascendientes, descendientes y afines en línea recta; 2. El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otro; 3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos. La excepción establecida en el párrafo anterior, no es aplicable a los extraños que participen del delito.

necesidad de pensar cada caso bajo ese razonamiento (pp. 82-83). Esto es, el ámbito de aplicación de la excusa absolutoria no solo se define por la acreditación de alguno de los supuestos de exclusión descritos en los tres numerales del artículo 208 del CP peruano, sino que además requiere establecer si está vigente ese interés expresado en la unidad familiar y la necesidad de preservarlo.

Así pues, la unidad familiar como bien jurídico protegido, se constituye en una pauta que define la operatividad de cada uno de los supuestos de exclusión de la excusa absolutoria, además marca las condiciones y límites en los que ha de entenderse.

Siguiendo en el análisis, Roxin (2002, como se citó en Peña Cabrera, 2019), agrega que el reconocimiento de la necesidad de preservación de la unidad familiar, le es consustancial a la decisión del legislador de hacerla prevalecer sobre el interés público de que se castigue el delito contra el patrimonio cometido, que termina sacrificándose. En ese sentido, la excusa absolutoria existe a decir de Buompadre (2016), no para proteger el patrimonio de la comunidad familiar, sino la unidad familiar en sí misma, como ente sociocultural y núcleo esencial de la sociedad (p. 79).

Como correlato de ello, Buompadre (2016) afirma la convicción de que la intervención penal en el ámbito familiar debe ser lo más restringida posible (p. 78). Al respecto, de acuerdo a Peña (1995, como se citó en Reátegui, 2022), se busca evitar que dicha intervención dependa de intereses estrictamente patrimoniales, en tanto, la instauración de un proceso y el despliegue de los actos de investigación del delito cometido, puedan devenir en perjudiciales y profundizar las disensiones ya existentes en la débil unidad familiar, ocasionando insalvables consecuencias.

Para Roy (1983, como se citó en Salinas, 2019), es malo dejar sin sanción un delito patrimonial, pero es un mal mayor comprometer la armonía del núcleo familiar con el castigo infligido a uno de sus miembros; que no es extraño al derecho escoger un mal menor para

evitar otro mayor. El fundamento de la excusa, según Villa (2001, como se citó en Reátegui, 2022), en todo caso es político criminal en salvaguarda de la familia o lo que queda de ella.

La unidad familiar como bien jurídico protegido o interés que se busca satisfacer con la excusa absolutoria, encuentra su razón de ser en el mandato constitucional establecido en el artículo 4° de la Constitución Política del Perú, en el que se establece que la comunidad y el Estado protegen a la familia (Constitución Política del Perú, 1993, pp. 18-19)

La unidad familiar, por ende, se constituye en una directriz constitucional, en tanto pauta de interpretación de todas aquellas normas que regulan la familia como manifestación institucional y sociocultural; y llega a formar parte del programa penal constitucional, en el que confluyen los principios o normas rectoras constitucionales que orientan la labor del legislador, juez y demás actores en las decisiones que tomen con ocasión de la gestión del conflicto penal, ya sea a nivel de formulación político criminal, en cuanto al primero, o a nivel de configuración político criminal, en cuanto los demás.

B. Los delitos bajo cobertura de la excusa absolutoria

La referencia a que no son reprimibles los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, *prima facie*, podría parecer lo suficientemente clara, sin embargo, ¿son solo las modalidades simples o básicas a las que se alude o, además, las agravadas?

De acuerdo a Peña Cabrera (2019), su mención en plural provoca se entienda que incluyen además de las formas simples, las agravadas, pudiendo aplicarse la excusa absolutoria, en el hurto simple, hurto agravado, hurto de uso, hurto de ganado, hurto de uso de ganado, apropiación ilícita común, sustracción de bien propio, apropiación irregular, apropiación de prenda, estafa y otras defraudaciones, daño simple y daño agravado, salvo el daño

perpetrado mediante violencia o amenaza contra las personas (pp. 783-784).

De allí que además Peña Cabrera (2019), recurra al delito de hurto agravado en casa habitada que supone, a su vez, la comisión de otra figura delictiva como la violación de domicilio, para indicar cómo la excusa absolutoria operaría sobre aquél, mientras que habría de reprimirse este último (p. 784).

Por su parte, Buompadre (2016), comentando la similar excusa absolutoria del Código Penal argentino, indica que están comprendidos “los delitos de hurtos, defraudaciones y daños, vale decir, los hurtos simples o agravados, las defraudaciones, comprensivas de las estafas, simples o agravadas y atenuadas, y de los abusos de confianza, y los daños, simples o agravados” (p. 85).

Ahora, la consideración de la estafa bajo la cobertura de la excusa absolutoria, encuentra sentido si la comprendemos como una defraudación. Y es que la nominación del Capítulo V del Título V del CP peruano, descrita como “Estafa y otras defraudaciones”, ya anticipa esa relación; de la que se ocupa Reátegui (2018), al indicar que “...los supuestos típicos descritos en este rubro podrán ser clasificados teniendo como base un supuesto de defraudación genérico y cuatro supuestos especiales de defraudación. La genérica sería la estafa (artículo 196°) y las especiales, las tipificadas en el artículo 197...” (p. 328).

Al respecto, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, en la ejecutoria recaída en el Recurso de Casación N° 461-2016/Arequipa, de fecha 15 de mayo de 2019, al abordar la relación entre el delito de estafa y estelionato, ha reafirmado el entendimiento antes mencionado al indicar, en su fundamento décimo tercero que “...ambos son especies del género defraudación; regulados en el capítulo V que comprende los artículos 196 (estafa), 196-A (estafa agravada) y 197 (defraudación), bajo la denominación ‘Estafa y otras defraudaciones’”

C. Los supuestos de exclusión requeridos por la excusa absolutoria

Los supuestos de exclusión requeridos para aplicar la excusa absolutoria descritos en los tres numerales del artículo 208 del CP peruano, tienen en común a la relación de parentesco entre los sujetos activo y pasivo del delito. Esta relación, a decir de Buompadre (2016), es un vínculo jurídico que enlaza a las personas entre sí y puede ser por consanguinidad, por afinidad o por adopción (p. 59). Siendo según Peña Cabrera (2019), consustancial a una institución jurídico-social de vital importancia en cualquier Estado y sociedad, como lo es la familia, que es célula básica de nuestra comunidad (p. 781).

De acuerdo a Reátegui (2022), la relación de parentesco opera a modo de condición y debe estar presente entre sujeto activo y sujeto pasivo al momento de la comisión del delito, sin importar si aquél, teniéndola, interviene a título de autor o de partícipe, al no existir distinción en la disposición legal que regula la excusa absolutoria (pp. 809-810).

Las concretas cualidades especiales que expresan la relación de parentesco y que se exigen en el artículo 208 del CP para aplicar la excusa absolutoria son las de cónyuge, concubino, ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano y cuñado.

a. Los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta.

Cónyuges son aquellas personas que han contraído matrimonio civil de acuerdo a lo que el Código Civil establece, y lo son, a efectos de la excusa absolutoria, aun el anulable (artículo 277 del CC) y el sujeto a nulidad (artículo 284 del CC), a menos que exista sentencia judicial declarando su nulidad. (Peña Cabrera, 2019, pp. 784-785).

Asimismo, Buompadre (2016), agrega que la calidad de cónyuge se pierde, además, por la disolución del matrimonio, considerando

como sus causas a la muerte de uno de los cónyuges, la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento y el divorcio declarado judicialmente (pp. 88-89).

A favor de comprender en el alcance de la excusa absolutoria a los cónyuges que devienen de matrimonio religioso, se encuentra Reátegui (2022), en tanto este origina, fácticamente, una situación idéntica a la del civil, con iguales deberes, obligaciones y régimen patrimonial y, además, porque patrimonialmente se da el mismo tratamiento a la convivencia que al matrimonio (p. 812).

Por otro lado, Salinas (2019), es de la posición de que la excusa absolutoria alcanza a aquellos cónyuges así viviesen separados (p. 1712). Y Peña Cabrera (2019), señala de que la separación de hecho sin inicio de proceso judicial de divorcio, con quebrantamiento de la cohabitación, impide la aplicación de la excusa absolutoria (pp. 784-785). Al respecto, lo fundamental, más allá de si se encuentran separados o no, es prestar atención a si subsiste o no la voluntad de unirse y de ello hacer depender la aplicación de la excusa.

Los concubinos son aquellas personas que voluntariamente mantienen una unión de hecho, sin impedimento para contraer matrimonio, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los de éste, que da lugar a una sociedad de bienes sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que medie por lo menos dos años continuos de dicha unión.

De otro lado, ascendientes y descendientes, según Peña Cabrera (2019), puntualiza que son aquellos parientes consanguíneos en línea recta, que se identifican o proceden de un tronco común; es decir, entre los primeros, los padres, abuelos, bisabuelos, etc.; y, entre los segundos, los hijos, nietos, bisnietos, etc (p. 785).

Así, se consideran dentro de esta calidad especial de parentesco consanguíneo a efectos de la aplicación de la excusa absolutoria,

a los hijos extramatrimoniales, pues el artículo 208 del CP peruano que la regula, no hace distinción alguna al respecto, en consonancia con el principio de igualdad.

Por su parte, Gálvez y Delgado (2011, como se citó en Reátegui, 2022), sostienen que, en aplicación de la analogía *in bonam partem*, es factible considerar al hijo adoptivo como beneficiario de la excusa absolutoria, en tanto están sujetos, respecto a las relaciones patrimoniales, a los mismos deberes, obligaciones y condiciones que los ascendientes y descendientes consanguíneos.

Se tiene además que, los afines en línea recta, de acuerdo a Salinas (2019), son los parientes que resultan a partir del matrimonio; con este se produce el parentesco por afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro, hallándose cada cónyuge en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad; y lo son en línea recta los suegros, yernos y nueras (pp. 1712-1713).

b. El consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de tercero

El consorte viudo es el cónyuge supérstite al fallecido, y es favorecido con la excusa absolutoria mientras los bienes de este, que son objeto del delito que cometió, no hayan pasado a poder de tercero.

A decir de Peña Cabrera (2019), cuando en la norma se hace referencia a los bienes del difunto cónyuge, se alude a que aún no puede haberse determinado la sucesión de estos y, como tal, el delito cometido por el consorte viudo puede ser cubierto por la excusa absolutoria (pp. 785-786).

En palabras de Salinas (2019), la excusa absolutoria no opera en caso de que el bien objeto del delito haya pasado ya a poder de tercero o extraño, ajeno a cualquier relación de consanguinidad o afinidad en línea recta con el consorte viudo (p. 1713).

c. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

Los hermanos son los parientes consanguíneos en segundo grado en línea colateral, y los cuñados son los parientes afines en el mismo grado y línea.

Para la aplicación de la excusa absolutoria a los antes mencionados, se agrega la exigencia de que vivan juntos; la que tiene su razón de ser, según Peña Cabrera (2019), en el hecho de que el vínculo de parentesco antes descrito, no es tan fuerte como el existente entre los consanguíneos en línea recta, esto es, ascendientes y descendientes (p. 786).

Por su parte, Peña (1995, como se citó en Reátegui, 2022), se muestra conforme con la exigencia de que vivan juntos cuando se trata de los cuñados, más no para los hermanos, considerándola extrema, pues aun cuando habiten en lugar distinto continúan formando el conglomerado familiar.

Para Buompadre (2016), la excusa absolutoria comprende a los hermanos sean unilaterales o bilaterales, donde los primeros proceden de un mismo ascendiente en primer grado, difiriendo en el otro (p. 90).

D. La excepción cuando el delito se comete en un contexto de violencia contra la mujer o integrantes del grupo familiar

Mediante el artículo 1 del “Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género”, se modificó el artículo 208 del CP peruano, introduciéndose un párrafo adicional según el cual “La excusa absolutoria no se aplica cuando el delito se comete en contextos de violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar”; es decir, una excepción a la aplicación de la excusa absolutoria. (Decreto Legislativo N.º 1323, 2017).

De acuerdo a Peña Cabrera (2019), ha sido establecida por el legislador como parte de una política criminal del género y de los miembros vulnerables del grupo familiar; siendo que esta excepción

implica que conjuntamente con los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños, cubiertos por la excusa absolutoria, aparece una situación de violencia familiar, donde dichos delitos serán subyacentes a las lesiones graves o leves o agresiones intrafamiliares, dando como resultado a un concurso ideal o real de delitos (p. 789)

De allí que Salinas (2019) ejemplifica la situación antes descrita, al mencionar que no será aplicable la excusa absolutoria a quien, tras agredir físicamente a su cónyuge o conviviente, aprovecha que esta se encuentra en un centro asistencial de salud, y sustrae los bienes muebles de la vivienda y se los lleva a la de su madre (p.1713).

Así, la operatividad de la excepción a la aplicación de la excusa absolutoria, supone conocer quiénes son los sujetos a los que se protege en esos contextos, qué se entiende por violencia contra la mujer o integrantes del grupo familiar, y los tipos de violencia en que se manifiesta. Solo así se podrá, con seguridad, establecer si esta procede y evita la aplicación de la excusa absolutoria, así como, si despliega su efecto limitante a todos o algunos de los delitos bajo la cobertura de la excusa absolutoria.

En primer lugar, los sujetos de protección, de acuerdo a los literales a) y b) del artículo 7 de la Ley N.º 30364, “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”, lo son:

- a. Las mujeres durante todo su ciclo de vida: niña, adolescente, joven, adulta y adulta mayor.
- b. Los miembros del grupo familiar. Entiéndase como tales, a los cónyuges, excónyuges, convivientes, exconvivientes; padrastros, madrastras; o quienes tengan hijas o hijos en común; las y los ascendientes o descendientes por consanguinidad, adopción o por afinidad; parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o adopción y segundo grado de afinidad; y quienes habiten en el mismo hogar siempre que no medien relaciones contractuales o laborales, al momento de producirse la violencia (Ley N.º 30364, 2015)

Grupo éste último que comprende a los sujetos incluidos en los supuestos de exclusión para aplicar la excusa absolutoria, descritos en los tres numerales del artículo 208 del CP peruano.

En segundo lugar, la definición de violencia contra las mujeres se incluye en el primer párrafo del artículo 5 de la mencionada ley, y se la entiende como aquella conducta que les causa muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico por su condición de tales, comprendiendo, entre otros, la violación, maltrato físico o psicológico y abuso sexual; y en el literal a) del segundo párrafo se incluye, como uno de sus ámbitos específicos de producción, a la familia o unidad doméstica. Mientras que la violencia contra los integrantes del grupo familiar, es definida en el artículo 6, como la conducta que le causa la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, producida como parte de una relación de responsabilidad, confianza o poder.

En tercer lugar, los tipos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, de acuerdo al artículo 8 de la mencionada Ley N.º 30364, son:

- a. Violencia física. Es la acción o conducta, que causa daño a la integridad corporal o a la salud. Se incluye el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas, que hayan ocasionado daño físico o que puedan llegar a ocasionarlo, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación...
- b. Violencia psicológica. Es la acción u omisión, tendiente a controlar o aislar a la persona contra su voluntad, a humillarla, avergonzarla, insultarla, estigmatizarla o estereotiparla, sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación...
- c. Violencia sexual. Son acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento o bajo coacción. Incluyen actos que no involucran penetración o contacto físico alguno. Asimismo, se consideran tales la exposición a material pornográfico y que vulneran el derecho de las personas a decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación...
- d. Violencia económica o patrimonial. Es la acción u omisión que ocasiona un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de las mujeres por su condición de tales o contra cualquier integrante del grupo familiar, en el marco de relaciones de poder, responsabilidad o confianza, por ejemplo, a través de:
 1. La perturbación de

la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes. 2. La pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales. 3. La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; así como la evasión del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias. 4. La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

2.4.3. La subsistencia de la responsabilidad civil ante la exclusión de la punibilidad por la excusa absolutoria

La responsabilidad civil subsiste más allá de la aplicación de la excusa absolutoria, a decir de Buompadre (2016), porque el hecho ilícito, como tal, no desaparece en virtud de la exclusión de la pena (p. 92). De allí que Reátegui (2022) indique que, de no haber sanción en el ámbito penal en virtud de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, la habrá en el ámbito civil (p. 811).

Y ello porque, como lo afirma Gálvez y Delgado (1999, como se citó en Reátegui, 2022), la conducta al ser configurativa de delito, significa que es antijurídica, por lo que el daño ocasionado también y es resarcible civilmente. Y es que la valoración de un hecho como antijurídico no se limita a un ámbito determinado del derecho (penal, civil, administrativo, etc.), sino que es única para todos.

Por otro lado, Salinas (2019), propone un tratamiento diferenciado para reclamar la reparación civil ante la presencia de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, y lo hace a partir de dos supuestos en función de la intervención única del sujeto activo en contra de su pariente o junto a terceros sin parentesco; de tal forma que, en el primero, se archive la investigación penal y se oriente a la víctima a recurrir a la vía civil, evitándose la ignominia del agente y procurándose el mayor éxito económico en la reparación a la víctima, y en el segundo, se formalice la investigación penal contra todos los intervinientes, a fin de que la determinación de la reparación civil en la sentencia sea acorde al grado de participación (pp. 1714-1715).

Al respecto, en concreto a la posibilidad de reconducir la pretensión resarcitoria a la vía civil, Peña Cabrera (2019), refiere que significaría una carga gravosa para la víctima, pues el órgano jurisdiccional, sin perjuicio de declarar el sobreseimiento de la investigación penal, puede pronunciarse sobre la acción civil derivada del delito, en conformidad a lo establecido en el numeral 3 del artículo 12 del CPP⁵² (p. 788).

2.5. RAZÓN POLÍTICO CRIMINAL DE LA INCLUSIÓN DE LOS DELITOS DE HURTOS, APROPIACIONES, DEFRAUDACIONES Y DAÑOS EN LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 208 DEL CÓDIGO PENAL

A partir de la definición de política criminal como una manifestación de la política de gestión de la conflictividad que despliega el Estado para enfrentar el fenómeno criminal en la sociedad, se puede entender que la necesidad de identificar la razón político criminal de la inclusión de los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños en la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, supone establecer cuál fue la motivación del legislador para decidir que se excluya la pena en dichos delitos y no en otros, cuando entre sujeto activo y pasivo medie una determinada relación de parentesco en la que sea indispensable preservar la unidad familiar.

Así, Reátegui (2022) nos ofrece una primera aproximación para identificar cuál sería la razón político criminal para incluir a los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, en la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, cuando refiere que esta busca evitar que el Estado intervenga por intereses estrictamente patrimoniales (p.803). Es decir que, si bien la excusa absolutoria se encuentra establecida como disposición común del grupo de delitos contra el patrimonio, solo opera en aquellas modalidades en donde el desvalor del injusto compromete únicamente bienes jurídicos patrimoniales.

En esa misma línea se expresa Peña Cabrera (2019), al indicar que la excusa absolutoria que se trata, como cláusula de exoneración, solo puede justificarse en una criminalidad patrimonial que no revela un injusto muy calificado, de mínima significancia antijurídica, como es la de los hurtos,

⁵² Artículo 12.-Ejercicio alternativo y accesoriedad: "...3. La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento no impedirá al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible válidamente ejercida, cuando proceda".

defraudaciones, apropiaciones y daños, que atacan de forma singular intereses patrimoniales y no bienes jurídicos personalísimos, y que, por ello, en la cobertura de la excusa absolutoria no se incluye al robo ni a la extorsión (pp. 783, 788).

De allí que, Reátegui (2022), compartiendo esta última conclusión, resalte como razón de que el robo no se encuentre incluido en la excusa absolutoria, su carácter pluriofensivo (pp. 810-811). Es decir, la afectación no solo de intereses patrimoniales, sino de otros personalísimos como la vida y la libertad, que le dotan de una especial gravedad; siendo del mismo parecer (Salinas, 2019, p.1711).

Donna (2001), también en la línea de interpretación mencionada, al comentar similar excusa absolutoria habida en la legislación penal argentina, indica que en el robo o en la extorsión, la violencia física o moral empleada contra la persona del pariente revela una mayor peligrosidad que no puede ser eximida de pena (p. 772).

Que la razón de la inclusión de los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, en la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, sea el hecho de que manifiesten un ataque dirigido a intereses exclusivamente patrimoniales en los que, por ende, no se afecta bienes jurídicos personalísimos, fundamenta que en aquellos se incluyan no solo las modalidades simples, sino también las agravadas, pues en su gran mayoría cumplen con esos parámetros o limitaciones, salvo el caso de alguna circunstancia agravatoria en la que sea apreciable una afectación no circunscrita a un interés patrimonial como, por ejemplo, la establecida en el numeral 3 del artículo 206 del CP, cuando el delito de daño es agravado porque la acción es ejecutada empleando violencia o amenaza contra las personas; es decir, por alcanzar a intereses personalísimos.

Una mirada a la acción y resultado típicos de los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, servirá para reconocer que el ataque está dirigido, exclusivamente, a afectar un interés patrimonial.

En los hurtos, la sustracción como acción típica lo es a modo de separación del bien mueble del lugar donde se encuentra como parte del ámbito de

protección del propietario o del poseedor; ella se vincula y opera sobre el bien que se encuentra limitado a un espacio determinado o a un dominio funcional, sin que llegue a comprometer la vida, la integridad u otro interés personalísimo de su titular.

La afectación a la vida, integridad u otro interés personalísimo, se presenta con la producción de la violencia o amenaza sobre la persona, lo que no sucede en los hurtos. Así, como indica Rojas (2020), en el hurto simple se tiene un comportamiento de baja criminalización en condiciones alejadas de violencia o amenaza; y en el hurto agravado por destrucción o rotura de obstáculos la violencia o fuerza que la caracteriza se dirige sobre las cosas que funcionan como defensa mas no sobre las personas.

El resultado típico de apoderamiento, representa la lesión efectiva del bien jurídico protegido en los hurtos, al expresar la consecución de la disponibilidad del bien sustraído, a la que se llega cuando este queda fuera del patrimonio del sujeto pasivo y sin mayor limitación para que el autor pueda disponer de él como si fuera suyo. En la disponibilidad del bien sustraído no hay afectación a un interés distinto a la propiedad; la lesión se concretiza en la disminución del patrimonio.

En las apropiaciones, es mucho más claro que la afectación se limita a un interés patrimonial y no compromete intereses personalísimos, en tanto la apropiación o el hacer propio un bien ajeno (como acción y resultado típicos), supone un acontecimiento previo denominado “recibimiento” por el cual, en palabras de Pizarro (2019), la cosa ya se encuentra en poder del autor en virtud de un título válido concedido voluntariamente por quien podía hacerlo; es decir, a la apropiación ilícita que realiza el autor le precede una posesión legítima, consecuencia del recibimiento (pp. 127-128).

En pocas palabras, en un contexto donde la apropiación del bien ajeno que realiza el autor, constituye un suceso posterior al de su recepción legítima, es lejana una afectación a intereses personalísimos como la vida, integridad o libertad; y es que, para producir la apropiación del bien son suficientes mecanismos o medios de comisión como la disposición, el consumo, la retención o el uso distinto.

En las defraudaciones, la acción típica que despliega el sujeto activo, se distingue de la que es necesaria en los delitos de apoderamiento como son los hurtos; en ese sentido Muñoz (1999), indica que mientras en estos consiste en una conducta visible en el mundo exterior (sustracción) con afectación en el patrimonio ajeno (apoderamiento), en aquellas es, más bien, de tipo ideal caracterizada por el empleo del fraude o engaño (p. 358). De allí que no se esté ante un mecanismo o medio comisivo como la amenaza o la violencia, de incidencia en la libertad, la integridad o la vida.

Este engaño no es cualquiera, sino uno con suficiencia para inducir a error al sujeto pasivo, de tal forma que disponga de su patrimonio con el perjuicio que ello le supone. Esta disposición y perjuicio que realiza y sufre el sujeto pasivo, define el alcance de la afectación que se produce a partir del engaño, la que se circunscribe al ámbito patrimonial; pues lo que se entrega o dispone es parte del patrimonio y lo que se ve disminuido, también. No existe, como parte de la ejecución de la acción un compromiso a algún interés personalísimo.

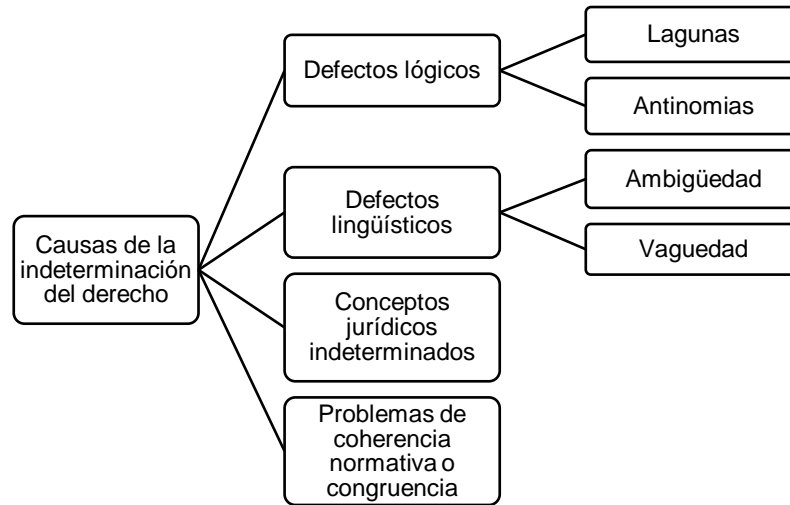
En los daños, si como refiere Garrido (2008), se produce la destrucción de un bien o al menos un menoscabo, y no su desplazamiento desde el patrimonio del sujeto pasivo al del activo, lo que es propio de los hurtos y defraudaciones (p. 154, 407); pues, se entiende que la conducta desplegada por este último, opera exclusivamente sobre la entidad material del objeto de la acción y no sobre la integridad física o el ámbito de determinación de las personas, con lo que relega la posibilidad de afectación de intereses personalísimos; excepto, el supuesto descrito en el numeral 3 del artículo 206 del CP, en el que se establece como circunstancia agravatoria de los daños, que la acción sea ejecutada empleando violencia o amenaza contra las personas.

2.6. LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO

Como lo señala Núñez (2013), la indeterminación del derecho constituye una característica de este y es precisamente el positivismo jurídico el que acepta que la indeterminación es inevitable en el derecho (p. 15). En ese mismo sentido, Ródenas (2012), indica que la indeterminación del derecho hace referencia a una característica del derecho, indicando además que esta tiene distintas causas, tal como se aprecia en la Ilustración 7:

Ilustración 7

Causas de la indeterminación del derecho



Nota: Elaboración propia.

En consonancia con lo anterior, Lara (2022), habrá indeterminación del derecho o también llamada indeterminación normativa cuando existan:

aquellas situaciones en las que existe algún problema que dificulte la determinación de la premisa normativa del silogismo jurídico de un caso concreto. Esto puede deberse, por ejemplo, a que no existe una regla específica que prevea los hechos del caso, a que haya más de una norma aplicable, y estas sean contradictorias, a que la regla aplicable carezca de precisión o de claridad, o a que, habiendo una regla específica, se considere que esta no es la respuesta jurídicamente más adecuada. (p. 43)

Teniendo en cuenta los señalamientos precedentes, es necesario detallar en lo sucesivo, cada una de las causas que dan origen a la indeterminación del derecho.

2.6.1. Defectos lógicos

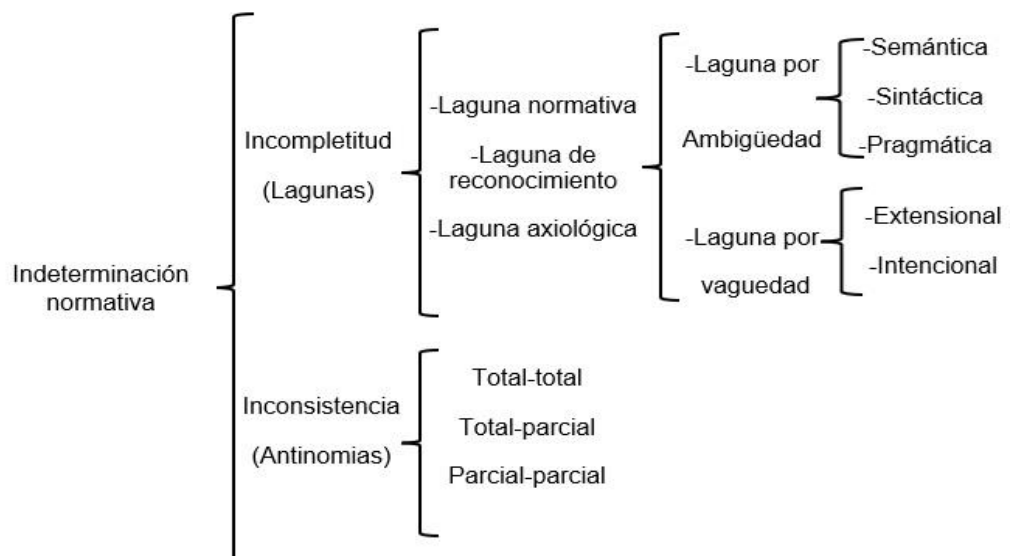
Los defectos lógicos constituyen una de las causas de la indeterminación del derecho, siendo entendidos como deficiencias en la regulación de una disposición normativa, tales como la falta de regulación normativa para ciertos casos, a lo que se conoce como lagunas del derecho, o contradicciones existentes entre normas jurídicas, llamadas antinomias (Ródenas, 2012, p.23).

En igual sentido, (Suárez, 2020; Nino, 2003), manifiestan que los defectos lógicos se presentan a modo de contradicciones entre normas jurídicas, es decir cuando dos normas imputan al mismo caso soluciones incompatibles; por otro lado, se halla la redundancia normativa, caracterizada porque el sistema estipula un exceso de soluciones compatibles y reiterativas para los mismos casos; asimismo, se encuentran las lagunas del derecho, en donde el sistema jurídico carece de toda solución normativa para un caso; y finalmente está la inoperancia de ciertas normas jurídicas, la cual incide en la pertenencia misma al sistema de las normas de que se trata (pp. 272-289).

Todo lo anterior, es resumido por Lara (2022), quien presenta un cuadro resumen de las situaciones que originan indeterminación del derecho, tal como se muestra a continuación:

Ilustración 8

Indeterminación normativa del derecho



Nota: Tomado de Lara, J. (2022). Argumentación, derecho tributario y casos difíciles. Lagunas y antinomias (Primera ed.). Lima, Perú: Palestra. p. 58.

Una vez visualizada dicha ilustración, y teniendo en cuenta la clasificación precedente, en lo sucesivo se examinará de modo genérico cada subtipo de lagunas y antinomias mencionadas, a efectos

de comprender los alcances de estas, en virtud a que poseen características disímiles.

A. Lagunas del Derecho

En lo que respecta a las lagunas del derecho, en la doctrina existen posiciones antagónicas respecto a su existencia. Conforme a ello, la posición más representativa de quienes no admiten dicha posibilidad está Kelsen (2009), el cual afirma que las lagunas no existen, pues el derecho vigente es siempre aplicable y permite resolver los litigios, teniendo el órgano encargado de resolver el litigio la posibilidad de dar la razón al demandante o, de rechazar su demanda en caso el derecho no imponga una obligación a la parte que la cuestiona, pues según dicho autor todo lo que no está prohibido está permitido (p. 135).

Por otro lado, se hallan aquellos que se muestran de acuerdo con la existencia de las lagunas normativas, como Fernando Atria y Juan Ruiz Manero, quienes sostienen que el juez puede resolver un caso individual, pese a que no haya ninguna norma referida al caso genérico, teniendo la obligación de archivar la denuncia en caso de que el denunciado no haya violado alguna norma primaria (Bulygin y otros, 2009, pp. 89-94)

a. Laguna normativa

Conforme a Moreso J. J. (2015), existe una laguna normativa "...sí y solo si un caso genérico no se correlaciona con ninguna solución normativa en un determinado sistema normativo" (p. 69).

Así, Lara (2022), señala que para hablar de una laguna normativa, es necesario entender qué significa un sistema jurídico completo e incompleto, siendo el primero aquel que contiene normas que regulan todas las conductas jurídicamente relevantes, de modo que un conflicto jurídico pueda ser solucionado; en tanto que, un sistema no es completo si carece de normas para supuestos jurídicamente relevantes,

generándose con ello una laguna normativa, es decir, dicho sistema no ha previsto una solución jurídica para cierto problema jurídico (pp. 49-50).

b. Laguna de reconocimiento

Las lagunas de reconocimiento según Moreso J. J. (2015), existen "...si y solo si un caso individual es un caso de difícil subsunción en un caso genérico de un sistema normativo dado" (p. 68). Además, las lagunas de reconocimiento de indeterminación semántica mas no de ignorancia, ya que se presentan casos en los que no se tiene un criterio semántico claro que permita establecer si un caso individual es subsumible en un caso genérico (Moreso J. J., 2014, p.110).

c. Laguna axiológica

De acuerdo a Ródenas (2012), existe una laguna axiológica cuando un sistema normativo sí contiene una norma que soluciona el caso, pero sin tomar en cuenta como relevante una propiedad que debiera tomarse en cuenta como relevante (p. 24).

En igual sentido, Lara (2022), refiere que las lagunas axiológicas, a diferencia de las denominadas lagunas normativas "...se presentan respecto de casos relevantes para los que el sistema jurídico ha establecido expresamente respuestas jurídicas o soluciones normativas, pero que, conforme a la hipótesis de relevancia, se consideran inadecuadas, inconvenientes o injustas" (p. 52).

Ahora bien, el término relevancia, de acuerdo a Alchourrón (2003), se entiende en un sentido descriptivo y prescriptivo, siendo el caso descriptivo aquel estado de cosas que de hecho se da, mientras que el lado prescriptivo sostiene que un estado de cosas debe o debería darse; además refiere que analizar aquellas propiedades que debieran ser relevantes es un problema valorativo, siendo la hipótesis de relevancia un criterio de adecuación axiológica que precisamente identifica dichas propiedades a considerarse como relevantes (pp. 84-90)

Agregando a lo anterior, Rodríguez R. (2022), refiere que existe una relación entre el concepto de derrotabilidad jurídica y lagunas axiológicas, pues se dice que en este último supuesto, se presentan casos en los que un caso individual a pesar de encontrarse regulado en una norma, su aplicación es incompatible con ciertos valores, dándole el operador preeminencia a tales valores por sobre la aplicación literal de aquella norma, viéndose derrotada esta última por dichos valores (p. 97).

En ese entender García V. (2022), plantea que existen la laguna axiológica prescriptiva y la laguna axiológica descriptiva, que surgen dependiendo del tipo de hipótesis de relevancia que el operador establezca, de lo que dependerá además la aplicación de los tipos de derrota de significados; en ese sentido describe que en la laguna axiológica prescriptiva, se presenta un caso de derrotabilidad externa, pues en este supuesto no se han incluido distinciones que de acuerdo a sistema axiológico deberían introducirse con el fin de tener una norma justa; en tanto que en una laguna axiológica descriptiva se presenta una derrotabilidad interna, ya que no se ha introducido una distinción que debería ser incluida de acuerdo a otra norma que forma parte del sistema de normas aplicables a al caso (pp. 292-294).

B. Antinomias

En referencia a las antinomias, Ródenas (2012), refiere que hablamos de estas "...cuando dos reglas jurídicas correlacionan el mismo caso con soluciones normativas incompatibles" (p. 26)

Considerando tal atingencia, una antinomia implica la existencia de dos o más normas que son aplicables para el mismo caso, existiendo de allí soluciones normativas lógicamente incompatibles (Lara, 2022, p. 58). Conforme a ello, Ross (1963, como se citó en Lara, 2022), diferenció tres tipos de antinomias a las que denominó total-total, total-parcial y parcial-parcial:

a) Que la coincidencia entre los supuestos de hecho descritos por las reglas en conflicto sea exacta o total (“total-total”). El caso se grafica con círculos sobrepuestos; b) Que la coincidencia entre los supuestos de hecho descritos por las reglas en conflicto sea de inclusión (“total-parcial”). El caso se grafica con círculos concéntricos; esto es, donde uno de los círculos está inscrito dentro del otro que es más amplio, o c) Que la coincidencia entre los supuestos de hecho descritos por las reglas en conflicto sea solo parcial (“parcial-parcial”). La coincidencia se grafica con dos círculos secantes.

En virtud a los diversos tipos de antinomias, según Martínez D. (2015), existen criterios que ayudan a resolver dichas antinomias, como el criterio jerárquico, el criterio cronológico, y el criterio de especialidad; en ese sentido, el criterio jerárquico consiste en que si las normas en conflicto surgen de disposiciones de distinto rango jerárquico, prevalece la que tiene mayor rango, por otro lado el criterio cronológico implica que si las normas en conflicto derivan de disposiciones promulgadas en distintos momentos temporales, se prefiere la norma más reciente, finalmente el criterio de especialidad supone que si hay conflicto entre dos normas y entre estas se pueda establecer una relación de especialidad, debe aplicarse la norma especial o más específica (pp.1317-1321).

No obstante, Ródenas (2012), señala que pese a que los criterios *lex superior* o criterio jerárquico, *lex posterior* o criterio cronológico- y *lex specialis* o criterio de especialidad, operan como una suerte de metarreglas que posibilitan la solución de las antinomias; es importante precisar que no todas las antinomias, pueden resolverse siempre por el uso de estas metarreglas, por lo que en estos casos, el juez no tendría otra posibilidad que crear derecho *ex novo*, utilizando criterios personales de preferencia, siendo necesario que se atiende al peso en relación con el caso de las razones subyacentes a una y otra regla en conflicto, tratándose por tanto de determinar lo que es debido de acuerdo con el derecho implícito (pp. 26-27).

a. Total-total

Una antinomia total-total se presenta en el supuesto de que ninguna de las normas de un sistema pueda ser aplicada sin entrar en conflicto con la otra (Díez, 1994, p. 396).

Así, en el caso de las antinomias total-total, las normas que ingresan en conflicto son totalmente coincidentes, ya que cada vez que una norma sea aplicable, la segunda también lo será y viceversa, de modo que si se aplica cualquiera de ellas siempre se producirá un conflicto entre ambas (Martínez D., 2015, p.1313).

b. Total-parcial

Se presenta una antinomia total-parcial cuando una de las normas de un sistema no puede ser aplicable o cumplida sin tener que entrar en conflicto con otra, pues ésta última es aplicable a un campo adicional diferente al que genera el conflicto (Díez, 1994, p. 396). Por lo que, Iturralde (1987), al tipo de antinomia total-parcial, la define como aquel "...tipo de antinomia que se produce entre una norma general y una especial" (p. 338). Agregando a lo anterior, Martínez D. (2015) manifiesta que en este tipo de antinomias, los ámbitos de aplicación de las normas que entran en conflicto ya no son coincidentes, pues una de las dos normas, es más específica que la otra que es más amplia e incluye a la primera norma, dando paso a una relación de especialidad, no obstante, no cualquier relación de especialidad entre dos normas puede dar lugar a una antinomia, pues en caso de haber compatibilidad se presentaría una redundancia, en la que distintas normas dan una respuesta idéntica a un caso específico (pp. 1313-1314).

c. Parcial-parcial

Para Iturralde (1987) este tipo de antinomia se presenta "...cuando cada una de las dos normas tienen un ámbito de aplicación en el que entra en conflicto con la otra, pero otro en el que no se producen conflictos" (p. 338). Del mismo modo,

Martínez D. (2015), refiere que, en las antinomias de tipo parcial-parcial, “al margen del supuesto de colisión, cada una de las normas en conflicto posee un ámbito de aplicación propio en donde no se produce contradicción alguna” (p. 1314).

2.6.2 Defectos lingüísticos

Tal como lo señala Iglesias (2006), otro de los factores que origina la indeterminación del derecho es el factor lingüístico y los problemas semánticos, siendo estos la vaguedad y ambigüedad (p. 57).

A. Vaguedad

En términos generales Iglesias (2006), refiere que la vaguedad está relacionada con las dudas respecto a si un objeto se encuentra o no comprendido de un concepto, distinguiendo de esa manera entre vaguedad actual y potencial, presentándose el primer tipo cuando hay un problema de calificación conceptual, es decir, cuando no se tiene certeza si un supuesto está incluido o excluido dentro de un concepto de su campo de aplicación; en tanto que la vaguedad potencial está referida a una característica del lenguaje natural (pp. 58-59).

Al respecto, Ródenas (2012), distingue entre vaguedad extensional al referirse a la vaguedad actual e intensional al referirse a la vaguedad potencial, presentándose la primera cuando no está claro el campo de aplicación de un concepto y la segunda cuando no está claro el conjunto de rasgos que lo caracterizan (p. 29).

B. Ambigüedad

A diferencia de la vaguedad que afecta a los conceptos, la ambigüedad afecta los términos, distinguiéndose entre ambigüedad de tipo semántica, sintáctica y pragmática (Bardazano, 2022, p. 21).

En ese sentido, la ambigüedad semántica se presenta cuando un mismo término es susceptible de tener distintos significados, por otro lado, la de tipo sintáctica afecta a la estructura lógica de los enunciados, esto es, a la manera en que las palabras están conectadas entre sí; finalmente la ambigüedad pragmática, se

presenta cuando un mismo enunciado cumple distintos usos o funciones del lenguaje, sin que del contexto sea posible determinar de qué uso se trata (Ródenas, 2012, p. 28).

A efectos de la presente investigación, es útil y pertinente el planteamiento de Ródenas (2012), respecto a la indeterminación debido a defectos lógicos de los sistemas jurídicos, específicamente, a causa de una laguna axiológica, según el cual un sistema normativo contiene una norma que soluciona el caso, pero sin tomar en cuenta como relevante alguna propiedad que, de acuerdo a una cierta hipótesis de relevancia, debiera tomarse en cuenta como relevante (pp. 23, 24).

Así, el CP peruano, contiene una norma que soluciona el caso de la excusa absolutoria en los delitos contra el patrimonio, a saber, que no se aplica la pena en los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, cuando entre sujeto activo y pasivo media vínculo matrimonial o convivencial, de parentesco por consanguinidad o afinidad en línea recta, de consanguinidad o afinidad en segundo grado de la línea colateral si viviesen juntos; o cuando se los comete sobre los bienes del difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de tercero; donde los indicados delitos constituyen las propiedades que son relevantes a efectos de la renuncia a la pena, al incluir la hipótesis de relevancia, según la cual la afectación que se produce con su comisión no alcanza intereses personalísimos, es exclusivamente patrimonial y ostenta un desvalor de baja intensidad.

Sin embargo, esa norma no toma en cuenta como relevante (para producir la renuncia de la pena) alguna propiedad (otro delito contra el patrimonio distinto a los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños), que debiera tomarse en cuenta al incluir la hipótesis de relevancia, de que la afectación que se produce con su comisión no alcanza intereses personalísimos, es exclusivamente patrimonial y ostenta un desvalor de baja intensidad.

A partir de dicho planteamiento, entonces, se ha verificado que el caso de la excusa absolutoria en los delitos contra el patrimonio, se encuentra solucionado en forma insatisfactoria, al no comprender a algún otro delito de este grupo que sí debiera ser comprendido, porque de manera similar a los

hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, la afectación que produce con su comisión no compromete intereses personalísimos, es exclusivamente patrimonial y de reducido desvalor.

De ser positiva dicha verificación, entonces será necesaria la corrección de la indeterminación lógica de la norma penal de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, extendiendo la cobertura de esta al delito contra el patrimonio, en el que se verificó la presencia de la hipótesis de relevancia antes descrita.

2.7. CATEGORÍAS NORMATIVAS Y RAZONES SUBYACENTES

Siguiendo a Schauer (1991, como se citó en Bouvier, 2004), toda regla tiene un conjunto de razones subyacentes, las cuales generan el efecto de infra y sobre inclusión, presentándose el primer efecto cuando la regla no incluye un caso que debería estar incluido; en tanto que la sobre inclusión se refiere a una regla que incluye algo que de acuerdo a la justificación subyacente debería no ser comprendido por ella (pp. 395-396).

En igual sentido, Bayón (2022), puntualiza que las reglas se dictan siempre en virtud a un conjunto de razones, mismas que determinan que es lo que constituye relevante para justificar sobre cómo se decide cierto caso individual, por lo que dichas reglas siempre padecen de infra y sobre inclusión en relación con tales razones subyacentes (p. 541).

Vistas tales precisiones, conviene señalar que, éstas razones subyacentes entendidas como aquellas justificaciones inherentes a toda regla, serán de utilidad en éste trabajo, a efectos de identificar la justificación que llevó al legislador a incluir en la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, solamente algunas de las modalidades delictivas del grupo de delitos contra el patrimonio.

De forma concreta, la regla prescrita en el artículo 208 del CP peruano referida a la excusa absolutoria, es aquella según la cual no se aplica la pena en los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, cuando entre sujeto activo y pasivo media vínculo matrimonial o convivencial, de parentesco por consanguinidad o afinidad en línea recta, de consanguinidad o afinidad en

segundo grado de la línea colateral si viviesen juntos; o cuando se los comete sobre los bienes del difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de tercero.

Esta regla tiene una razón subyacente, que justifica la excusa absolutoria o la renuncia a la pena en los delitos y entre las personas antes indicados, cual es, la identificada en el punto 2.5 de la presente investigación como razón político criminal de la inclusión de los delitos de hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños en la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano: que la afectación que se produzca con la comisión de estos no alcance intereses personalísimos, sea exclusivamente patrimonial y ostente un desvalor de baja intensidad.

En ese sentido, la razón subyacente o pretensión de la regla de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano es renunciar a la pena en aquellos delitos patrimoniales cometidos por las personas consideradas en sus supuestos de exclusión, en los que la afectación que se produce con su comisión no alcanza intereses personalísimos, es exclusivamente patrimonial, y ostenta un desvalor de baja intensidad.

Los efectos de sobre o infrainclusión que, según el indicado autor, se presentan cuando en la regla no se satisface la razón subyacente, se harán evidentes en la regulación vigente de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, si es que en la regla de esta se halla incluida una modalidad delictiva de los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños que, en atención a la razón subyacente descrita, no debería haberse comprendido (sobreinclusión); o si en la regla no se halla incluida una modalidad distinta a los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños que debería estarlo, de acuerdo a la razón subyacente (infrainclusión).

Este último efecto, de infrainclusión, es el que se ha de demostrar en la presente investigación, para lo cual se ha de verificar si en alguna o algunas de las modalidades delictivas de los delitos contra el patrimonio distintas a los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, la afectación que se produce con su comisión no alcanza intereses personalísimos, es exclusivamente patrimonial, y ostenta un desvalor de baja intensidad, de tal forma que, la

verificación positiva implicará que la razón subyacente de la regla de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano no se satisface con respecto a la consecuencia relevante de esta, como es la renuncia a la pena.

Bouvier (2004) refiere que existen dos modelos de técnica legislativa, según se opte por fórmulas legislativas que privilegien la precisión de un estado de cosas de manera exhaustiva pero, opaco respecto de la razón subyacente, o la expresión amplia de una razón que se quiera favorecer, propia de un modelo transparente respecto de la razón subyacente (p. 398). Es decir, el primero, opaco por el hecho de que la razón subyacente resulta difícilmente apreciable en la regla, y el segundo, transparente, porque la razón subyacente aparece expresada en mayor o menor medida.

De acuerdo a Bouvier (2004), el primero, es ventajoso porque al realizarse una precisión de los estados de cosas o circunstancias a las que se relaciona la razón subyacente, impide que el juez, al aplicar el derecho, pueda decidir qué estado de cosas o circunstancias corresponden a la razón subyacente, así como, consolida la seguridad jurídica, al fomentar el conocimiento previo de cuáles son esos estados de cosas o circunstancias en los que la razón subyacente se satisface; y es desventajoso porque origina la sobre o infrainclusión, al estimarse que, de acuerdo a la razón subyacente, respectivamente, un estado de cosas o circunstancia debería ser excluido del alcance de la norma, o no estando comprendido en esta, sí debería estarlo.

El segundo, ventajoso porque elimina el efecto de sobre o infrainclusión, al presentar una fórmula amplia que expresa la razón subyacente que permite excluir estados de cosas o circunstancias que en el modelo anterior eran alcanzados por la regla, o incluir otros que habían quedado fuera de esta; y desventajoso porque permitiría al juez, al aplicar el derecho, decidir qué estados de cosas o circunstancias corresponden a la razón subyacente, así como, afectaría la seguridad jurídica al no poderse conocer, previamente, cuáles son esos estados de cosas o circunstancias en los que la razón subyacente se satisface (Bouvier, 2004, pp. 397, 398).

Es evidente que la regla de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, es una en la que se ha optado por el primer modelo (opaco respecto

de la razón subyacente), al no ser apreciable fácilmente la razón subyacente (afectación que no alcanza intereses personalísimos, es exclusivamente patrimonial, y ostenta un desvalor de baja intensidad) y sí precisarse, exhaustivamente, los estados de cosas o circunstancias (hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños) en los que se satisface la razón subyacente; con la inherente desventaja del efecto de infrainclusión que, en la presente investigación se busca verificar positivamente, respecto de otros estados de cosas o circunstancias (modalidades delictivas patrimoniales no incluidas en la regla de la excusa absolutoria).

De ser positiva la verificación de la infrainclusión, esto conllevará a que, en los lineamientos de la propuesta de lege ferenda, se tenga en cuenta si se opta por el modelo transparente de la razón subyacente, incluyendo en la regla la ventajosa fórmula amplia que la exprese, haciendo referencia a sus elementos principales referidos a una afectación sin compromiso a intereses personalísimos, exclusivamente patrimonial, y desvalor de baja intensidad, y evaluando las desventajas de que el juez pueda decidir qué estados de cosas o circunstancias (delitos patrimoniales) corresponden a dicha razón, y de que comprometería la seguridad jurídica al no poder conocerse, previamente, cuáles son esos estados de cosas o circunstancias.

O quizás una fórmula ecléctica, que combine las ventajas de cada modelo, con la regulación expresa de la razón subyacente y la precisión exhaustiva de los estados de cosas o circunstancias en los que esta se satisface a efectos de la exclusión de la pena.

CAPÍTULO III: DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS

3.1. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO Y MÉTODOS SEGUIDOS PARA LA DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La descripción del proceso seguido para la demostración de la hipótesis, exige tener en cuenta cómo esta respuesta tentativa al problema formulado se ha ido confirmando con el cumplimiento de cada uno de los objetivos específicos hasta alcanzar el objetivo general propuesto.

Para el cumplimiento del objetivo específico “Identificar la razón subyacente que justifica la excusa absolutoria en las modalidades delictivas previstas en el artículo 208 del Código Penal peruano”, fue necesario realizar, en los puntos 2.1.1. a 2.1.4. el análisis dogmático general de los niveles analíticos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad que fundamentan el merecimiento de pena, y punibilidad que fundamenta la necesidad de pena; así como, en el punto 2.5. la identificación de la razón subyacente a los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, que justifica su inclusión en la indicada excusa absolutoria, a partir del elemento caracterizador común, como es que la afectación que producen no alcanza intereses personalísimos, es exclusivamente patrimonial y ostenta un desvalor de baja intensidad; todo ello, teniendo en cuenta los términos descritos en el punto 2.7. sobre categorías normativas y las razones subyacentes.

Para el cumplimiento del objetivo “Establecer la relación de la directriz constitucional vinculada a la protección de la unidad familiar y su implicancia con los supuestos de exclusión de punibilidad del artículo 208 del Código Penal peruano”, fue necesario realizar, en el punto 2.4. el análisis dogmático específico de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano, a fin de evidenciar en esta la presencia del principio de unidad familiar como directriz constitucional (interés o bien jurídico que se busca proteger) y de cómo esta dota de sentido a los supuestos de exclusión considerados en sus tres numerales.

Para el cumplimiento del objetivo “Establecer la fórmula de corrección de indeterminación lógica infra inclusiva de la norma penal de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano en las demás modalidades delictivas patrimoniales adscribibles a esta”, se tuvo en cuenta los términos descritos en el punto 2.6. sobre indeterminación del derecho, y en el punto 3.2.1. del presente capítulo, se realizó la verificación de si en alguno de los delitos patrimoniales no incluidos en la excusa absolutoria, se encuentra presente la razón subyacente identificada en los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños; de tal forma que, al verificarla en las receptaciones y usurpaciones, se evidenció la necesidad de corregir su ausencia en la excusa absolutoria, demostrándose, con ello, el componente 1 de la hipótesis: “La corrección de la indeterminación lógica infra inclusiva de la norma penal de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano” como fundamento jurídico que sustenta la extensión de su cobertura a los delitos en los que se verificó la razón subyacente.

Luego, habiéndose establecido la fórmula de corrección de indeterminación lógica infra inclusiva de la norma penal de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, ya en el punto 3.2.2. se demostró el componente 2 de la hipótesis: “La garantía del principio de seguridad jurídica y de predictibilidad en la aplicación de las normas-reglas penales” como fundamento jurídico que sustenta la extensión de la cobertura de la indicada excusa absolutoria, en tanto, la fórmula de corrección genera una mayor capacidad del ordenamiento jurídico penal para ofrecer una solución a un conflicto de la vida social, y su interpretación y aplicación más fácil y segura.

Con la demostración de los componentes 1 y 2 de la hipótesis, a su vez, se evidenció que la inclusión de las receptaciones y usurpaciones bajo la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, propicia una regulación plena de esta, incluyendo todos aquellos conflictos patrimoniales producidos entre las personas consideradas en sus tres supuestos de exclusión, en los que sea necesario salvaguardar la unidad familiar mediante la exclusión de la pena; con lo que se demostró el componente 3 de la hipótesis: “La materialización del principio de la unidad familiar como directriz constitucional y razón subyacente de la excusa

absolutoria” como fundamento político criminal que sustenta la extensión de su cobertura.

En el camino descrito anteriormente, se pudo identificar los elementos para materializar el objetivo: “Elaborar los lineamientos y una propuesta de *lege ferenda* que permita extender los efectos de exclusión de la punibilidad de la excusa absoluta regulada en el artículo 208 del CP peruano, a otras modalidades delictivas patrimoniales”, que se plasman en el capítulo IV de la presente investigación.

En el proceso para demostrar la hipótesis, se ha seguido los siguientes métodos:

El deductivo, para poder entender cómo la razón subyacente de la inclusión de los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños en la excusa absoluta del artículo 208 del CP peruano – a saber, que la afectación que produce su comisión no alcanza a intereses personalísimos, es exclusivamente patrimonial y ostenta un desvalor de baja intensidad – permite explicar la no inclusión en esta de delitos como el robo, robo de ganado, extorsión y chantaje; y sí, la inclusión de los delitos de receptación y usurpación, que se constituyen en el contenido de la fórmula de corrección de indeterminación lógica infra inclusiva de la norma penal de la excusa absoluta.

El analítico, para poder descomponer, por un lado, la excusa absoluta del artículo 208 del CP peruano, en cada uno de sus elementos, como son: el interés que se busca proteger, es decir, la unidad familiar; los delitos bajo la cobertura de la excusa; los supuestos de exclusión descritos en sus tres numerales, y la excepción en su aplicación cuando el delito se comete en contextos de violencia contra la mujer o integrantes del grupo familiar; y, por otro lado, cada delito patrimonial en sus elementos típicos objetivos y subjetivos. De tal forma que, se pueda estudiarlos, de manera individual o particularizada, en cuanto a su naturaleza, alcance y contenido.

El sintético, para poder estudiar en su totalidad los elementos de la excusa absoluta del artículo 208 del CP peruano y de cada uno de los delitos patrimoniales, una vez integrados luego de habérselos analizado

individualmente, en cuanto a su naturaleza, alcance y contenido; permitiendo ello, apreciar la relación entre la unidad familiar como directriz constitucional y los supuestos de exclusión a través de los cuales esta se materializa, y con los delitos que se encuentran bajo la cobertura de la excusa absolutoria y a los que se pretende extender esta.

El dogmático, para poder interpretar las instituciones y categorías jurídicas presentes en la excusa absolutoria y en los delitos patrimoniales, mediante la reflexión y valoración, desde los supuestos de la ley penal positiva en las que se encuentran establecidas, a fin de conocer y comprender su naturaleza, fundamentos, contenidos, límites, conexiones, formas de aplicación, propósitos y consecuencias, de tal forma que, como parte de una propuesta de modificación, se pueda verificar la posibilidad de extender la cobertura de la excusa absolutoria a otras modalidades delictivas más allá de las que actualmente incluye.

El de argumentación jurídica, por un lado, para poder dotar de solidez y suficiencia a los argumentos empleados para ofrecer una interpretación sistémica que armonice la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano con los delitos patrimoniales a los que se relaciona como disposición común, y así se clarifique su alcance respecto de estos, en tanto la indeterminación por defectos lógicos que se presenta al limitar su ámbito de aplicación a los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, aun cuando es factible extenderla a otras modalidades delictivas de dicho grupo; y, por otro lado, para establecer, teleológicamente, los fundamentos jurídicos de corrección de indeterminación y de seguridad jurídica, y fundamento político criminal de unidad familiar, que sustenten dicha extensión, que es el objetivo central de la presente investigación.

El de hermenéutica jurídica, para poder comprender la ley penal en la que se describe la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano y cada uno de los delitos patrimoniales, aprehendiendo y comprendiendo su significado, a partir de los términos jurídicos a través de los cuales se expresan y que determinan la aplicación de aquella en algunos de estos.

3.2. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

La hipótesis a contrastar como parte de la presente investigación es la siguiente:

“Los fundamentos jurídicos y político-criminales que sustentan la extensión de la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano en los delitos contra el patrimonio son:

- A. La corrección de la indeterminación lógica infra inclusiva de la norma penal de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano.
- B. La garantía del principio de seguridad jurídica y de predictibilidad en la aplicación de las normas-reglas penales.
- C. La materialización del principio de la unidad familiar como directriz constitucional y razón subyacente de la excusa absolutoria.

La contrastación de la hipótesis es respecto de cada uno de sus componentes, en el orden antes indicado.

3.2.1. LA CORRECCIÓN DE LA INDETERMINACIÓN LÓGICA INFRA INCLUSIVA DE LA NORMA PENAL DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA DEL ARTÍCULO 208 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

Corresponde, pues ocuparse de la demostración de que “la corrección de la indeterminación lógica infra inclusiva de la norma penal de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano”, es fundamento jurídico para sustentar la extensión de su cobertura.

En el capítulo II de la presente investigación se identificó la razón subyacente que justifica la aplicación de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano en las modalidades delictivas allí previstas, como son los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, a saber, que la afectación que se produce con su comisión no alcanza intereses personalísimos, es exclusivamente patrimonial y ostenta un desvalor de baja intensidad.

A continuación, se ha de verificar si esa razón subyacente puede encontrarse en alguna de las demás modalidades delictivas del grupo

de los delitos contra el patrimonio, a las que no se aplica la excusa absolutoria.

De ser positiva la verificación, estaremos ante un supuesto de indeterminación lógica infra inclusiva de la norma penal de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP, en tanto existen casos no incluidos en la generalización de la excusa absolutoria, que deberían estarlo al ostentar la misma razón subyacente de los casos incluidos; demostrándose, con ello, que “la corrección de la indeterminación lógica infra inclusiva de la norma penal de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP” (componente 1 de la hipótesis) es fundamento jurídico para sustentar la extensión de esta a la modalidad delictiva en la que la verificación sea positiva.

A. En los delitos de robo

En la doctrina, se ha sostenido que en el delito de robo, descrito en el artículo 188 del CP peruano, existe una marcada pluriofensividad, ya que, por un lado, el bien jurídico específico predominante es la propiedad y, por otro lado, también se protege a la libertad personal de la víctima; resguardándose asimismo la vida e integridad física de la persona afectada, produciéndose dicho menoscabo cuando el agente hace uso de la violencia para sustraer el bien mueble total o parcialmente ajeno, de la víctima (Rojas, 2020, p. 260).

De igual parecer es Reátegui (2015), para quien el delito de robo simple es considerado como un delito pluriofensivo, pues no solo se cautela al patrimonio, sino también a la integridad física y a la libertad del sujeto pasivo (p. 340).

En el delito de robo agravado, descrito en el artículo 189 del CP peruano, también se identifica la naturaleza, contenido y alcance del bien jurídico protegido en el robo simple, en tanto este, para su configuración, requiere la acreditación previa del tipo simple, al que se agrega la presencia de una o más circunstancias agravatorias.

Del mismo modo, en el delito de robo de ganado, descrito en el artículo 189-C del CP peruano, donde el bien jurídico protegido, a decir de Peña Cabrera (2009), en principio es el derecho de propiedad del dueño del ganado, a modo de disponibilidad plena de los derechos reales que le son inherentes; sin embargo, al tenerse en cuenta los medios comisivos, amplía su ámbito de protección a otros bienes jurídicos como la vida, el cuerpo, la salud y la libertad personal, asumiendo naturaleza pluriofensiva (p. 265). Del mismo criterio es Bramont-Arias (2008), quien reconoce al delito de robo de ganado como compuesto o pluriofensivo (p. 325).

La acción en el delito de robo simple, robo agravado y robo de ganado, consiste en la sustracción del bien mueble mediante el uso de violencia o amenaza.

Al respecto Salinas (2018), indica que, en el delito de robo, la sustracción es todo acto que realiza el agente orientado a arrancar o alejar el bien mueble de la esfera de dominio de la víctima, siendo que, la violencia y amenaza deviene en un instrumento que utiliza o hace uso el agente para facilitar la sustracción. (pp. 1242-1253).

Como se observa, en cuanto a la acción, en el robo simple, concurren la mayoría de elementos objetivos presentes en el hurto simple, a diferencia de que, en el robo, el agente para perpetrar la acción de sustraer, hace uso de la violencia o amenaza.

La acción típica en el delito de robo de ganado es la sustracción que expresa la conducta desplegada por el sujeto activo, para separar el ganado del lugar donde se encuentra, esto es, del ámbito de protección del sujeto pasivo, suficientemente idónea para lograr el apoderamiento como resultado típico.

La sustracción del ganado, como indica Salinas (2018), debe verse acompañada de la violencia o amenaza contra la víctima, y debe realizarse para anular la resistencia de esta (pp. 1334, 1335); siendo que, al respecto, Rojas (2000) refiere que:

deberán dirigirse contra la víctima o las personas que constituyan el dato humano presente en el lugar de los hechos, ya como familiares de la misma, vecinos, terceros que intentan auxiliarla o contra los que obstaculicen los actos ilícitos del agente o ayuden a perseguir o frustren la acción criminal del agente, en el *iter* que va desde la sustracción hasta el apoderamiento. (p. 554)

Respecto a esto último, Peña Cabrera (2009), indica que en el robo de ganado se realiza una fuerza física de intensidad contra la entidad corporal del sujeto pasivo o de la víctima, o le infunde una presión psicológica tal que esta no opone resistencia y entrega el ganado, por el temor a sufrir alguna afectación a sus bienes jurídicos fundamentales (p. 266).

En cuanto al resultado, Rojas (2020), aclara que el resultado y la tentativa que se producen en el delito de robo simple, se hallan en función a la acción de sustraer y al apoderamiento del bien, mas no a la violencia o amenaza, ya que estos últimos solo son mecanismos de acción posibilitadores de dicho delito; siendo ello así, el tipo penal bajo análisis se halla consumado cuando el agente ha logrado apoderarse del bien en fase de disponibilidad, haciendo uso de la violencia o amenaza para ello o valiéndose de ambas acciones instrumentales (p. 297).

Agregando a lo anterior, Alcócer (2021), indica que, en el delito de robo simple, se produce un resultado lesivo, siendo admisible la tentativa; menciona que hay tentativa de robo simple cuando por ejemplo una persona huye con el bien mueble sustraído mediante violencia, ello en atención a que el objeto material todavía no ha ingresado a la esfera patrimonial del agente y este todavía no ha podido disponer de dicho bien como si fuera su propietario.

El resultado en el robo de ganado se presenta con la producción del apoderamiento que, según Bramont-Arias y García (2008), es el momento en que el agente “tiene la posibilidad inmediata de realizar actos de disposición sobre el ganado, posibilidad de la que

carecía antes, puesto que dicho ganado se encontraba en la esfera de dominio de su legítimo poseedor” (p. 325).

Salinas (2018), refiere al respecto, que no es suficiente que el sujeto activo haya tomado el ganado y huido con este, se necesita que llegue a tener una mínima disponibilidad (pp. 1334-1335).

Siendo notoria la existencia de una separación espacio temporal entre la acción de sustracción de ganado y el resultado de apoderamiento, se colige que el robo de ganado es un delito de resultado, siendo admisible la tentativa.

Entonces, en los delitos de robo (simple, agravado, y de ganado), se tiene a la violencia o a la amenaza como los medios de los que se sirve el sujeto activo en el despliegue de la acción típica de sustracción, que se dirigen contra la persona afectando derechos personalísimos de esta, como su integridad física o su libertad que, a su vez, manifiestan un ataque pluriofensivo, al comprometer otros intereses además del patrimonio, por lo que su comisión representa y expresa un elevado desvalor del injusto. De tal forma que, evidentemente, en los robos no se verifica la presencia de la razón subyacente que justifica la aplicación de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano en las modalidades incluidas en esta.

B. En los delitos de receptación

En el delito de receptación simple, descrito en el artículo 194 del CP peruano, el bien jurídico protegido, según Salinas (2019), es el patrimonio y de forma más directa la propiedad sobre los bienes muebles (p. 1480). En ese mismo sentido Peña Cabrera (2019), remarca que el bien jurídico protegido ha de entenderse bajo la idea del patrimonio individual, por lo que la tutela se dirige a la propiedad de los bienes, sin perjuicio de que ello tenga incidencia en la evitación del comercio de bienes de procedencia ilícita (p. 549).

Cuando se aborda la acción y resultado típicos en el delito de receptación simple, es importante tener en cuenta que este está

estructurado sobre la existencia de un delito previo que permite al sujeto activo realizar alguno de los verbos rectores del tipo penal, como son: adquiere, recibe, guarda, esconde, expone para la venta, ayuda a negociar, comercializa, desensambla o utiliza; delito previo que, como indica Reátegui (2022), es uno contra el patrimonio, y con el mismo sujeto pasivo (p. 403). En ese mismo sentido, Peña Cabrera (2019) quien, remarcando esa vinculación necesaria, pasa a afirmar que es un delito de referencia (p. 549).

Esos verbos rectores, según Reátegui (2022), implican en todos los casos, la entrega de un bien (p. 395); sin perjuicio de ello, debe darse cuenta de lo que se entiende por cada uno de ellos.

Adquirir un bien o sus partes es haber comprado o recibido en venta, con la tradición que ello supone (Salinas, 2019; Reátegui, 2022). Siendo que esta puede realizarse, incluso, de manera indirecta mediando orden de entrega a otra persona (Peña Cabrera, 2019, p. 555).

Recibir un bien o sus partes en donación o en prenda, implica entrar en posesión de estos; lo primero, en virtud a una liberalidad, es decir, sin que medie valor a cambio; y lo segundo, con motivo de garantía de una obligación (Paredes, 2023, p. 147).

Guardar un bien o sus partes, significa mantener en posesión, a efectos de custodia, conservación o cuidado en favor de otro, colocándolo en un lugar determinado (Peña Cabrera, 2019; Paredes, 2023; Salinas, 2019).

Esconder un bien o sus partes, es ocultarlo, desplazándolo a un lugar donde no pueda ser detectado, ubicado o descubierto por quien lo reclama como suyo (Peña Cabrera, 2019, p. 556).

Exponer para la venta un bien o sus partes, es exhibirlo o mostrarlo en un determinado lugar, con la finalidad de que los potenciales compradores puedan apreciar, directamente, el bien o sus partes y las características que los identifican o distinguen de otros.

Ayudar a negociar un bien o sus partes es realizar actos de intermediación, de menor desvalor que el vender, a fin de conseguir posibles adquirentes (Peña Cabrera, 2019, p. 557).

Comercializar un bien o sus partes, es generar las condiciones y medios de distribución, para lograr venderlos o transferirlos a terceros.

Desensamblar un bien o sus partes, es desarticular o desmontar las piezas que lo conforman, separándolas de tal forma que aquél pierda la unidad y funcionalidad que tenía, y estas aún puedan presentar un valor por sí solas.

Utilizar un bien o sus partes, es usarlo o emplearlo de tal manera que pueda ser útil o servir para un determinado fin o tarea, sin que ello importe su destrucción.

Estos verbos rectores podrán manifestarse como acción y resultado típicos, a la vez (delito de mera actividad), o solo como resultado típico (delito de resultado), dependiendo de la verificación, en cada caso, de si es posible encontrar antes de la producción del verbo rector que se trate, un comportamiento separado espacio temporalmente en posibilidad de generar un riesgo idóneo de afectación para el bien jurídico protegido. A partir de ello, será posible establecer si se admite o no la tentativa.

En tanto lo indicado hasta esta parte, el hecho de que para la configuración del tipo básico de receptación se exija que el sujeto activo no haya intervenido en el delito antecedente, es un dato de suma importancia para poder establecer si en la receptación se presenta la razón subyacente, pues, es en el delito antecedente en el que el sujeto pasivo, de manera inmediata y como parte de la comisión de este, puede sufrir sea una afectación exclusiva a su patrimonio (hurto), o una en la que, además de los intereses patrimoniales, se afecte intereses personalísimos (robo).

En el delito de receptación si el sujeto pasivo (que es el mismo del delito antecedente) sufre una afectación por el despliegue de la conducta del sujeto activo, es a razón de que este solo asegura la cadena delictiva de afectación primigenia complicando la recuperación del bien, siendo suficiente para ello que lo adquiera, reciba en razón de donación o prenda, guarde, esconda, exponga para la venta, ayude a negociarlo, comercialice, desensamble o utilice, para lo cual ya no existe contacto alguno con el sujeto pasivo y, con ello, tampoco la posibilidad de que le produzca afectación en alguno de sus derechos personalísimos, como la integridad y libertad personal.

Luego, si la afectación producida con el delito de receptación se restringe exclusivamente al patrimonio, sin posibilidad de que alcance derechos personalísimos, significando un desvalor de baja intensidad, pues, se verifica positivamente la razón subyacente.

Por otro lado, en cuanto al delito de distribución de señales de satélite portadoras de programas, descrito en el artículo 194-A del CP peruano, el bien jurídico protegido según Salinas (2019), es el patrimonio del sujeto pasivo, en tanto la señal de satélite portadora de programas tiene valor económico en el mercado (p. 1494).

Al respecto, Reátegui (2022), indica que el patrimonio como bien jurídico protegido en este delito, está relacionado de manera directa con el derecho a la propiedad intelectual (p. 418).

El sentido de la acción y resultado típicos en el delito de distribución de señales de satélite portadoras de programas, exige prestar atención al verbo rector “distribuya”, que según Paredes (2023), está referido a la transmisión de la señal de satélite portadora de programas, poniéndola al alcance del público en general (p. 151), siendo que, dicha señal ha sido decodificada previamente sin autorización legal del distribuidor, y por su distribución el sujeto activo recibe a cambio una comisión (Salinas, 2019, p. 1492).

Esta distribución, a decir de Peña Cabrera (2019), debe ser idónea o apta para lesionar el bien jurídico protegido (p. 563), al lograr que sea un considerable número de personas que reciban la señal de satélite portadora de programas.

El delito de distribución de señales de satélite portadoras de programas es de mera actividad (Reátegui, 2022, p. 421). Pues no existe separación espacio temporal entre la acción y resultado típicos, los que se expresan a través del verbo rector distribuye.

Ahora, para la verificación de la presencia de la razón subyacente, es necesario indicar que el solo hecho de su incorporación en el grupo de delitos contra el patrimonio, en específico en los delitos de receptación, en virtud al artículo 1 de la Ley N° 29316, “Ley que modifica, incorpora y regula diversas disposiciones a fin de implementar el acuerdo de promoción comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América”, no nos puede llevar a asumir que lo que se afecta exclusivamente es el patrimonio.

Lo antes mencionado, en primer lugar, porque acuerdo a la exposición de motivos del proyecto de dicha ley:

se identificaron algunas disposiciones que deben modificarse o incorporarse a la legislación vigente en materia de propiedad intelectual a efectos de asegurar la plena consistencia de éstas con las obligaciones contenidas en el APC, de manera tal que se elimine toda posibilidad de contradicción que pueda crear confusión e inseguridad jurídica para los agentes económicos y de inversión en el Perú. (Proyecto de Ley N.º 2959/2008-PE, 2009)

Es decir, si bien su incorporación en el grupo de delitos contra el patrimonio, se vincula a que las señales de satélite portadoras de programas, tienen un valor económico congruente con el fin de protección que a través de aquellos se busca, no es menos cierto que lo definitorio es la protección de la propiedad intelectual, en forma similar a la que se proporciona en el delito de reproducción, difusión, distribución y circulación de la obra sin la autorización del autor, del artículo 217 del CP peruano, perteneciente a los delitos

contra los derechos intelectuales, grupo en el que debió habérselo incluido.

Y es que, como lo ha establecido la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, en la Casación N° 1130-2018 Puno, de fecha 29 de abril de 2021, como parte de los delitos contra los derechos intelectuales, se afectan no solo intereses patrimoniales "...que permiten a los titulares percibir una retribución económica por parte de los terceros que utilicen sus obras", sino además, derechos morales "...que permiten que el autor o creador tomen determinadas medidas para preservar y proteger los vínculos que los unen a sus obras".

Y, en segundo lugar, porque de su estructura típica, no se desprende la existencia de un delito previo, con lo cual no debería tratarse como una receptación, sino como un tipo penal autónomo; así lo ha remarcado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, en la Casación N° 937-2016 La Libertad, de fecha 31 de octubre de 2017, al indicar que "...no es posible afirmar que sea un tipo subordinado a la receptación, o subtipo penal que califique tal conducta, puesto que la estructura de la norma cuenta con un supuesto y consecuencia propios...".

Luego, la afectación que se produce con la comisión del delito de distribución de señales de satélite portadoras de programas, no es exclusivamente patrimonial, sino, además, alcanza derechos morales, de tal forma que, no se verifica la presencia de la razón subyacente.

En cuanto a las formas agravadas de receptación, descritas en el artículo 195 del CP peruano, de las siete circunstancias agravatorias consideradas en el primer párrafo, las incluidas en los numerales 1 (sobre vehículos automotores, sus autopartes o accesorios), 2 (sobre equipos de informática, de telecomunicación, sus componentes o periféricos), 5 (con ocasión del comercio de bienes al público) y 6 (sobre gas, hidrocarburos o productos

derivados), más allá de un incremento, no elevado, en el desvalor que es propio de las circunstancias que los provocan, revisten una afectación se restringe al ámbito patrimonial, no involucrando derechos personalísimos; por lo que se verifica positivamente la razón subyacente de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP.

A diferencia, por un lado, de los demás supuestos agravatorios del párrafo antes indicado, en los que se aprecia que la afectación provocada con su comisión, trasciende el patrimonio, comprometiendo otros intereses, como la seguridad pública, en sus numerales 3 (sobre bienes conformantes de la infraestructura o instalaciones de transporte de uso público, de sus equipos o elementos de seguridad, o de prestación de servicios públicos de saneamiento, electricidad o telecomunicaciones) y 7 (sobre bienes conformantes de la infraestructura o instalaciones públicas o privadas para la exploración, explotación, procesamiento, refinación, almacenamiento, transporte, distribución, comercialización o abastecimiento de gas, hidrocarburos o de sus derivados); intereses patrimoniales estatales de administración pública, en su numeral 4 (sobre bienes de propiedad del Estado destinado al uso público, fines asistenciales o a programas de apoyo social); y, por otro lado, del supuesto agravatorio del segundo párrafo, por afectación a derechos personalísimos (sobre bienes provenientes de la comisión de delitos de robo agravado, secuestro, extorsión, trata de personas y trabajo forzoso). Es decir, manifiestan un carácter pluriofensivo y de afectación a derechos personalísimos, que descarta la presencia de la razón subyacente.

C. En los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas

Respecto al delito de administración fraudulenta, descrito en el artículo 198 del CP peruano, Caro y Reyna (2019), refieren que hay consenso en que el bien jurídico protegido es el patrimonio, más no en el momento de establecer el alcance de este, en el que se

aprecian dos posiciones; una que lo limita al patrimonio social y de sus accionistas, y otra en la que se incluye además de los indicados patrimonios, el de terceros interesados; siendo que, tomando posición, se decantan por esta última, al ser una que remarca la dimensión socioeconómica de esta modalidad delictiva (p. 45).

En igual sentido Peña Cabrera (2019), porque ofrece una mayor comprensión normativa, al incluir además una visión supraindividual, vinculada a la actividad económica de la persona jurídica en el ámbito socioeconómico, que se relaciona con el hecho de que en los supuestos que conforman el delito de administración fraudulenta, se pueden identificar diversos intereses de naturaleza financiera, bancaria, mercantil o comercial (p. 649).

También Reátegui (2022), para quien esa dimensión socioeconómica, debería ser sustento de una reforma legal que ubicara el fraude en la administración de las personas jurídicas, fuera de los delitos patrimoniales, y ubicarlo, de manera autónoma, como en el caso español, como un delito societario (p. 521).

Este delito se manifiesta en nueve formas, en las que es necesario dar cuenta de la acción y resultado típicos que los caracterizan y definen. De acuerdo a Caro y Reyna (2019), las conductas fraudulentas, comprenden, por un lado, supuestos de falsedad en balance y otros documentos societarios y, por otro lado, actos de administración desleal; las primeras a través de los numerales 1, 2, 3 y 5 y las segundas en los numerales 4, 6, 7 y 8 (p. 53).

a. Fraude contable

En este supuesto, existe un resultado típico expresado en el ocultamiento a los accionistas, socios, asociados, auditor interno o externo, o a terceros interesados, de la verdadera situación de la persona jurídica, al que se llega a través de la acción típica de falseamiento de balances. Esta acción de falseamiento se produce sobre el balance, entendido, según Gutiérrez (1999, como se citó en Salinas, 2019) como el

documento contable que permite determinar los saldos de las cuentas para establecer el activo, pasivo, patrimonio, ganancias y pérdidas de la persona jurídica en un periodo; y puede manifestarse, como aumento o disminución de las partidas contables; es decir, como indica Paredes (2023), presentando liquidez y solvencia o utilidades cuando realmente hay pérdida, o presentando pérdida y ausencia de utilidades, cuando existe liquidez y ganancias (pp. 211, 212).

El resultado de ocultamiento significa lograr distorsionar la imagen fiel que deben mostrar los balances (García, 2015, p. 428), y así encubrir o disimular los resultados financieros de la persona jurídica (Caro y Reyna, 2019, p. 54).

b. Falsas informaciones sociales

Reátegui (2022), no comparte la inclusión de este supuesto, al considerarlo redundante del anterior, al estar referido a un falseamiento conectado causalmente a la situación de la persona jurídica; pero ofrece una interpretación diferenciadora, según la cual en el primer supuesto el falseamiento opera sobre datos específicos de contabilidad de la persona jurídica, mientras que en el segundo supuesto recaería, además, sobre cualquier otro dato o información (p. 535). En ese sentido Bramont Arias y García (2008), indican que el falseamiento es sobre cualquier medio distinto a las partidas contables (p. 363).

Al respecto, Peña Cabrera (2019), haciendo referencia a la ley general de sociedades, considera que entre esos otros instrumentos sobre los que podría recaer el falseamiento, podría considerarse a las memorias de liquidación y propuestas de distribución de patrimonio neto (p. 655).

La acción típica viene dada por el falseamiento de los documentos que permiten conocer la situación de la persona jurídica; mientras que el resultado típico, al momento en que estos son proporcionados, no a cualquier persona, sino, a decir

de García (2015), a los órganos de la persona jurídica o a terceros relacionados patrimonialmente a esta (p. 420).

c. Agiotaje societario o promoción de falsas cotizaciones

Según García (2015), la promoción se presenta al crear las condiciones para que se produzca la falsa cotización de acciones, títulos o participaciones (p. 432). En similar sentido Paredes (2023), para quien se produce cuando se impulsa o se fomenta, por cualquier medio fraudulento, la asignación de un valor irreal o diferente al valor real que tienen las acciones, títulos o participaciones, sea haciéndolo subir o bajar (p. 217).

La falsa cotización promovida es de acciones, que representan partes alícuotas del capital social, con un mismo valor nominal y otorgan el derecho a un voto; además de participaciones, que representan el aporte de los socios en la sociedad colectiva, sociedad en comandita simple y sociedad comercial de responsabilidad limitada; y por otro lado títulos, que representan los derechos de los accionistas a quienes se ha reembolsado el importe de sus acciones, o los beneficios a los fundadores por compensación a los servicios prestados para la constitución societaria (Peña Cabrera, 2019, p. 655).

En este supuesto delictivo, no existe separación espacio temporal entre acción y resultado típicos, es decir, estamos ante un delito de mera actividad; pues, según Caro y Reyna (2019), es un supuesto que, para consumarse, simplemente requiere de un acto de promoción de falsa cotización, en aptitud para afectar el patrimonio de la persona jurídica o a terceros (p. 58).

d. Autocartera encubierta

Paredes (2023), indica que este supuesto delictivo debió tipificarse como la prohibición al representante o administrador de la persona jurídica de “aprobar préstamos aceptando como garantías sus propias acciones” (p. 218). A partir de ello, se entiende que existe un préstamo aprobado por el sujeto activo

que ejerce funciones de administración o representación de la persona jurídica, en favor de un accionista de esta. Hasta aquí no existe problema alguno, pues el accionista puede convertirse en deudor de la persona jurídica de la que participa.

El supuesto delictivo se presenta, a decir de Juárez (2016) con “la actitud del que ejerce la administración de la persona jurídica a cargo de la aprobación de las garantías del crédito otorgado que acepta en respaldo del crédito las acciones o títulos que el deudor tenga en la misma persona jurídica, cuando el artículo 106 LGS lo prohíbe expresamente” (p. 209). En efecto, el artículo 106 de la Ley General de Sociedades, referido a los préstamos con garantía de las propias acciones, establece que:

En ningún caso la sociedad puede otorgar préstamos o prestar garantías, con la garantía de sus propias acciones ni para la adquisición de éstas bajo responsabilidad del directorio. (Ley N.º 26887, 1997)

Este supuesto delictivo es de mera actividad, al no existir separación espacio temporal entre acción y resultado típicos; pues, como afirman Caro y Reyna (2019) el otorgamiento del préstamo al accionista por parte de la persona jurídica, coincide con la aceptación que esta hace de sus propias acciones o títulos, como garantía de crédito (p. 60).

e. Reparto de utilidades inexistentes

La acción típica se presenta, según Paredes (2023), cuando en los balances se consideran ingresos o ventas por encima de las que en realidad se produjeron o se deja de consignar todos los pasivos (p. 218), resultando utilidades cuando realmente no las hay, o en mayor cantidad de las que realmente existen. A decir de Caro y Reyna (2019) es indiferente si en realidad el balance arroja resultados positivos o no, lo decisivo es que el balance fraguado muestre más utilidad que la que mostraría el balance real (p. 59).

La acción típica viene guiada por un objetivo o intención, cual es reflejar y distribuir utilidades, el mismo que marca la diferencia de este supuesto respecto del establecido en el numeral uno, en el que no existe como requisito para su configuración dicha finalidad; de allí que Peña Cabrera (2019), refiera que no es necesario se produzca un reparto efectivo de utilidades para su configuración (p. 659). Si ello es así, el tipo objetivo se ve satisfecho con el fraguado de los balances, por ende, esta acción constituye también el resultado típico, lo que indica que nos encontramos ante un delito de mera actividad.

f. Omisión de comunicar intereses incompatibles.

Este supuesto delictivo requiere como elemento típico que el agente se encuentre en un conflicto de intereses que, según Musco (1999, como se citó en Caro y Reyna, 2019), tiene contenido patrimonial y puede manifestarse cuando aquél asuma el rol de contraparte de la persona jurídica, ejerza actividad económica que compita con la de esta, o utilice en su beneficio información conocida con ocasión de su desempeño como administrador de la persona jurídica.

Al presentarse dicho conflicto de interés, se origina el deber legal de hacer conocer a los órganos de dirección y gestión. No hacerlo, a decir de Salinas (2019), configura el delito (p. 1558), aun cuando, según García (2015), únicamente habrá relevancia jurídico penal cuando se haya derivado peligro de perjuicio patrimonial a la persona jurídica (p. 419).

g. Asunción indebida de préstamos para la persona jurídica.

El resultado típico de este supuesto delictivo, se produce cuando el agente asume u obtiene un préstamo a favor de la persona jurídica, pero de manera indebida; es decir, como lo indican Caro y Reyna (2019), cuando la persona jurídica obtiene el financiamiento indebido y, con ello, contrae las obligaciones que afectarán su patrimonio (p. 64).

Lo indebido de la obtención del préstamo deriva, según Salinas (2019), de no seguir el procedimiento regular que la ley o los estatutos de la persona jurídica establecen, actuando el sujeto activo por su cuenta (p. 1560); a cuya determinación, como lo indica García (2010, como se citó en Caro y Reyna, 2019), será importante tener en cuenta si la obtención del préstamo fue en virtud de las facultades legales de endeudamiento habilitadas o reconocidas al sujeto activo o respetando las restricciones impuestas por la persona jurídica.

La referencia de Peña Cabrera (2019) en el sentido de que “los actos anteriores a la adquisición del préstamo, que no lleguen a materializar la operación crediticia, por razones ajenas a la voluntad del autor, habrá que ser reputadas como delito tentado” (p. 662), permite inferir que la acción típica estará constituida por aquellos comportamientos dirigidos a conseguir, de manera indebida, el financiamiento para la persona jurídica.

h. Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica.

El resultado típico de esta modalidad delictiva se presenta cuando el agente utiliza el patrimonio de la persona jurídica en su beneficio particular o de un tercero. Lo antes mencionado, supone, según Paredes (2023), dar al patrimonio de la persona jurídica un uso diferente al predestinado en los estatutos de esta, desconociendo sus fines y objetivos (p. 222). Mientras que, la acción típica, se explicita a través de cualquier comportamiento dirigido a lograr el uso del patrimonio de la persona jurídica; estamos ante un delito de resultado, al existir una separación espacio temporal entre acción y resultado típico.

i. Uso de documentos contables para sustentar operaciones inexistentes o simuladas

En este supuesto delictivo, la acción típica consiste en presentar como parte del contenido de un documento contable, transacciones propias del giro o actividad comercial de la persona jurídica, pero que no se han producido en la realidad. Mientras que el resultado típico, se produce con el uso o empleo que hace el sujeto activo del referido documento, con el objetivo o intención de ocultar pagos o desembolsos a otras personas jurídicas o naturales, sean nacionales o extranjeras.

La evidente separación espacio temporal entre la acción y resultado típicos, convierten a este delito en uno de resultado.

En cuanto al delito de informes de auditoría distorsionados, descrito en el artículo 198-A del CP peruano, de acuerdo a Caro y Reyna (2019), el bien jurídico protegido es “el patrimonio de la persona jurídica cuya información contable-financiera es objeto de auditoría, sus accionistas y los terceros que tengan relaciones patrimoniales con la persona jurídica” (p. 68). Esto último, como refiere Paredes (2023), por el hecho de que los informes de auditoría tienen como destinatarios, además de la propia persona jurídica y sus accionistas, a personas ajenas a esta, pero que tienen interés o vínculos con aquella, como parte de su giro empresarial (p. 223).

Esta hipótesis penal está estructurada como un delito de omisión, pues el auditor no revela, en su informe de auditoría, la existencia de distorsiones o tergiversaciones significativas en la información contable-financiera de la persona jurídica, a pesar que ello le consta. Lo mencionado, presupone la existencia de información contable-financiera de la persona jurídica que, como lo indica García (2015), ha sido distorsionada falseando la realidad, o ha sido tergiversada, al interpretársela de manera forzada (p. 478).

Según Salinas (2019), esa información contable-financiera distorsionada o tergiversada es la que el auditor externo o interno, encuentra durante su labor de evaluación de los estados financieros y contables de la persona jurídica (p. 1572); y es ahí cuando se genera el deber de actuar del auditor, expresado en la necesidad de comunicar dichas distorsiones o tergiversaciones (Caro y Reyna, 2019, pp. 69, 70).

En cuanto al delito de contabilidad paralela, descrito en el artículo 199 del CP peruano, el bien jurídico protegido, según Paredes (2023), es el patrimonio del tercero vinculado o que pueda vincularse contractualmente con la persona jurídica en la que el agente realiza la contabilidad paralela, al percibir una situación distorsionada o falsa de esta, más no el patrimonio del Estado, que se encuentra resguardado a nivel de los delitos tributarios (p. 228).

La acción y resultado típicos de este delito, permiten indicar, como lo hacen Caro y Reyna (2019), que es uno de mera actividad (p. 72); por ende, el tipo objetivo se satisface con llevar la contabilidad paralela.

Según Peña Cabrera (2019), contabilidad paralela alude a que el agente, simultáneamente tiene una contabilidad que presenta a la administración tributaria y otra empleada frente a terceros (p. 672), estando referida a la misma actividad, lo que importa hacer aparecer datos falsos sobre la gestión, disminuyendo las ganancias y evitando un pago real de impuestos (Salinas, 2019, p. 1576).

En los delitos de fraude en la administración de personas jurídicas, el hecho de que, en principio, no se aprecie la afectación a un derecho personalísimo, como la vida, la integridad, la libertad, etc., cuando el sujeto activo comete actos de falsedad en balances y otros documentos societarios, de administración desleal, de distorsión de informes de auditoría, o de contabilidad paralela, no significa que, sin más, se asuma que en ella se puede verificar positivamente la razón subyacente, pues, en el ámbito en el que la

persona jurídica despliega sus actividades, como es el socioeconómico, confluyen intereses que trascienden los patrimoniales de esta o de sus socios, ubicándose otros intereses relacionados a terceros actores económicos que, de una u otra manera, entran en relación con aquella, como los financieros, bancarios, mercantiles o comerciales, que pueden verse afectados. Esta afectación trasciende, pues, el ámbito patrimonial individual y alcanza una dimensión supraindividual que denota un mayor desvalor del injusto y, por ende, demanda una actuación del ordenamiento jurídico penal distinta a la renuncia a la sanción que es propia de la excusa absolutoria; por lo que, no se verifica positivamente la razón subyacente.

D. En el delito de extorsión

El delito de extorsión, descrito en el artículo 200 del CP peruano, según Bramont Arias y García (2008), al ser un delito pluriofensivo, protege preferentemente al patrimonio, y además a la libertad individual (p. 366). Más comprensivamente, Arbulú (2019), para quien lo pluriofensivo, se aprecia en el ataque a la libertad personal, su patrimonio e integridad mental o física (p.186); y, Peña Cabrera (2019), quien refiere que el patrimonio asume una concepción más amplia, no restringida a una afectación a la tenencia de la cosa, sino, por ejemplo, la obtención de un crédito, calificación para un trabajo, extinción de una deuda, etc. (pp. 680, 681).

La acción típica está dada por la violencia o la amenaza. Según Peña Cabrera (2019), la primera, es la fuerza física empleada por el agente, dirigida no a producir una afectación a la integridad física, sino a doblegar la resistencia de la persona para que sea esta misma quien le entregue la ventaja económica; y, la segunda, es el anuncio de un mal inminente para los bienes jurídicos fundamentales de la persona a fin de anular o limitar su capacidad de decisión, y así acepte la exigencia del agente; apreciándose en ambas, un ataque directo a intereses personalísimos (p. 683).

La acción típica, es genérica, cuando va dirigida a producir el resultado “obliga” en cualquier persona natural, particular o representante de una institución, como se indica en el primer párrafo del indicado artículo; o específica, sea cuando va dirigida contra autoridades, tomando locales, obstaculizando vías de comunicación, impidiendo el libre tránsito a la ciudadanía, perturbando el funcionamiento de servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, sea cuando el funcionario público con poder de decisión o en desempeño de cargo de confianza o de dirección, participe en una huelga a pesar de la prohibición del artículo 42 de la Constitución Política; tal y como, respectivamente, se indica en el tercer y cuarto párrafos del referido artículo del CP peruano.

El resultado típico se expresa con el verbo rector “obliga”; es la imposición que el agente logra sobre una persona a fin otorgue a él o a tercero la ventaja exigida (Salinas, 2019, p. 1586); entrega esta que se produce como consecuencia de la violencia o amenaza que ejerció, y que no debe ser inmediata respecto a la producción de la acción típica sino discontinua o mediar un intervalo, para diferenciar esta modalidad del robo, donde sí lo es (Peña Cabrera, 2019, pp. 682-684).

A la acción y resultado típicos de la extorsión simple, se aparejan determinadas circunstancias agravatorias dispuestas en dicho artículo, en tres bloques: el primero, por la forma y circunstancias en las que se produce el uso de la violencia o amenaza (a mano armada o usando explosivos; pluralidad de agentes; contra los responsables de la ejecución de obras de construcción civil; con prevalimiento de la condición de dirigente sindical de construcción civil; simulando ser trabajador de construcción; con empleo de imágenes del entorno familiar que se difunde a la víctima); el segundo, cuando se mantiene de rehén a una persona, que incluye sus propias circunstancias agravatorias (por tiempo superior a veinticuatro horas; empleo de crueldad; la condición de funcionario

o diplomático del agraviado; con enfermedad subyacente del agraviado; pluralidad de agentes; con producción de lesiones a la víctima); y el tercero, de agravantes de mayor peligrosidad (rehén menor de edad o persona mayor de setenta años; prevalimiento de la discapacidad del rehén; producción de lesiones graves o muerte; utilización de menores de edad)

En la extorsión, si se tiene en cuenta que el sujeto activo realiza una acción típica expresada en la violencia o la amenaza y que incide en la integridad física y en la libertad de determinación del sujeto pasivo, para lograr que este sea quien le entregue una ventaja indebida en su favor, pues ha de colegirse en que se presenta una afectación de derechos personalísimos, así como, un ataque pluriofensivo, con un desvalor de injusto elevado, que se incrementa, aún más, de presentarse alguna de las circunstancias previstas para sus formas agravatorias, sea por el modo en que se produce la violencia o amenaza, al utilizarse determinados medios que facilitan o aseguran la imposición sobre el sujeto pasivo, o por la limitación de la libertad de una persona con la que se reviste de realidad a la amenaza para exigir un rescate (secuestro extorsivo). Por lo que, en la extorsión, no se verifica la presencia de la razón subyacente.

E. En el delito de chantaje

En el delito de chantaje, descrito en el artículo 201 del CP peruano, el bien jurídico protegido es, según Arbulú (2019), el patrimonio y la libertad personal, si se tiene en cuenta que el sujeto activo constriñe a la víctima a fin pague por el silencio para así evitar la divulgación (p. 202), así como, el honor y reputación de las personas, si como parte de la acción delictiva existe la posibilidad de que se perjudique a una persona, al divulgarse un hecho o conducta suya (Reátegui, 2022, p. 586).

La acción típica en este delito, se produce a través de la amenaza al sujeto pasivo que, según Paredes (2023) consiste en el anuncio

de la revelación de una conducta o hecho que este prefiere mantener en reserva, pues podría perjudicarlo (p. 245). La amenaza se muestra con la expresión “haciendo saber a otro”, y debe ser lo suficientemente idónea para constreñir la libertad decisoria del sujeto pasivo. Según Reátegui (2022), esa amenaza puede ser verbal o escrita, expresa o tácita, pues la ley no distingue en un sentido u otro (p. 589).

El resultado típico en el delito de chantaje viene dado por el haber determinado o tratado de determinar al sujeto pasivo, a que decida comprar el silencio del sujeto activo que se dispone a revelar algún hecho o conducta de su vida personal. Este resultado, según Salinas (2019), perfecciona el delito de chantaje, bastando que el agente trate de hacer que el sujeto pasivo compre su silencio, de tal forma que, no interesa que este se desprenda de su patrimonio o de que aquél lo reciba (p. 1631).

En el chantaje, la afectación a derechos personalísimos es fácilmente evidenciable, en tanto, más allá del patrimonio que se pone en peligro con el pago que el agente busca que realice el sujeto pasivo en su favor, existe un constreñimiento a la libertad de este último para poder lograrlo, cuando aquél le hace saber su disposición a divulgar un hecho o circunstancia que pueda perjudicar no solo su honor sino el de otras personas; a partir de lo cual, emerge con toda claridad, además, el alcance pluriofensivo del ataque que, a su vez, le dota de mayor desvalor de injusto; sin que, por ello, se pueda asumir en el chantaje la presencia de la razón subyacente.

F. En los delitos de usurpación

El delito de usurpación se encuentra establecido en el artículo 202 del CP peruano, y se manifiesta a través de cuatro modalidades, descritas en sendos numerales. Según Peña Cabrera (2019), haciendo referencia a la desocupación del sujeto pasivo del inmueble, a la alteración de sus linderos, y a la turbación de la

posesión que se tiene sobre este, lo que se busca proteger concretamente es el uso y disfrute de los derechos reales, esencialmente la posesión; siendo que, en la referida ocupación, además, se protege la libertad personal, la vida, el cuerpo y la salud de quienes poseen el inmueble (p. 709); esto último, en clara alusión, al despojo de la posesión mediante violencia o amenaza, en las que pueden verse afectados estos bienes.

Es Reátegui (2022) quien, más allá de la referencia al despojo, destrucción y alteración de linderos, y turbación de la posesión (descritos en los tres primeros numerales del indicado artículo), menciona que, además, se protege la propiedad, y ello en referencia a la usurpación por actos clandestinos, descrita en el numeral 4 del artículo 202 del CP, introducido por la Ley 30076, del año 2013, que, específicamente, en su segunda parte indica “El que, ilegítimamente, ingresa a un inmueble...con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse”, a partir de la cual se desprende que ello es posible no solo por parte del simple poseedor de buena fe, sino también del legítimo propietario quien, por serlo, tiene derecho a oponerse al ingreso del usurpador (p. 624).

La acción y resultado típicos de cada una de las modalidades típicas del delito de usurpación, se analizan a continuación.

a. Usurpación por destrucción o alteración de linderos

En esta modalidad delictiva, de acuerdo a Salinas (2019) es necesario que el sujeto activo con la finalidad de apropiarse o adjudicarse del total o de una parte de un inmueble, produzca ya sea la destrucción, demolición o derribo; o la alteración, esto es, el cambio, modificación, desplazamiento de los linderos o señales que le sirven de delimitación (pp. 1640, 1641).

Como refiere Salinas (2019), el sujeto activo para destruir o alterar los linderos recurre a la violencia o fuerza, pero dirigida a incidir sobre las cosas (p. 1640). A partir de lo antes mencionado,

se puede apreciar, con claridad, cómo la violencia constituye la acción típica o acto ejecutivo en capacidad de poner en peligro el bien jurídico protegido; así como, el resultado típico, se expresa en la destrucción y alteración del lindero.

b. Usurpación por despojo

Según Salinas (2019), en esta modalidad delictiva el agente, mediando violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza sobre la persona, o violencia sobre las cosas, invade un inmueble, se mantiene en éste en contra de la voluntad del poseedor o tenedor, o lo expulsa (pp. 1647-1650); o priva al sujeto pasivo del ejercicio de un derecho real que tiene constituido a su favor sobre el inmueble (Peña Cabrera, 2019, p. 717). Donde, la acción típica viene dada por la violencia, la amenaza, el engaño o el abuso de confianza, mientras que el resultado típico, por el despojo de la posesión o la privación del ejercicio del derecho real.

Según Peña Cabrera (2019), existen diversos niveles de reproche entre cada una de las formas en que se manifiesta la acción típica y ello debido a si su incidencia se produce solo sobre el patrimonio o, adicionalmente, en otro derecho como puede ser la libertad, la vida, la integridad o la salud (p. 717).

La violencia de esta modalidad delictiva, refiere Salinas (2019), implica recurrir “al despliegue de energía física para vencer con ella, por su poder material, la voluntad opuesta de la víctima, así como para destruir objetos que dificulten el despojo” (p. 1647). Y la amenaza, según Reátegui (2022), “es el anuncio del propósito de causar un mal...o perjuicio inminente para la víctima, cuya finalidad es intimidarlo” (p. 642).

En cuanto al engaño, este implica la alteración de la realidad al mostrar un estado de cosas que no se condice con esta y que se manifiesta en el despliegue de diversos actos ejecutivos para

inducir a error y así lograr la entrega o desocupación del inmueble (Peña Cabrera, 2019, p. 722).

Respecto al abuso de confianza Rubianes y Pellerano (1960), indican que esta forma en que se presenta la acción típica, requiere que el agente ostente la tenencia lícita del inmueble, pues a partir de una relación de confianza con el poseedor, este le permitió ocuparlo, en la seguridad que no ejercería derechos más allá de los que le correspondían. El abuso de la confianza, se presenta, pues cuando el agente defrauda esa confianza y se mantiene en el inmueble más allá de lo convenido, impidiendo la posesión del sujeto pasivo (pp. 134-138).

El resultado típico, es el despojo del inmueble que, según los autores antes mencionados, consiste en “privar de su goce efectivo a quien lo ocupaba personalmente o por intermedio de otra persona ... puede provenir tanto de alguien que antes de la acción no tenía ningún contacto material con el bien, como por quien se encontraba dentro del inmueble, a condición de que se traduzca en un real impedimento de uso para el anterior ocupante” (p. 45).

c. Usurpación por turbación

En esta modalidad es necesario, según Reátegui (2019), que el agente, mediando violencia sobre las personas o los bienes, o amenaza sobre las personas, sin llegar a despojar al poseedor, limite o restrinja la posesión pacífica de un inmueble (p. 659). Donde, la acción típica está dada por la violencia o la amenaza, mientras que el resultado típico, por la turbación de la posesión.

El significado de la violencia o amenaza, en esta modalidad delictiva es similar a los términos expuestos para el despojo; sin embargo, su alcance varía en función a la turbación que se ha de lograr como resultado típico del delito. De allí que, la acción típica, para Reátegui (2022) “constituye el grado mínimo de agresión al bien jurídico posesión ya que siendo estrictos en el

concepto, el sujeto agraviado no pierde su posesión – como sí en la modalidad de despojo – del bien inmueble” (p. 659). Ello será posible, como ejemplifica Salinas (2019), cuando se rompa los dispositivos de seguridad de la puerta de acceso de un inmueble, se corte los cables de energía eléctrica o tuberías de agua potable que le proveen de estos servicios, o la intimidación que realice una persona al vecino, de soltar a sus perros bravos, en caso este cultive en su propio inmueble (pp. 1654-1655).

El resultado típico de turbación se presenta cuando ya se altera las condiciones en las que se ejerce los poderes posesorios, limitándose el uso y disfrute de lo poseído (Reátegui, 2022, p. 662). Esto último, en los ejemplos antes descritos, se expresaría en que el sujeto pasivo vea reducida considerablemente la posibilidad de seguir realizando, en el modo habitual a como lo venía haciendo, sus actividades de conducción, custodia u otra en el inmueble y, a decir de Peña Cabrera (2019), incluso provocar el retiro momentáneo del poseedor (p. 727).

d. Usurpación clandestina

Esta modalidad delictiva incluye dos hipótesis; primero, la usurpación mediante actos ocultos en ausencia del poseedor, en la que el agente, furtivamente, penetra a un inmueble aprovechando que su poseedor se encuentra ausente y, segundo, la usurpación con aseguramiento del desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse, en la que el agente, con cautela, penetra a un inmueble, para evitar que el sujeto pasivo no poseedor, pero con legitimidad para oponerse, se entere.

La acción típica está dada por todos aquellos actos ejecutivos realizados de manera oculta o con precauciones, dirigidos a conseguir el ingreso al inmueble o resultado típico.

Lo oculto o subrepticio de dicho acto ejecutivo, resalta la característica de que necesita hacerse en tal forma porque es ciertamente posible que el sujeto pasivo poseedor, ausente en el momento, pueda enterarse de los actos usurpatorios, por

ejemplo, a través de los vecinos o colindantes que lo conocen como tal. A diferencia de lo que sucede en la precaución o cautela del acto ejecutivo, que denota un comportamiento limitado a asegurarse el desconocimiento del sujeto pasivo que, por no ser poseedor, está en menor posibilidad de enterarse.

Salinas (2019) refiere que en esta modalidad delictiva no se requiere la producción de violencia, amenaza o engaño, sino el aprovechamiento de una situación de ventaja (p. 1656).

El resultado típico, está constituido por el ingreso que, a decir, del autor antes mencionado “consiste en introducirse a un lugar o pasar de fuera hacia adentro de un lugar determinado” (p. 1656).

Con lo antes mencionado, a efectos de la verificación de la razón subyacente en las modalidades delictivas de la usurpación, se tiene lo siguiente:

En la usurpación por destrucción o alteración de linderos, la acción típica, dirigida a producir sea la destrucción o la alteración, importa recurrir a la violencia o fuerza física sobre los objetos que demarcan los límites del inmueble, es decir, dicho medio opera solamente sobre las cosas sin que, por ello, pueda afectar derechos personalísimos, como la vida, la integridad o la libertad personal, ni otro interés que no sea el patrimonio, por lo que se colige que ostenta un desvalor de baja intensidad; en consecuencia, se verifica positivamente la razón subyacente.

En la usurpación por despojo, cuando la acción típica dirigida a producir el resultado típico de despojo de la posesión o de la tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real, se realiza mediante violencia o amenaza sobre las personas, evidentemente, no solo afecta un interés patrimonial, sino, además, derechos personalísimos, como la vida, la integridad y libertad personal, descartándose la presencia de la razón subyacente.

A diferencia de lo que sucede, por un lado, cuando la violencia, para producir el despojo, se realiza sobre las cosas, lo que plantea

un tratamiento similar al indicado para la usurpación por destrucción o alteración de linderos (solo diferenciado porque en el despojo esas cosas son las que lo impiden o dificultan); y, por otro lado, cuando a la producción del despojo se llega como consecuencia de una acción típica en la que media el engaño para presentar los hechos de manera distinta a lo que corresponden en la realidad y así inducir a error, o el abuso de la confianza en virtud a la cual el sujeto pasivo permitió la ocupación del inmueble. Supuestos estos, en los que, al desplegarse una acción típica de reducido desvalor, que no afecta derechos personalísimos, sino solo intereses patrimoniales, sí se verifica positivamente la razón subyacente.

En la usurpación por turbación para producir el resultado típico de turbación que altera el ejercicio de la posesión sin llegar a perderla, es necesaria, por un lado, una acción típica de violencia o amenaza sobre la persona o, por otro lado, de violencia sobre las cosas, donde la primera supone comprometer la integridad o libertad personal, además del patrimonio, mientras que, en la segunda, solo este último interés; por lo que, la verificación positiva de la razón subyacente, solo puede presentarse en la usurpación por turbación cuando la violencia opera sobre las cosas.

En la usurpación clandestina, el hecho de que la acción típica dirigida a producir el ingreso al inmueble como resultado típico, se realice mediante comportamientos subrepticios en ausencia del poseedor, o cautelosos para evitar que quien tenga derecho a oponerse tome conocimiento, denota la ausente posibilidad de que se pueda afectar la vida, integridad o libertad de estas personas, sino, solamente, intereses patrimoniales con la indicada penetración, que expresan un reducido desvalor del injusto; y, como tal, que se verifique positivamente la razón subyacente.

En cuanto al delito de desvío ilegal del curso de las aguas, descrito en el artículo 203 del CP peruano, el bien jurídico protegido, de

acuerdo a Rubianes y Pellerano (1960), es el uso y goce pacífico del agua cuando es un inmueble, cuando por su masa o volumen forma una cantidad compacta de líquido y adquiere una forma o definición, llámase río, arroyo, canal, acequia, acueducto, etc. (p. 406); en ese sentido, también, Peña Cabrera (2019, pp. 729-730).

El desvío del curso de las aguas públicas o privadas como primera modalidad delictiva se produce, según Reátegui (2022), como consecuencia de la modificación de la dirección en la que discurrían de acuerdo a su cauce natural o artificial trazado para su uso (p. 668).

Impedir que las aguas corran por su cauce como segunda modalidad delictiva se presenta, a decir de Peña Cabrera (2019), producto de la interrupción de su paso por el cauce, esto es, se neutraliza este obstruyendo la vía o salida que le permite discurrir (pp. 732-733).

Utilizar el agua en una cantidad mayor a la debida como tercera modalidad se produce, de acuerdo a Salinas (2019) cuando la persona que tiene derecho al uso o disposición del agua en una determinada cantidad, lo hace en mayor medida, para lo cual puede servirse de cualquier medio (p. 1669).

A efectos de verificar si en el delito de desvío ilegal del curso de las aguas, se presenta la razón subyacente, es necesario indicar que de acuerdo al artículo 2 de la Ley N.º 29338, Ley de recursos hídricos:

El agua constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua. (Ley N.º 29338, 2009)

Es decir, si bien los particulares, con la comisión de este delito, pueden sufrir afectación en el derecho de uso que tienen sobre las aguas privadas, o junto con el Estado respecto de las públicas,

sucede que ello supone la existencia un interés supraindividual comprometido cuando el Estado, respectivamente, otorga ese derecho en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación, o cuando sobre ella ejerce su dominio de manera inalienable e imprescriptible, al constituir patrimonio de esta. Por lo que, la afectación que provoca este delito con su comisión, al presentarse de modo pluriofensivo, sin limitarse al ámbito patrimonial, no incluye a la razón subyacente.

En cuanto a las formas agravadas del delito de usurpación, descritas en el artículo 204 del CP peruano, a la acción y resultado típicos aludidos de la usurpación simple, se aparejan determinadas circunstancias agravatorias, dispuestas en once supuestos.

De las once circunstancias agravatorias, las incluidas en los numerales 2 (pluralidad de agentes), 3 (sobre inmueble reservado para fines habitacionales), 6 (con colocación de hitos, cercos, paneles o similares) y 9 (usando documentos falsos o adulterados), más allá de un incremento, no elevado, en el desvalor que es propio de las circunstancias que los provocan, la afectación se restringe al ámbito patrimonial, no involucrando derechos personalísimos; por lo que se verifica positivamente la razón subyacente.

A diferencia de los demás supuestos agravatorios en los que se aprecia que la afectación provocada con su comisión, trasciende el patrimonio, comprometiendo otros intereses, como la seguridad y tranquilidad públicas, en los numerales 1 (usando armas de fuego o explosivos), 5 (afectando la libre circulación en vías de comunicación), 8 (sobre derechos de vía o localización de área otorgados a proyectos de inversión) y 11 (sobre inmuebles en zonas de riesgo no mitigable) del primer párrafo y el último párrafo (agente que financia, facilita, fomenta, dirige, promueve usurpaciones de inmuebles de propiedad pública o privada) del indicado artículo; el interés estatal, comunal, cultural y ambiental, en los numerales 4 (sobre bienes estatales, comunales o

destinados al servicio público o integrantes del patrimonio de la nación o sobre áreas naturales protegidas) y 10 (en condición de representante de persona jurídica o natural que entregue indebidamente documentos o valide posesión de terrenos); y la administración pública, en el numeral 7 (con abuso de función pública y notarial); es decir, manifiestan un carácter pluriofensivo que descarta la presencia de la razón subyacente.

Se ha logrado, pues verificar que la razón subyacente que justifica la excusa absolutoria en los delitos de hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, además, se encuentra presente, por un lado, en el tipo básico del delito de receptación descrito en el artículo 194 del CP peruano, y en sus formas agravadas incluidas en los numerales 1, 2, 5 y 6 del artículo 195 del indicado código, cuando la receptación se produce, respectivamente, sobre vehículos automotores, sus autopartes o accesorios; sobre equipos de informática; como parte del comercio de bienes muebles; y sobre el gas, hidrocarburos o sus productos derivados; y, por otro lado, en el tipo básico del delito de usurpación descrito en el artículo 202 del CP peruano, en sus modalidades de usurpación por destrucción o alteración de linderos; usurpación por despojo mediante violencia sobre las cosas, engaño o abuso de confianza; usurpación por turbación mediante violencia sobre las cosas; y en la usurpación clandestina mediante actos ocultos en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse; así como, en sus formas agravadas, incluidas en los numerales 2, 3, 6 y 9 del artículo 204 del referido cuerpo normativo, cuando la usurpación se comete, respectivamente, con la intervención de dos o más personas; sobre inmueble reservado para fines habitacionales; colocando hitos, cercos perimétricos, cercos vivos, paneles o anuncios, demarcaciones para lotizado, instalación de esteras, plásticos u otros materiales; y utilizando documentos privados falsos o adulterados.

El hecho que, en las modalidades delictivas de receptación y usurpación, se haya verificado la presencia de la razón subyacente que justifica la excusa absolutoria en los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, implica que aquellas deberían estar contempladas bajo su cobertura junto a estas, sin embargo, no lo están; lo que constituye un caso de indeterminación lógica infra inclusiva de la norma penal de la excusa absolutoria, a causa de una laguna axiológica, ante la cual, de acuerdo a Ródenas (2012), el deber de un juez es aplicar la solución prevista en la norma (p. 24).

Ante esto último, solo cabe la corrección de la indeterminación lógica infra inclusiva de la norma penal de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, y ello solo es posible extendiendo la cobertura de esta a las modalidades delictivas patrimoniales de la receptación y usurpación, en las que se verificó la presencia de la razón subyacente que justifica la excusa en los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños; lo que, en otras palabras, significa haber demostrado que “la corrección de la indeterminación lógica infra inclusiva de la norma penal de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP” (componente 1 de la hipótesis) es fundamento jurídico para extender la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano a las modalidades de receptación y usurpación.

3.2.2. LA GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y DE PREDICTIBILIDAD EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS-REGLAS PENALES

Corresponde, a continuación, la demostración de que “la garantía del principio de seguridad jurídica y de predictibilidad en la aplicación de las normas-reglas penales”, es fundamento jurídico para sustentar la extensión de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano.

El hecho que se haya demostrado en el punto 3.2.1. que, en el grupo de delitos contra el patrimonio del CP peruano, existen modalidades delictivas como las receptaciones y las usurpaciones que, sin estar consideradas bajo la cobertura de la excusa absolutoria de su artículo

208, contienen la razón subyacente presente en las modalidades delictivas que sí lo están, como son los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, constituye un estado de cosas que debe apreciarse a la luz del principio de seguridad jurídica y de predictibilidad en la aplicación de las normas-reglas penales.

A dicho efecto, ha de reconocerse que desde la promulgación del CP peruano, en el año 1991, hasta la actualidad, en virtud al principio de legalidad, solo se ha considerado aplicable la renuncia a la necesidad de la pena en las sustracciones, apropiaciones, defraudaciones y daños, suscitados entre las personas a las que se refieren los tres supuestos de exclusión de su artículo 208, cuya afectación no alcanza intereses personalísimos, es exclusivamente patrimonial y ostenta un desvalor de baja intensidad.

En ese mismo lapso, también en virtud al principio de legalidad, fueron reprimibles y aún lo son las receptaciones y usurpaciones suscitadas entre las personas a las que se refieren los tres supuestos de exclusión de su artículo 208, a pesar de que en ellas se presentaba la razón subyacente que justifica la aplicación de la excusa absolutoria de dicho artículo a los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños.

La resolución o redefinición de los conflictos penales relativos a las receptaciones y usurpaciones, se dificulta al advertirse que en ellas se presentaba la razón subyacente que justifica la excusa absolutoria en los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños y, sin embargo, no se podía fundamentar la renuncia a la necesidad de la pena, reservada solo a estas últimas.

Esa dificultad, también es el resultado de constatar que la imposibilidad de sustentar la renuncia a la pena en las receptaciones y usurpaciones, se produce aun cuando se entiende que las normas-reglas del ordenamiento jurídico penal son suficientes para resolver de forma satisfactoria cualquier conflicto que así lo exija.

Y más, cuando tras dicha constatación deba buscarse en ese complicado escenario, vía interpretación, las posibles alternativas de solución que asegurasen que la intervención del derecho penal no incremente el conflicto existente; algo que no debería demandar mayor esfuerzo si, al momento de realizar el juicio de necesidad de la pena en el nivel analítico de la punibilidad, se tuviera a las receptaciones y usurpaciones bajo la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, junto a los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños.

Lo dicho hasta este punto expresa cómo, en un elevado grado, puede verse comprometida la seguridad jurídica que, como principio, busca garantizar la certeza en el conocimiento, interpretación y aplicación del derecho, si es que se mantiene fuera de la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, a las receptaciones y usurpaciones que se producen entre las personas consideradas en sus tres supuestos de exclusión, aun cuando en aquellas modalidades delictivas se constata la razón subyacente que sí permite aplicarla a los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños.

Corresponde, pues, dar cuenta de cómo y en qué medida la extensión de la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, a las modalidades delictivas de la receptación y usurpación, puede garantizar el principio de seguridad jurídica y de predictibilidad en la aplicación de las normas-reglas penales.

El incluir a las receptaciones y usurpaciones, bajo la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, junto a los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, permite reconocer o hacer evidente, de manera integral, las modalidades delictivas del grupo de delitos contra el patrimonio, en las que es posible hacer valer la salvaguarda de la unidad familiar entre las personas consideradas en los tres supuestos de exclusión de la excusa, como sustento de la renuncia a la pena.

Con la extensión de la cobertura de la excusa absolutoria en la forma antes mencionada, se supera el estado de incertidumbre actual que surge cada vez que apreciamos, por un lado, a los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños como las únicas modalidades delictivas en las que, expresamente, se la puede aplicar y, por otro lado, a modalidades delictivas como las receptaciones y usurpaciones, de igual o menor desvalor que aquellas, fuera de esa posibilidad.

Tener también a las receptaciones y usurpaciones bajo la cobertura de la excusa absolutoria, permite superar la incertidumbre que se genera cuando las apreciamos fuera de esta junto a otras modalidades de elevado desvalor como el robo, extorsión y chantaje, con las que, si bien coinciden en que afectan el patrimonio, sucede que resulta más notoria su diferencia por el alcance pluriofensivo que estas últimas producen al afectar, además, otros intereses como la integridad y libertad personal.

Lo antes mencionado, asegura la comprobación de que, a los hurtos, apropiaciones, receptaciones, defraudaciones, usurpaciones y daños, les es común un determinado grado de lesividad en el resultado que producen y, en consonancia con el principio de proporcionalidad, una similar respuesta si es que ha de reprimírselos; pero, principalmente, asegura que la renuncia a la pena como resultado negativo del juicio de necesidad que se hace posible a través de la excusa absolutoria, sea compatible con el interés de salvaguarda de la unidad familiar entre las personas consideradas en los tres supuestos de exclusión de la excusa, que lo fundamenta.

Si ello es así, a la facilidad para reconocer, completamente, las modalidades delictivas patrimoniales en las que sea posible aplicar la excusa absolutoria en salvaguarda de la unidad familiar, se agrega la facilidad para interpretar si los hechos de un caso concreto se adecúan a las exigencias de alguna de esas modalidades y de los

supuestos de exclusión de la indicada excusa, para afirmar la renuncia a la pena.

De allí, la aplicación de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano a los casos de receptaciones y usurpaciones en los que es posible asegurar la unidad familiar entre las personas consideradas en sus tres supuestos de exclusión, será con la convicción de que es esa y no otra la consecuencia jurídica que corresponde evaluar; de que no se está asumiendo una consecuencia jurídica, como podría ser la condena, en defecto o por el solo hecho de que no existe la previsión legal que incluya a las receptaciones y usurpaciones al momento de realizar el juicio de necesidad de la pena.

En la aplicación de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, habrá la certeza de que el ordenamiento jurídico penal está en capacidad de ofrecer una solución, siempre y ante cualquier hecho calificado como hurto, apropiación, receptación, defraudación, usurpación o daño, en el que deba salvaguardarse la unidad familiar, y cuya comisión no afecte intereses personalísimos, sea exclusivamente patrimonial y ostente un desvalor de baja intensidad.

Habrà la certeza de que, ante un conflicto penal patrimonial suscitado entre las personas contempladas en los supuestos de exclusión de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, se avizore una solución o redefinición en congruencia con las expectativas que se forjaron al resolverse otros conflictos previamente, es decir, habrá predictibilidad, limitándose la arbitrariedad y la indefinición.

Entonces, si el incluir a las modalidades delictivas de las receptaciones y usurpaciones bajo la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, propicia la certeza en el conocimiento, interpretación y aplicación del derecho en la forma descrita en los párrafos anteriores, ello implica haber demostrado que “la garantía del principio de seguridad jurídica y de predictibilidad en la aplicación de la normas-reglas” (componente 2 de la hipótesis) es fundamento jurídico para extender la cobertura de la excusa

absolutoria del artículo 208 del Código Penal peruano a dichas modalidades.

3.2.3. LA MATERIALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA UNIDAD FAMILIAR COMO DIRECTRIZ CONSTITUCIONAL Y RAZÓN SUBYACENTE DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA

A continuación, se realiza la demostración de que “la materialización del principio de la unidad familiar como directriz constitucional y razón subyacente de la excusa absolutoria” es fundamento político criminal para sustentar la extensión de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano.

Como se identificó en el punto 2.4. de la presente investigación, el interés jurídico que se busca proteger con la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, es la unidad familiar. Si ello es así, ha de asumirse que, al recurrirse a la excusa cuando se trate de solucionar un conflicto penal patrimonial suscitado entre las personas contempladas en sus supuestos de exclusión, es porque con su aplicación se quiere satisfacer la salvaguarda de la unidad familiar.

Ese fin de protección no es que tenga su origen en el ordenamiento jurídico penal, por el hecho de que en este se incluya la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, sino que es en este, donde se actualiza la necesidad de regular una fórmula con la que se contenga o limite el interés público de castigar los delitos patrimoniales, en aquellos supuestos en los que su comisión tenga como protagonistas a quienes integran un grupo familiar y sea posible preservar ese vínculo gestado en el afecto, apoyo mutuo, convivencia y expectativas comunes.

Ese fin que se quiere resguardar deviene del mandato constitucional de protección a la familia y que se constituye en directriz o pauta de interpretación de todas aquellas normas que regulen, de una u otra manera, a la familia como manifestación institucional y sociocultural, y en su consideración como núcleo básico de la sociedad.

Cuando la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, de acuerdo a la regulación vigente, despliega su cobertura sobre los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, que se producen entre las personas incluidas en sus supuestos de exclusión, no hay duda de que cumple el fin que busca satisfacer, actualizando la unidad familiar, en cada decisión que resuelve o redefine el conflicto penal; es decir, materializa a nivel de la configuración político criminal (aplicación del derecho por el juez) lo que, en un momento previo solo fue una enunciación a nivel de la formulación político criminal (creación del derecho por el legislador).

Habrà existido la oportunidad de verificar si en dichos supuestos delictivos – en los que su comisión no llega a afectar intereses personalísimos, es exclusivamente patrimonial y ostenta un desvalor de baja intensidad – se presentaba la necesidad de preservar o mantener esa ligazón de afecto, apoyo mutuo, convivencia, etc. que define a la unidad familiar como directriz constitucional; pero ¿en qué situación quedan aquellos casos que, adoptando la calificación jurídica penal de receptaciones y usurpaciones, no llegan a tener la posibilidad de resolverse en la forma en que sí sucede con los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, aun cuando participan de la misma razón subyacente de estos?

En esos casos, pues no solo se habrá perdido la oportunidad de salvaguardar la unidad familiar, aun cuando haya sido evidente su presencia en los protagonistas del conflicto penal, sino, además, se habrá permitido que el interés público de que se castigue el delito patrimonial cometido se ejerza sin limitación alguna y sin razón.

Y es que, si partimos de que la política criminal – entendida como conjunto de decisiones que el Estado toma para gestionar o administrar el fenómeno de la criminalidad – se plasma en la Constitución Política y, por ende, determina la formulación (creación legislativa) y configuración (aplicación del producto legislativo) del sistema penal peruano; pues, será evidente una desconexión entre la

unidad familiar que, a modo de directriz, se establece en la Constitución Política, y el sistema penal en el que debe materializarse a través de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, si es que esta no despliega su cobertura sobre todas aquellas modalidades delictivas patrimoniales en las que sea posible preservarlo.

Con una excusa absolutoria, como la del artículo 208 del CP peruano, que no cubre todos los supuestos delictivos en los que es posible se preserve o salvaguarde la unidad familiar, sino solo algunos, pues no existe, a nivel de la formulación político criminal, una integración funcional o coherencia político criminal entre los objetivos que se establecen en el programa penal constitucional y lo que el sistema penal ofrece para materializarlo a nivel del CP peruano.

Menos existirá integración funcional a nivel de la configuración político criminal, si es que el juez en la necesidad de trasladar o aplicar a cada caso en concreto los objetivos político criminales aludidos, no dispone de la regulación que lo haga posible, al contar con una excusa absolutoria para los delitos contra el patrimonio, cuya norma penal adolece de indeterminación lógica infra inclusiva, al considerar bajo su cobertura solo a algunas modalidades delictivas (hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños) y dejar de lado a otras (receptaciones y usurpaciones), aun cuando en estas existe la misma razón subyacente que en aquellas.

Está claro que nuestro ordenamiento jurídico penal responde a una finalidad, pues se encuentra condicionado al programa penal constitucional, en el que se encuentra la directriz constitucional de la unidad familiar; pero también es evidente que con la regulación vigente de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, no está en contacto con la realidad, al dejar fuera casos o supuestos delictivos en los que se podría materializarla o actualizarla.

Entonces, ante el escenario descrito, existe la imperiosa necesidad de que, en el ordenamiento jurídico penal peruano, se tenga una

regulación que, en mérito a la necesidad de salvaguarda del principio de unidad familiar, como directriz constitucional, permita excluir la pena en todos aquellos conflictos patrimoniales producidos entre las personas consideradas en sus tres supuestos de exclusión, cuya comisión no afecte intereses personalísimos, sea exclusivamente patrimonial y ostente un desvalor de baja intensidad, y no solo en algunos como los calificados como hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños; para lo cual, corresponde extender la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, a las modalidades de las receptaciones y usurpaciones; solo así, se tendrá por garantizada la materialización plena del principio de unidad familiar y de la razón subyacente que justifica la excusa absolutoria.

Lo antes indicado, implica haber demostrado que “la materialización del principio de la unidad familiar como directriz constitucional y razón subyacente de la excusa absolutoria”, es fundamento político criminal para sustentar la extensión de la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano”

Materialización del principio de unidad familiar, que se reafirma como fundamento de naturaleza político criminal, porque su necesidad encuentra correspondencia con el principio de utilidad del castigo que, de acuerdo a Binder (2004):

obliga a mensurar muy cuidadosamente la consecuencia de alguna utilidad con el ejercicio de violencia, ya que es inadmisibles desencadenar ese tipo de reacción sin que exista una clara utilidad...casos en los que la reacción violenta cede, no porque no tenga alguna utilidad, sino porque se enfrenta a otra finalidad sostenida por un interés preponderante...el legislador le indica al juez que existe un interés superior (la preservación de la vida familiar) que hace aconsejable no autorizar la reacción violenta. (p. 315)

CAPÍTULO IV: PROPUESTA DE LEGE FERENDA

4.1. LINEAMIENTOS DE LA PROPUESTA DE LEGE FERENDA

Establecer los lineamientos de una propuesta de modificación legislativa, supone dar a conocer o presentar los elementos fundamentales que van a servir para diseñar su configuración final.

Si en la presente investigación se ha demostrado que procede extender la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, porque se debe corregir la indeterminación lógica infra inclusiva que presenta al no incluir las receptaciones y usurpaciones como modalidades delictivas en las que se justifica la renuncia a la pena; así como, garantizar el principio de seguridad y de predictibilidad con su aplicación, y materializar el principio de unidad familiar como directriz constitucional y su razón subyacente; pues corresponde hacerlo de tal forma que, en la fórmula final de la propuesta, se incluyan los elementos que aseguren estos motivos.

Teniendo en cuenta que en el punto 3.2.1. del capítulo III se ha demostrado que la razón subyacente que justifica la excusa absolutoria, se presenta en el caso de las receptaciones, solo en la modalidad delictiva de su tipo básico, descrita en el artículo 194 del CP y en sus formas agravadas descritas en los numerales 1 (sobre vehículos automotores, sus autopartes o accesorios), 2 (sobre equipos de informática, de telecomunicación, sus componentes o periféricos), 5 (con ocasión del comercio de bienes al público) y 6 (sobre gas, hidrocarburos o productos derivados) del artículo 195 del CP y, en el caso de las usurpaciones, solo en las modalidades delictivas de su tipo básico, como son la usurpación por destrucción o alteración de linderos, la usurpación por despojo mediante violencia sobre las cosas, engaño o abuso de confianza, la usurpación por turbación mediante violencia sobre las cosas, y la usurpación clandestina mediante actos ocultos en ausencia del poseedor o con precauciones para asegurarse el desconocimiento de quienes tengan derecho a oponerse, descritas, respectivamente, en los cuatro numerales del artículo 202 del CP; y en sus formas agravadas, descritas en los numerales 2 (pluralidad de agentes), 3 (sobre inmueble reservado para fines habitacionales), 6 (con colocación de hitos, cercos, paneles o similares) y 9

(usando documentos falsos o adulterados) del artículo 204 del CP; ello no implica que en la fórmula de modificación de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP, en la que se ha de incluir a las receptaciones y usurpaciones junto a los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, se consignen todas aquellas modalidades delictivas, sino solo la mención genérica a “receptaciones” y “usurpaciones”.

Y es que, también, no en todas las modalidades delictivas que se incluyen en los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, se presenta la razón subyacente.

Así, en los hurtos, la razón subyacente se presenta solo en las modalidades delictivas de sus tipos básicos de hurto, hurto de uso y hurto de ganado, descritos en los artículos 185, 187 y 189-A del CP, y en el hurto agravado por las circunstancias descritas en los numerales 1 (durante la noche), 2 (mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos), 3 (con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado), 4 (sobre los bienes muebles que forman el equipaje del viajero) y 5 (mediante el concurso de dos o más personas) del primer párrafo, y numerales 1 (en inmueble habitado), 5 (colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica), 7 (utilizando el espectro radioeléctrico para la transmisión de señales de telecomunicación ilegales), 8 (sobre bien que constituya único medio de subsistencia o herramienta de trabajo de la víctima), 9 (sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios) y 11 (en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor, del segundo párrafo del artículo 186 del CP; en los supuestos remisivos del segundo y tercer párrafo del hurto agravado de ganado del artículo 189-A a los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del primer párrafo, y al numeral 5 del segundo párrafo del hurto agravado, ya indicados, respectivamente.

En las apropiaciones, la razón subyacente se presenta solo en las modalidades delictivas de sus tipos básicos de apropiación ilícita común, sustracción de bien propio, apropiación irregular y apropiación de prenda,

descritos, respectivamente, en el primer párrafo del artículo 190, 191, 192 y 193 del CP.

En las defraudaciones, la razón subyacente se presenta solo en la modalidad delictiva del tipo básico de estafa descrita en el artículo 196 del CP; en los numerales 1 (en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor, 2 (con participación de dos o más personas), 3 (en agravio de pluralidad de víctimas), 4 (con ocasión de compra-venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles), 5 (para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito) y 6 (con aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima) de la estafa agravada descrita en el artículo 196-A; y en los numerales 2 (abuso de firma en blanco), 3 (alteración de precios en las cuentas o de condiciones en los contratos), y 4 (estelionato) de los casos de defraudación descritos en el artículo 197 del CP.

En los daños, la razón subyacente se presenta solo en la modalidad delictiva de su tipo básico de daño simple descrito en el artículo 205 del CP; y en el numeral 4 (destrucción de plantaciones o muerte de animales) de las formas agravadas de daño del artículo 206 del CP.

Ahora, en la fórmula de modificación de la excusa absolutoria, la mención genérica a los “hurto”, “apropiaciones”, “receptaciones”, “defraudaciones”, “usurpaciones” y “daños”, podría generar la impresión de que es suficiente acreditar que alguno de ellos se ha configurado en el conflicto penal suscitado entre las personas consideradas en los supuestos de exclusión de la excusa; sin embargo, además, se necesita acreditar que la afectación que se produce con su comisión, no alcanza intereses personalísimos, es exclusivamente patrimonial y ostenta un desvalor de baja intensidad, esto es, que se presenta la razón subyacente que justifica la aplicación de la excusa en dicho delito. Por lo que, en la fórmula de modificación de la excusa absolutoria, también, ha de incluirse la mención a los elementos definitorios de la razón subyacente, de tal forma que, sea posible evidenciar que existe un conflicto en el que es necesaria y posible la salvaguarda de la unidad familiar, que es el fin que se busca satisfacer con la excusa.

La mención genérica a los hurtos, apropiaciones, receptaciones, defraudaciones, usurpaciones y daños, junto a la de los elementos definitorios de su razón subyacente, que se haga en la fórmula de modificación de la regulación de la excusa absolutoria, cobra sentido y es ineludible, cuando se aprecia que en un delito incluido en la excusa absolutoria vigente y en otros dos que habrían de incluirse, se presentan algunos supuestos en los que se afecta intereses personalísimos que, al no cumplir con la razón subyacente, no deben ser considerados a efectos de aplicarla y excluir la pena. Ello sucede, en concreto, en la forma agravada de los daños descrita en el numeral 3 (la acción se ejecutada empleando violencia o amenaza contra las personas) del artículo 206 del CP; en la forma agravada de las receptaciones descrita en el último párrafo (sobre bienes provenientes de la comisión de delitos de robo agravado, secuestro, extorsión, trata de personas y trabajo forzoso) del artículo 195 del CP; y en las usurpaciones por despojo o turbación que se producen con violencia o amenaza sobre la persona, incluidas en los numerales 2 y 3 del artículo 202 del CP.

La importancia de la inclusión de este primer elemento definitorio de la razón subyacente, también es apreciable en la excepción a la aplicación de la excusa absolutoria, regulada en el último párrafo del texto vigente del artículo 208 del CP, en el que se indica “La excusa absolutoria no se aplica cuando el delito se comete en contextos de violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar”; la que, si se incluyó en el año 2017, en virtud al Decreto Legislativo N° 1323, “Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género”, fue, precisamente, porque en la indicada regulación vigente de la excusa absolutoria no existe el elemento de la razón subyacente que se propone incluir en la presente investigación.

Con la inclusión del elemento de la razón subyacente referido a la no afectación de intereses personalísimos, dicha excepción deviene en superflua y no hay razón de mantenerla en la fórmula de modificación, pues los tres primeros tipos de violencia que definen el contexto en el que esta se presenta, y que se describen en los literales a), b) y c) del artículo 8 de la Ley N° 30364, “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los

integrantes del grupo familiar”, como son: la violencia física, violencia psicológica y violencia sexual, afectan intereses personalísimos, pues como la propia ley lo indica, la primera y la segunda, causan daño, respectivamente, a la integridad corporal y a la integridad psicológica, y la última vulnera el derecho a decidir voluntariamente acerca de la vida sexual o reproductiva, o lo que es la libertad personal.

Además, deviene en superflua dicha excepción y sin sustento para mantenerla en la fórmula de modificación, si se la sustenta en el tipo de violencia patrimonial o económica, y que se describe, respectivamente, en los numerales 1. y 2, y numerales 3. y 4. del literal d) del mencionado artículo.

Ello es así, porque en el supuesto incluido en el numeral 2. referido a “La pérdida, sustracción, destrucción, retención o apropiación indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales”, solo se tiene la reproducción de acciones y resultados típicos del delito de hurto, cuando se refiere a la sustracción; de daños, cuando se refiere a la pérdida o destrucción; y de apropiación ilícita, cuando se refiere a retención o apropiación indebida; en los que no existe una afectación a intereses personalísimos como la integridad física o la libertad, en capacidad de fundamentar una excepción a la aplicación de la excusa absolutoria, denotando un desvalor de baja intensidad.

En los supuestos incluidos en los numerales 3. referido a “La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna; así como la evasión del cumplimiento de sus obligaciones alimentarias”, y 4. referido a “La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo”; se aprecian comportamientos que expresan el recorte o apartamiento de recursos o medios económicos, o la omisión a acudir con estos a modo de obligación alimentaria; la injerencia en el manejo de los recursos económicos recibidos, el no reconocimiento económico en correspondencia al trabajo prestado, que tampoco comportan una afectación a intereses personalísimos que legitimen la no aplicación de la excusa absolutoria.

En el supuesto incluido en el numeral 1. referido a “La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes”; también se reproduce el contenido típico del delito de usurpación, en concreto de su modalidad de turbación de la posesión, en la que, si bien es cierto pueden presentarse formas comisivas de violencia o amenaza sobre la persona que implican la afectación de intereses personalísimos, sucede que, esta concreta modalidad de usurpación por turbación de la posesión mediante violencia o amenaza sobre la persona, no forma parte de la regla para aplicar la excusa absolutoria; de ello se dio cuenta, en la presente investigación, al indicarse que la razón subyacente, cuando se trata de la usurpación por turbación de la posesión, solo se presenta cuando la violencia para cometerla se ejerce sobre las cosas. Es decir, es inoficioso regular una excepción para no aplicar la excusa absolutoria en este supuesto, cuando en esta no se comprende el supuesto al que se busca aplicar la excepción; la mención a la no afectación de intereses personalísimos, en la fórmula de modificación, será suficiente.

Por otro lado, en la fórmula de modificación de la excusa absolutoria, también, se ha de incluir la referencia a que la afectación que se produce con la comisión de los “hurtos”, “apropiaciones”, “receptaciones”, “defraudaciones”, “usurpaciones” y “daños” no alcanza intereses supraindividuales, para remarcar que la excusa absolutoria se limita a intereses individuales, de índole exclusivamente patrimonial claro está, si se tiene en cuenta el bien jurídico protegido en cada uno de los delitos mencionados; dejándose de lado algunas modalidades que forman parte tanto de los cuatro delitos que se incluyen en la excusa absolutoria vigente, como de los dos delitos que se busca incluir en esta, al no cumplir con la razón subyacente.

Así, en el primer grupo, las descritas en los numerales 2 (agente es integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos), 3 (sobre bienes de valor científico o integrantes del patrimonio cultural de la Nación), 6 (empleando materiales explosivos para la destrucción o rotura de obstáculos), 10 (sobre bienes conformantes de la infraestructura de transporte de uso público o de prestación de servicios públicos) y 12 (sobre bienes conformantes de la de la infraestructura necesaria para la producción de hidrocarburos o sus derivados) del segundo párrafo, y el último párrafo (agente es jefe, cabecilla o

dirigente de una organización criminal destinada a perpetrar estos delitos) del hurto agravado del artículo 186 del CP, en las que se compromete intereses como la tranquilidad pública, el patrimonio cultural de la nación y la seguridad pública; la descrita en el supuesto remisivo del tercer párrafo del hurto de ganado del artículo 189-A al numeral 2 del segundo párrafo del hurto agravado ya mencionado, así como, la descrita en el último párrafo (agente es jefe, cabecilla o dirigente de una organización criminal destinada a perpetrar estos delitos) del indicado artículo 189-A del CP, en las que se compromete la tranquilidad pública; la descrita en las formas agravadas del segundo y tercer párrafos de la apropiación ilícita común (cuando el agente es curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o se apropia de bienes destinados a auxilio de poblaciones vulnerables) del artículo 190 del CP, en las que se compromete a la administración pública; la descrita en el numeral 1 (simulación de juicio u otro fraude procesal) de los casos de defraudación del artículo 197 del CP, en la que se compromete la administración pública; las descritas en los numerales 1 (sobre bienes de valor científico, artístico, histórico o cultural), 2 (sobre medios o vías de comunicación, diques o canales o instalaciones de servicio público), 5 (sobre bienes cuya entrega ha sido ordenada judicialmente), 6 (sobre infraestructura de transporte de uso público, o de prestación de servicios públicos) y 7 (sobre infraestructura para la producción de hidrocarburos o sus derivados) de las formas agravadas de daño del artículo 206 del CP, en las que se compromete el patrimonio cultural de la nación, la seguridad pública y la administración pública.

Mientras que, en el segundo grupo, las descritas en los numerales 3 (sobre bienes conformantes de la infraestructura de transporte de uso público o de prestación de servicios públicos), 4 (sobre bienes estatales destinados al uso público, fines asistenciales o a programas de apoyo social) y 7 (sobre bienes conformantes de la infraestructura para la producción de hidrocarburos o sus derivados) de las formas agravadas de la receptación del artículo 195 del CP, en las que se compromete la seguridad pública e intereses en el uso público de los bienes estatales; y las descritas en los numerales 1 (uso de armas de fuego o explosivos), 4 (sobre bienes estatales, comunales, o bienes destinados a servicios públicos, bienes integrantes del patrimonio cultural de

la Nación), 5 (afectando la libre circulación en vías de comunicación), 7 (abusando de la función pública o notarial), 8 (sobre derechos de vía o localización en proyectos de inversión), 11 (sobre inmuebles en zonas de riesgo mitigable) del primer párrafo, y último párrafo (cuando el agente organiza, financia, facilita, fomenta, dirige, promueva usurpaciones de inmuebles públicos o privados) de las formas agravadas de usurpación del artículo 204 del CP, en las que se compromete la seguridad pública, el patrimonio cultural de la nación, la administración pública y la tranquilidad pública.

Entonces, con una fórmula de modificación a la excusa absolutoria del artículo 208 del CP en la que se incluya la referencia a las receptaciones y usurpaciones, junto a los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, como los delitos en los que se justifica esta, y la precisión de que la afectación que se produzca con su comisión no alcanza intereses personalísimos o supraindividuales, se logrará corregir la indeterminación lógica infra inclusiva que presenta al no incluir las receptaciones y usurpaciones como modalidades delictivas en las que se justifica la renuncia a la pena; así como, garantizar el principio de seguridad y de predictibilidad con su aplicación, y materializar el principio de unidad familiar como directriz constitucional y su razón subyacente.

Lo antes mencionado, implica que en la propuesta de modificación se está optando por un modelo ecléctico de la razón subyacente, que combina la ventaja que provee el modelo transparente de la razón subyacente, de expresar ésta, en forma amplia, al hacer referencia a sus elementos principales relacionados a una afectación sin compromiso a intereses personalísimos, exclusivamente patrimonial, y desvalor de baja intensidad; con la ventaja que ofrece el modelo opaco de la razón subyacente, al precisar los estados de cosas o circunstancias (hurtos, apropiaciones, receptaciones, defraudaciones, usurpaciones y daños) a las que se relaciona la razón subyacente, y que, a su vez, limita la actividad del juez, al aplicar el derecho, de ser él quien decida qué estado de cosas o circunstancias corresponden a la razón subyacente, así como, consolida la seguridad jurídica, al fomentar el

conocimiento previo de cuáles son esos estados de cosas o circunstancias en los que la razón subyacente se satisface.

4.2. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 208 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

La propuesta de modificación del artículo 208 del Código Penal peruano, frente a la regulación vigente, es la siguiente:

Regulación vigente en el CP peruano	Propuesta de modificación
<p>Artículo 208.- Excusa absoluta. Exención de pena</p> <p>No son reprimibles, sin perjuicio de la reparación civil, los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta. 2. El consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de tercero. 3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos. <p>La excusa absoluta no se aplica cuando el delito se comete en contextos de violencia contra las mujeres o integrantes del grupo familiar.</p>	<p>Artículo 208.- Excusa absoluta. Exención de pena</p> <p>No son reprimibles, sin perjuicio de la reparación civil, los hurtos, apropiaciones, receptaciones, defraudaciones, usurpaciones o daños que, sin afectar bienes jurídicos personalísimos o supraindividuales, se causen:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta. 2. El consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de tercero. 3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

4.2.1. Exposición de motivos

La regulación vigente del artículo 208 del CP peruano, que establece la excusa absoluta en favor del sujeto activo que comete hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños, en agravio del sujeto pasivo con el que mantiene vínculo matrimonial o convivencial, de parentesco por consanguinidad o afinidad en línea recta, de

consanguinidad o afinidad en segundo grado de la línea colateral si viviesen juntos; o sobre los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de tercero; presenta indeterminación lógica infra inclusiva al no incluir las receptaciones y usurpaciones como modalidades delictivas en las que también se justifica la renuncia a la pena, en tanto, ostentan la misma razón subyacente identificada en los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, como es que la afectación que se produce con su comisión no alcanza intereses personalísimos, es exclusivamente patrimonial y ostenta un desvalor de baja intensidad.

Ante ello, se busca corregir dicha indeterminación lógica infra inclusiva, extendiendo la cobertura de la excusa absolutoria a las receptaciones y usurpaciones, de tal forma que, operen junto a los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, incluyendo como exigencia adicional la verificación de que en la comisión de estos delitos no se afecte intereses personalísimos o supraindividuales, sino solo intereses patrimoniales que determinan el desvalor de baja intensidad aludido que cede ante la preeminencia de la salvaguarda de la unidad familiar que, como finalidad, se busca satisfacer a través de la excusa.

Esta modificación, ofrece una regulación más comprensiva e integral de todas aquellas modalidades delictivas patrimoniales en las que se presenta la razón subyacente aludida, de tal forma que, la renuncia a la pena exista como posibilidad en todas estas y no solo en algunas, evitándose que determinados supuestos de receptaciones y usurpaciones al no estar cubiertos por la excusa, terminen siendo reprimidos, a pesar que en ellos existe similar sustento al de los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, para no hacerlo; garantizándose con ello el principio de seguridad y de predictibilidad en el conocimiento, interpretación y aplicación del derecho al caso concreto.

De esa forma, además, se otorga coherencia político criminal entre la unidad familiar que, a modo de directriz, se establece en el artículo 4 de la Constitución Política, y el sistema penal en el que debe materializarse a través de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano; así como, entre los objetivos político criminales contenidos en el programa penal constitucional, en el que se integra la unidad familiar, y la necesidad de que el juez los traslade al caso concreto que debe resolver

4.2.2. Análisis Costo-Beneficio

Con la modificación que se propone no se irroga desembolso alguno al erario público; en tanto, la propuesta para su implementación solo demanda su inclusión en el artículo 208 del CP peruano, a partir de la cual el beneficio será inmediato, al permitir un conocimiento pleno de los supuestos que habilitan la aplicación coherente del derecho por parte de un juez, por lo que los beneficios son efectivos y viables en corto, mediano y largo plazo; su impacto en la sociedad es elevado al contribuir a que la solución del conflicto penal sea real y duradera y, con ello, a la salvaguarda de la unidad familiar, del bien común y la paz social.

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

La aprobación y puesta en vigencia de la modificación que se propone, no comporta cambio en algún otro dispositivo legal del ordenamiento jurídico nacional; y contribuye a uniformizar el tratamiento de los conflictos penales que se producen entre las personas que se incluyen en los supuestos de exclusión de la pena descritos en el artículo 208 del CP peruano, respecto de la legislación que, desde el ámbito extrapenal, establece disposiciones para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

CONCLUSIONES

1. La razón subyacente que justifica la excusa absolutoria en las modalidades delictivas previstas en el artículo 208 del CP, como son los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños es, que la afectación que se produce con su comisión no alcanza intereses personalísimos, es exclusivamente patrimonial y ostenta un desvalor de baja intensidad.
2. En las receptaciones y usurpaciones se presenta la razón subyacente identificada en los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños, sin embargo, aquellas no se encuentran bajo la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP, lo que constituye la indeterminación lógica infra inclusiva de su norma penal, es decir, la existencia de casos no incluidos en una generalización, que deberían estarlo al ostentar la misma razón subyacente de los casos incluidos.
3. La fórmula de corrección de la indeterminación lógica infra inclusiva de la norma penal de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP, está dada por todas aquellas modalidades de las receptaciones y usurpaciones en las que se verificó la presencia de la razón subyacente identificada en los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños incluidos bajo su cobertura; específicamente, en el tipo básico del delito de receptación del artículo 194 del CP, y en sus formas agravadas de los numerales 1, 2, 5 y 6 del artículo 195 del CP; así como, en el tipo básico del delito de usurpación del artículo 202 del CP, en las modalidades de usurpación por destrucción o alteración de linderos; usurpación por despojo mediante violencia sobre las cosas, engaño o abuso de confianza; usurpación por turbación mediante violencia sobre las cosas; y en la usurpación clandestina mediante actos ocultos o con precauciones; y en sus formas agravadas de los numerales 2, 3, 6 y 9 del artículo 204 del CP.
4. La corrección de la indeterminación lógica infra inclusiva de la norma penal de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP peruano, es fundamento jurídico para extender la cobertura de esta a las modalidades delictivas de las receptaciones y usurpaciones en las que se verificó la presencia de la razón subyacente identificada en los hurtos, apropiaciones, defraudaciones y daños sí incluidos en la cobertura, al permitir un contenido normativo objetivo,

coherente y completo y, por ende, una interpretación uniforme en la tarea de establecer el sentido de la norma penal.

5. La protección de la unidad familiar como directriz constitucional es pauta de interpretación de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP, pues determina la operatividad de los supuestos de exclusión por vínculo de parentesco establecidos en esta, a efectos de decidir la exclusión de la pena, la que depende no solo de la acreditación de dicho vínculo, sino, además, de evidenciar que existe y es necesario preservar la unidad del núcleo familiar haciéndola prevalecer sobre el interés público de que se castigue el delito contra el patrimonio cometido.
6. La garantía del principio de seguridad jurídica y de predictibilidad en la aplicación de las normas-reglas es fundamento jurídico para extender la cobertura de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP a las receptaciones y usurpaciones, pues la extensión permite reconocer, de manera completa, las modalidades delictivas contra el patrimonio en las que es posible la salvaguarda de la unidad familiar entre las personas consideradas en sus supuestos de exclusión a efectos de declarar la renuncia a la pena; facilita la interpretación al momento de establecer la adecuación de los hechos a dichas modalidades y exigencias; y otorga certeza en la aplicación del derecho al resolver un conflicto penal en congruencia con las expectativas generadas en la resolución de otros, haciendo de esta predecible y razonable, limitándose la arbitrariedad y la indefinición.
7. La materialización del principio de la unidad familiar como directriz constitucional y de la razón subyacente de la excusa absolutoria del artículo 208 del CP, es fundamento político criminal para extender la cobertura de esta a las receptaciones y usurpaciones, pues a partir de la extensión se favorece la coherencia político criminal entre la norma constitucional, en la que se integra la unidad familiar, con el establecimiento de las normas reglas-penales, cuando el legislador regula la excusa absolutoria con su razón subyacente y supuestos de exclusión; y con la resolución del conflicto, cuando el juez actualiza su finalidad en un caso concreto, al declarar la exclusión de la pena.

RECOMENDACIONES

1. Recomendar al Congreso de la República del Perú, para que, en mérito a sus competencias como tal, específicamente a través de la Comisión Ordinaria de Justicia y Derechos Humanos, pueda considerar que, en el establecimiento de las normas jurídicas penales de nuestro CP, se tenga en cuenta las directrices constitucionales que conforman el programa penal constitucional, de tal forma que, puedan incluir desde el inicio un grado suficiente de determinación que favorezca el reconocimiento, interpretación y aplicación del derecho de manera segura y predecible.
2. Recomendar al Congreso de la República del Perú, para que, en mérito a sus competencias como tal, específicamente a través de la Comisión Ordinaria de Justicia y Derechos Humanos, pueda considerar que, cuando se modifique una norma jurídica penal del CP, como parte del establecimiento de otra en el ámbito penal o extrapenal, se lo haga con una evaluación de los efectos que puede tener en la sistemática del CP, y como oportunidad para poder mejorarla en su contenido y alcances.
3. Recomendar al Congreso de la República del Perú, para que, en mérito a sus competencias como tal, específicamente a través de la Comisión Ordinaria de Justicia y Derechos Humanos, pueda considerar que, cuando se modifique una norma jurídica extrapenal, se evalúe la incidencia que esta pueda tener en las normas jurídicas del CP, de tal forma que las categorías normativas que se utilicen en su establecimiento, guarden compatibilidad con el contenido y alcance de las instituciones y categorías del ámbito penal.

LISTA DE REFERENCIAS

- Albino, J., Alvino, A., & Colquier, A. (2020). La excusa absolutoria en los delitos patrimoniales en el distrito judicial de Huánuco año 2018-2019. (*Tesis para optar el título de abogado*). Universidad Nacional Hermilio Valdizán, Huánuco, Perú.
- Alchourrón, C. (2003). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Biblioteca Virtual Universal. <https://bit.ly/3xvYKOM>
- Alcócer, E. (2021). *Introducción al derecho penal parte especial* (Primera ed.). Lima, Perú: Jurista Editores.
- Almanza, F. (2014). *La teoría del delito desde la visión finalista y funcionalista. Guía indispensable para la investigación y litigación oral en el modelo acusatorio*. México: Editorial Flores.
- Alpízar, A. (30 de junio de 2017). El concepto de resultado. *Revista digital de la maestría en ciencias penales de Costa Rica*, 1-21. <https://bit.ly/3OcCvSn>
- Aranzamendi, L., & Humpiri, J. (2021). *Derecho & Ciencia: Ruta para hacer la tesis de Derecho* (Primera ed.). Lima, Perú: Grijley E.I.R.L.
- Arbulú, V. J. (2019). *Derecho penal parte especial. Los delitos contra el patrimonio*. Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Bacigalupo, E. (1999). *Delito y punibilidad* (2° ed.). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal parte general* (2° ed.). (J. L. De Palma, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Baena, G. (2017). *Metodología de la investigación* (Tercera ed.). Grupo Editorial Patria. <https://bit.ly/3luliAC>
- Bardazano, G. (2022). Epistemología jurídica. En G. Bardazano, & R. Marquisio, *Introducción a la teoría del derecho* (págs. 15-32). Montevideo, Uruguay: Universidad de la República.

- Bautista, J. (2006). *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión* (Primera ed.). (K. Templos, Ed.) México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bayón, J. C. (abril-septiembre de 2022). El lugar de la moral en el razonamiento jurídico y la dimensión institucional del derecho. Comentario a José Juan Moreso, Lo normativo: variedades y variaciones. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*(22), 539-557.
- Beltrán, J., & Campos, H. (2009). Breves apuntes sobre los presupuestos y elementos del negocio jurídico. *Derecho & Sociedad*(32), 198-211. <https://bit.ly/3slKPYy>
- Binder, A. (2004). *Introducción al derecho penal* (1° ed.). (R. Villela, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc.
- Binder, A. (2011). *Análisis político criminal* (1° ed.). Buenos Aires, Argentina: ASTREA.
- Bouvier, H. (2004). Reglas y razones subyacentes. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*(27), 393-424.
- Bramont-Arias, L. (1996). El tipo penal. *Derecho & Sociedad*(11), 188-194. <https://bit.ly/3Defdqg>
- Bramont-Arias, L. (2002). *Manual de derecho penal. Parte general* (segunda ed.). Lima, Perú: Editorial y distribuidora de libros S.A.
- Bramont-Arias, L., & García, M. (2008). *Manual de derecho penal Parte especial* (Quinta ed.). Lima, Perú: San Marcos.
- Bulygin, E., Atienza, M., & Bayón, J. C. (2009). *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*. Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Buompadre, J. (2004). *Derecho penal parte especial* (Vol. 2). (M. Viera, Ed.) mave.
- Buompadre, J. (2016). *Excusa absolutoria y delitos patrimoniales*. (J. C. Jaira, Ed.) Buenos Aires, Argentina: B de F Ltda.
- Bustos, J. (1999). *Lecciones de derecho penal* (Vol. II). Madrid, España: Trotta.

- Bustos, J. (2004). *Obras completas Derecho penal parte general* (Vol. I). Lima, Perú: ARA Editores.
- Bustos, M. (abril de 2015). Más allá del injusto culpable: Los presupuestos de la punibilidad. *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXV, 189-238. <https://bit.ly/3lul6Ts>
- Bustos, M. (abril de 2015). Más allá del injusto culpable: Los presupuestos de la punibilidad. *Estudios penales y criminológicos*, 189-238. <https://bit.ly/481AxNY>
- Cabrera, A. P. (2009). *Derecho Penal parte especial* (Vol. II). Lima, Perú : Idemsa.
- Cabrera, A. P. (2019). *Derecho Penal parte especial* (Quinta ed., Vol. II). Lima, Perú : Idemsa.
- Caro, D. C., & Reyna, L. M. (2023). *Derecho penal: parte general*. Lima, Perú: Lp pasión por el derecho.
- Caro, J. A. (2014). *Manual teórico-práctico de teoría del delito. Materiales de aplicación a la investigación y judicialización de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública* (Primera ed.). (W. Ramírez, J.-M. Simon, & H. Schönbohm, Edits.) Lima, Perú: ARA Editores.
- Carruitero, F. (2014). *Introducción a la metodología de la investigación jurídica*. Perú: Ediciones Jurídicas San Bernardo.
- Castañeda, M. G., & Castañeda, M. R. (2018). *Derecho penal parte especial. Delitos contra el patrimonio, contra la confianza y la buena fe en los negocios, contra los derechos intelectuales, contra el patrimonio cultural y contra el orden económico* (Primera ed.). Lima, Perú: RZ EDITORES.
- Castillo, J. L. (2002). *Principios de derecho penal parte general* (Primera ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Centro de Información Jurídica en Línea. (2011). *Excusas legales absolutorias y la Extinción de la responsabilidad penal*. Informe de Investigación, Colegio de Abogados de Costa Rica. <https://bit.ly/3pXAbGv>

- Chang, R. (2011). Dolo eventual e imprudencia consciente: Reflexiones en torno a su delimitación. *Derecho & Sociedad*(36), 255-266. <https://bit.ly/3KoHezd>
- Chumbimuni, J. (1992). El tipo penal de robo en el nuevo Código Penal peruano de 1991. *Derecho PUCP*(46), 181-190. <https://bit.ly/3SUFgKs>
- Colina, E. I. (2021). La Punibilidad en la teoría del delito. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*(18), 169 - 182. <https://bit.ly/41QnfPT>
- Congreso Constituyente Democrático. (1993, 29 de diciembre). *Constitución Política del Perú*. Lima, Perú. <https://bit.ly/3OPBwbo>
- Congreso de la República. (2009, 09 de enero). *Proyecto de Ley N° 2959/2008-PE*. Lima, Perú. <https://bit.ly/4aSPFya>
- Cornejo, Á. G. (2015). *Derecho penal elemental: parte general*. Instituto pacífico.
- Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, Pleno Jurisdiccional Distrital en material penal y procesal penal de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios. (2014, 15 de diciembre). *LP Pasión por el Derecho*. <https://bit.ly/48v3h1Q>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2005, 30 de septiembre). *Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-301-A*. Perú. <https://bit.ly/3LvxVOD>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2011, 06 de diciembre de 2011). *Acuerdo Plenario N.° 4-2011/CJ-116*. Lima, Perú. <https://bit.ly/3tciRzd>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (04 de octubre de 2012). Casación N.° 301-2011, Lambayeque. (L. P. Derecho, Ed.) <https://bit.ly/3TngW5I>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2017, 31 de octubre). *Casación N° 937-2016*. (L. p. derecho, Ed.) <https://bit.ly/3xOIHN2>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (15 de mayo de 2019). Casación N.° 461-2016, Arequipa. (L. P. Derecho, Ed.) <https://bit.ly/3P1iCyT>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (02 de abril de 2019). Recurso de Nulidad N.° 574-2018, Lima. (L. P. Derecho, Ed.) <https://bit.ly/3VEOVrt>
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2021, 29 de abril). *Casación N° 1130-2018*. (L. p. derecho, Ed.) <https://bit.ly/3QJHFrp>

- Corte Suprema de Justicia de la República. (s.f.). Acuerdo Plenario N° 3-2009/CJ-116. <https://bit.ly/3TqBhH2>
- Corte Suprema de Justicia de la República, Casación N.° 1150-2019, Ica. (24 de febrero de 2022). *LP Pasión por el Derecho*. <https://bit.ly/3LABrr9>
- Corte Suprema de Justicia de la República, Recurso de Nulidad N.° 2007-2021-Lima. (2022, 26 de septiembre). *LP Pasión por el Derecho*. <https://bit.ly/3EMgm9r>
- Corvalán, J. G. (2009). *Condiciones objetivas de punibilidad*. Buenos Aires, Argentina: ASTREA.
- Cury, E. (2020). *Derecho penal parte general* (Vol. I). Santiago, Chile: EdicionesUC.
- Decreto Legislativo N.° 1348. (2017, 07 de enero). *Código de Responsabilidad penal de adolescentes*. Diario Oficial El Peruano. <https://bit.ly/3Ee32dq>
- Decreto Legislativo N.° 1400. (10 de setiembre de 2018). Decreto Legislativo que aprueba el régimen de garantía mobiliaria. (D. O. Peruano, Ed.) Lima, Perú. <https://bit.ly/4axOAv9>
- Decreto Legislativo N.° 635. (1991). *Código Penal*. Perú: Diario Oficial El Peruano.
- Decreto Legislativo N.° 1578. (2023). *Decreto Legislativo que modifica el Código Penal, aprobado por decreto legislativo N.° 635, para fortalecer la lucha contra el comercio ilegal de equipos terminales móviles y delitos conexos*. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano. <https://bit.ly/3IJqDoN>
- Decreto Legislativo N° 957. (2004, 29 de julio). *Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano.
- Decreto Supremo N.° 042-2005-EM. (2005, 14 de octubre). *Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos*. Lima, Perú. <https://bit.ly/3QioHZ7>
- Diario Oficial El Peruano. (31 de marzo de 2009). *Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos*. Lima, Perú. <https://bit.ly/4aSYh7R>
- Díez Ripollés, J. L. (2022). La política criminal de la transición española. En V. Valiente, G. Ramírez, V. Gómez, C. Bolea, J.-I. Gallego, J. C. Hortal, & U. Joshi, *Un modelo integral de derecho penal. Libro homenaje a la profesora*

- Mirentxu Corcoy Bidasolo* (Primera ed., págs. 129-143). Madrid, España: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Díez, F. J. (1994). Conflictos normativos y análisis lógico del derecho. *Anuario de filosofía del derecho*(11), 393-406. <https://bit.ly/4amtZKp>
- Donna, E. (2001). *Derecho Penal Parte Especial* (Segunda ed., Vol. II). Buenos Aires, Argentina : Rubinzal – Culzoni Editores.
- Donna, E. A. (1995). *Teoría del delito y de la pena*. Buenos Aires, Argentina: ASTREA.
- Donna, E. A. (2001). *Derecho penal parte especial* (Vols. II-B). Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Duran, M. (2016). La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función. *Revista de derecho (Valdivia)*, 29(1), 275-295. <https://bit.ly/469hIMB>
- Einar, K. (enero-diciembre de 2014). Positivismo jurídico incluyente. *Problema Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*(8).
- Fabra, J. (enero-junio de 2009). Principios, moral y positivismo jurídico: respuestas y redefinición del positivismo contemporáneo. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 1(1), 135-148.
- Farfán, F. G. (junio de 2021). Teorías de los fines de la pena: la problemática aplicación de la prevención especial en la política criminal peruana. *IUS ET VERITAS*(62), 230-252. <https://bit.ly/3OsEXWA>
- Fernández , M., Urteaga, P., & Verona, A. (2015). *Guía de investigación en derecho*. Lima, Perú. <https://bit.ly/3WmveDe>
- Ferrer, A. (1944). El delito de apropiación indebida. *Anales de la Universidad de Murcia*(4º trimestre), 405-488. <https://bit.ly/49BOYJ3>
- Fontan, C. (1998). *Derecho penal. Introducción y parte general*. (G. Ledesma, Ed.) Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Gálvez, T., & Rojas, R. (2017). *Derecho penal parte especial* (Vol. I). Lima, Perú: Jurista editores.

- Garate, R. (abril de 2009). El razonamiento jurídico. *Derecho y Ciencias Sociales*(1), 194-215.
- García, A. (2018). La excusa absolutoria en el Código Penal peruano Cajamarca, 2018. (*Trabajo de suficiencia profesional*). Universidad San Pedro, Cajamarca, Perú.
- García, P. (2012). *Derecho Penal parte general* (Segunda ed.). Lima, Perú: Jurista Editores.
- García, P. (2015). *Derecho penal económico* (Segunda ed., Vol. I). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- García, P. (2019). *Derecho Penal parte general* (Tercera ed.). Lima, Perú: Ideas Solución Editorial .
- García, P. (2022). *Derecho Penal parte general* (Tercera ed.). Lima, Perú: Ideas Solución.
- García, V. (2022). *Excepciones implícitas e interpretación. Una reconstrucción analítica* (Primera ed.). Lima, Perú: Palestra.
- Garrido, M. (2008). *Derecho Penal Parte Especial* (Cuarta ed., Vol. IV). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. <https://bit.ly/49v4Fle>
- Girón, J. G. (2013). *Teoría del delito* (2da ed.). Guatemala: aacid.
- Hernández, J. (2019). *Nociones de hermenéutica e interpretación jurídica en el contexto mexicano* (Primera ed.). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- Hernández, M. (2020). *Aplicación del Derecho, Imperio de la Ley y Neoconstitucionalismo* (Primera ed.). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Hugo, S. (2014). Estudio jurídico de los delitos patrimoniales de retención en el Código Penal Peruano. *Revista Jurídica "Docentia et Investigatio"*(16), 57-84. <https://bit.ly/3wNf9xz>
- Hurtado, J. (2005). *Manual de derecho penal parte general I* (Tercera ed.). Lima, Perú: GRIJLEY.

- Iglesias, M. (2006). Las fuentes de indeterminación del derecho: una aproximación filosófica. *Cuadernos de derecho público*(28), 55-82. <https://bit.ly/3PLyNkh>
- Iturralde, V. (1987). Una aproximación al tema de las antinomias normativas: problemas relativos a la identificación de las mismas. *Anuario de filosofía del derecho*(4), 331-354. <https://bit.ly/4b81alb>
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* (2° ed.). (J. Cuello, & J. L. Serrano, Trads.) Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas.
- Jescheck, H.-H., & Weigend, T. (2014). *Tratado de derecho penal. Parte general* (Primera ed., Vol. I). (M. Olmedo, Trad.) Instituto Pacífico.
- Juárez, A. (2016). Análisis y comentario del delito de administración fraudulenta. *Revista "Lex"*(17), 187-219. <https://bit.ly/43wDep2>
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho* (4° ed.). (M. Nilve, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Lara, J. (2022). *Argumentación, derecho tributario y casos difíciles. Lagunas y antinomias* (Primera ed.). Lima, Perú: Palestra.
- Ley N.º 27337. (2000, 07 de agosto). *Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes*. Lima, Perú. <https://bit.ly/3ZL8yOY>
- Ley N.º 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación. (2006, 01 de junio). *Instituto Nacional de Cultura* . <https://bit.ly/3F3cBfD>
- Ley N.º 29338. (31 de marzo de 2009). Ley de recursos hídricos. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano. <https://bit.ly/4aSYh7R>
- Ley N.º 29973. (2012, 24 de diciembre). *Ley General de la Persona con Discapacidad*. Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano. <https://bit.ly/45d9CMw>
- Ley N.º 30490, Ley de la persona adulta mayor. (2016, 21 de julio). Lima, Perú: Diario Oficial El Peruano. <https://bit.ly/3PM341P>
- Ley N° 31787. (2023, 14 de junio). *Ley N° 31787, Ley que modifica el Código Penal, Decreto Legislativo 635, a fin de establecer un nuevo criterio para la*

- determinación del umbral delictivo entre delito y falta*. Diario Oficial El Peruano. <https://bit.ly/45UdDGQ>
- López Barja, J. (2004). *Derecho Penal Parte General* (Primera ed., Vol. I). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- López, N. (2020). Relación entre la impunidad y la excusa absolutoria en las disposiciones fiscales. (*trabajo de investigación para optar por el grado académico de bachiller*). Universidad Tecnológica del Perú, Arequipa, Perú.
- MacCormick, N. (2010). Argumentación e interpretación en el derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*(33), 65-78. <https://bit.ly/3MKCtSc>
- Mapelli, B. (1990). *Estudio jurídico-dogmático sobre las llamadas condiciones objetivas de punibilidad*. Madrid, España: Ministerio de Justicia.
- Márquez, R. (2006). *Derecho Penal: parte general* (Cuarta ed.). México: Trillas.
- Martínez, D. (2015). Conflictos normativos. En J. L. Fabra, & V. Rodríguez, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (Vol. 2, págs. 1307-1347). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Martínez, M., Martín, M., & Valle Mariscal, M. (2012). *Derecho penal Introducción: Teoría jurídica del delito. Materiales para su docencia y aprendizaje*. Madrid, España.
- Meini, I. (2015). *Lecciones de derecho penal-parte general. Teoría jurídica del delito* (Primera ed.). Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
- Mezger, E. (1958). *Derecho Penal. Libro de estudio parte general*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L.
- Mir Puig, S. (2008). *Derecho penal parte general* (8° ed.). Barcelona, España: Reppertor.
- Mir Puig, S. (2019). *Fundamentos de derecho penal y teoría del delito*. (J. C. Faira, Ed.) Buenos Aires, Argentina: BdeF .
- Mora, F. (2010). Un intento de caracterización del positivismo jurídico incluyente. *Papeles de teoría y filosofía del derecho*(9), 1-14.

- Moreno, J. J. (2015). Sobre la determinación normativa: lagunas de reconocimiento, lagunas normativas y antinomias. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXI, 55-72.
- Moreno-Torres, M. R. (2004). *El error sobre la punibilidad*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Moreso, J. J. (2014). *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución* (Segunda ed.). Lima, Perú : Palestra.
- Moreso, J. J. (2015). Sobre la determinación normativa. *Anuario de filosofía del derecho*(31). <https://bit.ly/3VPwjFs>
- Muñoz, F. (1999). *Derecho Penal Parte Especial* (Duodécima ed.). Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Muñoz, F. (1999). *Teoría general del delito*. Bogotá, Colombia: Temis S.A.
- Muñoz, F. (2015). *Derecho Penal parte especial* (20° ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F., & García, M. (2010). *Derecho Penal Parte General* (8ª ed.). Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Nardiello, A. G. (2012). *Estructura del hecho punible* (1° ed.). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Nieves, Á. (2019). *Tratado sobre el delito de estafa y otras defraudaciones* (Primera ed.). Lima, Perú : A&C Ediciones.
- Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho* (2° ed.). Buenos Aires, Argentina: ASTREA.
- Núñez, M. (2013). *Los conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería controvertidas y soluciones* (Primera ed.). Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Oliver, G. (2009). Seguridad Jurídica y Derecho Penal. *Revista de Estudios de la Justicia*(11), 181-199.

- Olza, I. (2014). La excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal. (*Trabajo fin de Máster acceso a la abogacía*). Universidad Pública de Navarra, Pamplona, España.
- Organización Mundial de la Salud. (16 de noviembre de 2023). *Organización Mundial de la Salud*. <https://bit.ly/4bfkr4h>
- Paredes, J. (2016). *Delitos contra el patrimonio. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial* (Tercera ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Paredes, J. (2023). *Comentarios al Código Penal Análisis doctrinario y jurisprudencial* (Primera ed., Vol. III). Lima, Perú : Instituto Pacífico.
- Peña Cabrera, A. (2021). *Delitos contra el patrimonio. Estudios de Derecho Penal parte especial* (3° ed.). Lima, Perú: Motivensa Editora Jurídica.
- Peña Cabrera, A. R. (2009). *Derecho Penal parte especial* (Vol. II). Lima, Perú: Moreno.
- Peña Cabrera, A. R. (2011). *Derecho penal parte general* (tercera ed., Vol. I). Lima, Perú: Moreno S.A.
- Peña, O., & Almanza, F. (2010). *Teoría del delito: manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. Lima, Perú: Nomos & Thesis E.I.R.L.
- Peña, R. (1995). *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general* (Vol. I). Lima, Perú: Grijley.
- Pérez, J. A. (enero-julio de 2012). La inocuización como prevención especial negativa. *Archivos de Criminología, Seguridad Privada y Criminalística*, VIII, 10. <https://bit.ly/3WkzXWb>
- Piva, G. E. (2019). *Teoría del delito y el estado social y democrático de derecho*. España: JM Bosch .
- Pizarro, M. (2019). *Las apropiaciones ilícitas en el código penal. Un estudio dogmático y jurisprudencial comparado* (Primera ed.). Lima, Perú : Editorial Iustitia.
- Prado, B. (2021). Política Criminal y Criminología en el Perú: Encuentros y desencuentros. En I. Meini, & Y. Montoya, *Libro Homenaje en memoria del*

- profesor doctor Felipe Villavicencio Terreros* (Primera ed., págs. 267-277). Lima, Perú: CICAJ PUCP.
- Prado, V. (2017). *Derecho penal. Parte especial: los delitos* (1° ed.). Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
- Real Academia Española. (2023). *Real Academia Española*.
- Reátegui, J. (2009). *Derecho penal parte general* (Primera ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Reátegui, J. (2015). *Manual de derecho penal parte especial* (Primera ed.). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Reátegui, J. (2018). *Delitos contra el patrimonio* (Primera ed.). Lima, Perú: Legales Ediciones.
- Reátegui, J. (2018). *Delitos contra el patrimonio* (Primera ed.). Lima, Perú : Legales Grupo Editorial.
- Reátegui, J. (2022). *Tratado de Derecho Penal Parte Especial* (Cuarta ed., Vol. 2). Lima, Perú : Legales Grupo Editorial.
- Recurso Casación N.º 234-2017/La Libertad. (22 de agosto de 2017). *LP Pasión por el Derecho*. <https://bit.ly/45ePSb9>
- Revilla, P. (2017). *¿Incumplimiento contractual o estafa? Presupuestos para diferenciarlos* (Primera ed.). Lima, Perú : Gaceta Jurídica.
- Reyna, L. (2016). *Derecho penal parte general. Temas claves* (Primera ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Ródenas, Á. (2012). *Los intersticios del derecho Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Marcial Pons.
- Rodríguez, M. P., Ugaz, Á. F., Gamero, L. M., & Schönbohm, H. (2012). *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia en el marco de la reforma procesal penal* (Segunda ed.). Lima, Peru: AMBERO Consulting Gesellschaft mbh.
- Rodríguez, R. (2022). *Razonamiento jurídico y estado constitucional. Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica* (Primera ed.). Lima, Perú: Palestra.

- Rojas, F. (2000). *Delitos contra el Patrimonio* (Primera ed., Vol. I). Lima, Perú : Grijley.
- Rojas, F. (2020). *Delitos de hurto y robo* (Primera ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Rondón, J. (2015). La estafa como delito de peligro: estructura y consecuencias. *Revista de Derecho*, 61-84. <https://bit.ly/3PLulga>
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General* (Primera ed., Vol. I). (M. Díaz y García Conlledo, J. De Vicente Remesal, & D.-M. Luzón Peña, Trans.) Madrid, España: Civitas.
- Rubianes, C., & Pellerano, H. (1960). *El delito de usurpación*. Buenos Aires , Argentina: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Rusconi, M. (2016). *Derecho Penal Parte General* (Tercera ed.). Buenos Aires, Argentina: AD-HOC SRL.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Recurso Nulidad N.º 279-2021/LIMA ESTE. (02 de noviembre de 2021). *Lp derecho*. <https://bit.ly/3VbmSjx>
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Recurso Nulidad N.º 852-2021/LIMA SUR. (07 de Setiembre de 2021). *Lp derecho*, . <https://bit.ly/3uCLuXv>
- Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Recurso Nulidad N.º 161-2019/CALLAO. (2019). *L p derecho*. <https://bit.ly/3IntKCG>
- Salazar, M. (2017). *Panorama de derecho penal. Concepción dialéctica del derecho penal* (Vol. II). Bogotá, Colombia: Ibañez.
- Salinas, R. (2018). *Derecho Penal parte especial* (7º ed., Vol. 2). Lima, Perú: Iustitia.
- Salinas, R. (2018). *Derecho Penal parte especial* (7º ed., Vol. 2). Lima, Perú : Iustitia.
- Salinas, R. (2019). *Derecho Penal parte especial* (8º ed., Vol. 2). Lima, Perú : Iustitia.
- San Martín, C. (2015). *Derecho procesal penal lecciones* (Primera ed.). Lima, Perú.

- Sánchez de la Cruz, J. A. (s.f.). *Urbe et Ius Construyendo ciudadanía*. Urbe et Ius Construyendo ciudadanía: <https://bit.ly/3BHPUMH>
- Sánchez, H., Reyes, C., & Mejía, K. (2018). *Manual de términos en investigación científica, tecnológica y humanística* (Primera ed.). (U. R. Palma, Ed.) Lima, Perú. <https://bit.ly/3lungCy>
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N.º 03950-2012-PA/TC (Sala Primera del tribunal Constitucional 28 de marzo de 2014). <https://bit.ly/43c7LXF>
- Soler, S. (1992). *Derecho penal argentino* (Quinta ed.). Buenos Aires , Argentina : TEA Editores.
- Soler, S. (1992). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires, Argentina: Tipográfica Editora Argentina.
- Suárez, E. E. (2020). *Introducción del Derecho* (Tercera ed.). EdicionesUNL.
- Tantaleán, R. (2015). El alcance de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*(41).
- Tantaleán, R. (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*. <https://bit.ly/43e3xi7>
- Trujillo, J. (4 de julio de 2020). *Lp pasión por el derecho*. Lp pasión por el derecho: <https://bit.ly/3P4VkJ8>
- Varona, D. (2013). *Modelos punitivos en acción*. Universitat Oberta de Catalunya. <https://bit.ly/46jY23h>
- Villa, J. (2014). *Derecho penal parte general*. Lima, Perú: ARA Editores E.I.R.L.
- Villabella, C. M. (2009). La investigación científica en la ciencia jurídica. Sus particularidades. *IUS*(23), 5-37. <https://bit.ly/43di6T3>
- Villabella, C. M. (2009). Los métodos en la investigación jurídica, algunas precisiones. En B. U. Puebla, *La metodología de la investigación y la comunicación jurídica* (págs. 921-953). Puebla, México.
- Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal parte general* (Primera ed.). Lima, Perú: Grijley.

- Villavicencio, F. (2019). *Derecho penal básico* (Primera ed.). Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
- Wessels, J., Beulke, W., & Satzger, H. (2018). *Derecho penal parte general. El delito y su estructura* (46° ed.). (R. Pariona, Trad.) Instituto Pacífico.
- Zaffaroni, E. R. (1981). *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Vol. III). Buenos Aires, Argentina: EDIAR.
- Zaffaroni, E. R. (2009). *Estructura básica del derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Zenteno, B., & Osorno, A. (2015). *Elementos para el diseño de investigaciones jurídicas. Una perspectiva multidimensional* (Primera ed.). México: El Errante editor. <https://bit.ly/3Wu0wIA>
- Zuñiga, J. (2018). Fijación de la cuantía en una remuneración mínima vital en los delitos cometidos entre familiares para la adecuada protección del patrimonio (Ferreñafe, 2016-2017). *(Tesis para obtener el título profesional de abogado)*. Universidad César Vallejo, Chiclayo, Perú.
- Zusman, S. (2018). *La interpretación de la Ley. Teoría y Métodos* (Primera ed.). Lima, Perú: Fondo Editorial PUCP.
- Zysman, D. (2013). *Castigo y determinación de pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*. Madrid, España: Marcial Pons.