



LAS CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL


Rocci Bendezú Barnuevo / Eva Johanna Erazo Saro / Erick Guimaray Mori / Elky Alexander Villegas Paiva / Jorge A. Pérez López / Ariana Bassino Balta / Branko Slavko Yvancovich Vásquez / Juan Humberto Sánchez Córdova / Percy Velásquez Delgado

LAS CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL

Ariana Bassino Balta / Elky Villegas Paiva / Jorge A. Pérez López
/ Erick Guimaray Mori / Juan Sánchez Córdova / Eva Erazo Saro

 **GACETA**
JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

 (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetajuridica.com.pe

GACETA JURIDICA

LAS CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL

PRIMERA EDICIÓN
NOVIEMBRE 2014
4,130 ejemplares

© *Gaceta Jurídica S.A.*

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2014-17053

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED
ISBN: 978-612-311-194-6

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501221401159

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Jennifer Paola Gutiérrez Arroyo

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERÚ

CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900

FAX: 241-2323

E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

AUTORES

ARIANA BASSINO BALTA
ROCCI BENDEZÚ BARNUEVO
EVA JOHANNA ERAZO SARO
ERICK GUIMARAY MORI
JORGE A. PÉREZ LÓPEZ
JUAN HUMBERTO SÁNCHEZ CÓRDOVA
PERCY VELÁSQUEZ DELGADO
ELKY ALEXANDER VILLEGAS PAIVA
BRANKO SLAVKO YVANCOVICH VÁSQUEZ

DIRECTOR Y COORDINADOR

CARLOS FRANCO MONTOYA CASTILLO

ELABORACIÓN DE CONSULTAS

FELÍCITA CAYHUALLA QUIHUI
GRACE VICTORIA BELTRÁN CRUZADO

Presentación

Todas las fórmulas legales comprendidas en los tipos penales contienen intrínsecamente una norma orientada a evitar la violación de uno o varios bienes jurídicos protegidos, que vienen a ser instituciones de gran relevancia para la subsistencia de la sociedad. Así por ejemplo, el artículo que regula el delito de homicidio encierra un mandato de “no matar”, mediante el cual el Estado advierte una consecuencia jurídica a quien lo rompiera.

Esta relación “supuesto de hecho-consecuencia jurídica” es fundamental para entender que la regulación en materia criminal está dirigida a advertir los resultados negativos de vulnerar bienes jurídicos. Por este motivo, es importante que el individuo a quien está dirigida esta relación pueda ser capaz de comprender las normas o mandatos que encierra cada tipo penal para estar en aptitud de motivarse conforme a ellos.

Sin embargo, este escenario cambia cuando por alguna razón o situación específica una persona es incapaz de “motivarse” por la norma y no está en condiciones de distinguir la ilicitud de su conducta; o si pese a ser consciente de que su conducta lesionará un bien jurídico la ejecuta con el fin de preservar otros de mayor valor.

Este es el fundamento del surgimiento de la necesidad de regular aquellos escenarios en los cuales no es posible atribuir responsabilidad penal a un sujeto. Esto se denomina supuesto de inimputabilidad y causas de justificación o de exculpación y que en nuestra legislación se compilan en el artículo 20 del Código Penal a lo largo de 11 incisos donde se reúnen escenarios como la legítima defensa, estado de necesidad (justificante y exculpante), la minoría de edad, la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia o de la percepción, el miedo insuperable, la fuerza física irresistible, el obrar en cumplimiento de un deber, el ejercicio legítimo de un derecho, o por orden de una autoridad competente, el consentimiento del afectado, y el actuar de la Fuerzas Armadas y Policiales en cumplimiento de sus deberes.

Todas estas circunstancias tienen en común el impacto liberatorio para el reo, pues una vez acreditados, se sobreseerá la causa si el proceso se encuentra en fase

de instrucción o de investigación preparatoria o se desestimaré la acusación si no halláramos en la etapa del juicio. Incluso si el actuar del autor no ha cumplido todos los elementos constitutivos de una causal de justificación o exculpación, el juez podrá disminuir la pena por debajo del mínimo legal.

Los eximentes de responsabilidad resultan ser una variable clave para la confección de una defensa eficaz en la dinámica del proceso penal, pues finalmente permiten descartar la responsabilidad penal de a quién no le es reprochable la conducta típica cometida.

Gaceta Jurídica es consciente de la importancia del estudio especializado de cada una de las eximentes de responsabilidad penal recogidas en el artículo 20 del Código Penal, por ello, reúne en un solo volumen una serie de herramientas doctrinarias, jurisprudenciales y casuísticas a fin de que le sean de suma utilidad al abogado litigante en el ejercicio de una defensa judicial.

En tres grandes capítulos se divide esta obra: el primero incluye los diferentes estudios de las eximentes de responsabilidad penal a cargo de autores especializados en cuyos trabajos desarrollan los presupuestos objetivos y subjetivos para la configuración de cada una de las causales eximentes en los diversos contextos que la realidad presenta.

El segundo recoge 22 casos prácticos a modo de consultas legales cuyas respuestas se encuentran fundamentadas en la aplicación e interpretación de cada una de las eximentes de responsabilidad recogidas en el artículo 20 del Código Penal.

Finalmente, reservamos un espacio para los distintos pronunciamientos emitidos por las órganos del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional en los que se refleja inequívocamente la posición institucional de la judicatura en la aplicación de las eximentes cuando hayan sido alegados como medio de defensa frente a la imputación de un determinado delito. Casos de gran difusión como el de Gastón Mansilla y Luis Miguel Llanos (legítima defensa), Juan Carlos Tafur (ejercicio de un derecho), y la sentencia de inconstitucionalidad que analizó el último inciso del artículo 20 son algunas de las resoluciones que se incluyen en este volumen.

Dicho todo esto, esperamos que esta nueva obra de consulta sea de su total satisfacción y contribuya con su óptimo desempeño profesional.

Carlos Franco Montoya Castillo

Director de la obra

PARTE I

ENSAYOS

El “estado de embriaguez” como causa de la grave alteración de la conciencia y su aplicación jurisprudencial

Rocci BENDEZÚ BARNUEVO^(*)

INTRODUCCIÓN

La mera verificación de la realización de una acción típica y antijurídica no es suficiente para responsabilizar penalmente a su autor, la responsabilidad penal precisa que el sujeto haya obrado culpablemente⁽¹⁾.

Para afirmar la culpabilidad la doctrina penal requiere la concurrencia de tres elementos: la imputabilidad, que constituye su presupuesto, la posibilidad de conocimiento del orden jurídico penal o conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad⁽²⁾.

La imputabilidad o también denominada “capacidad de culpabilidad”, hace referencia al conjunto de facultades mínimas que debe reunir un sujeto para poder recibir imputaciones penales, por haber actuado en contra de las exigencias del Derecho, y que requiere i) la capacidad de comprender la desaprobación jurídico penal y ii) la capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo a esa comprensión⁽³⁾. Estas facultades mínimas pueden sintetizarse en la mayoría de edad, la salud mental y la

(*) Magíster por la Universidad de Zaragoza. Docente de Derecho Penal en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

(1) Cfr. BACIGALUPO, E. *Derecho Penal. Parte General*. Ara Editores, Lima, 2004, p. 395.

(2) Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. *Imputabilidad y Nuevo Código Penal*. 2012 [ubicado el 25.VI 2013]. Obtenido en: <http://www.ehu.es/p200-content/es/contenidos/informacion/ivcke_i_jose_luis_delacuesta/es_joseluis/adjuntos/000020.pdf>.

(3) Cfr. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (Coord.), JUDEL PRIETO, A. PIÑOL RODRÍGUEZ, J. *Manual de Penal*. Tomo I. Parte General, Thomson Civitas, 3ª edición, Navarra, 2005, p. 249.

plenitud de la conciencia. Cuando falta cualquiera de estos elementos, tienen lugar las situaciones de inimputabilidad.

Una de esas situaciones de inimputabilidad es la grave alteración de la conciencia, que recoge aquellos casos en los que existe una grave perturbación o trastorno de la vida psíquica que impide al sujeto comprender el carácter delictuoso de su acto y motivarse conforme a él.

Pues bien, sobre esta causal de exención de responsabilidad, existen muy pocos referentes legales y jurisprudenciales, lo que ha originado una ausencia de criterios válidos que permitan una correcta aplicación de la “grave alteración de la conciencia”.

En este estado de cosas, es preciso reflexionar sobre los alcances de esta causal y determinar sus requisitos, apuntando a una mejor aplicación, más objetiva y valorada, de la concurrencia de esta causal. Así, y con la brevedad que la presente exposición me exige, me limitaré a analizar el estado de embriaguez como causa de la grave alteración de la conciencia, sus implicancias en la capacidad de comprensión de la norma y de determinación de la conducta conforme a dicha comprensión, así como su tratamiento jurisprudencial en el Perú durante los últimos años.

I. LA GRAVE ALTERACIÓN DE LA CONCIENCIA

El artículo 20 numeral 1 del Código Penal exime de responsabilidad penal al “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”.

Si bien la normativa penal contempla como una de las causas de inimputabilidad a la grave alteración de la conciencia⁽⁴⁾, nada dice acer-

(4) Cabe indicar que la grave alteración de la conciencia se encuentra también en otras disposiciones penales, aunque con un significado distinto, como por ejemplo en el art. 172 del Código Penal, en el que se dispone “El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, conociendo que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir, será reprimido (...)”.

ca de qué entenderse por ella, o qué casos comprende, tan solo resalta los efectos psicológicos que debe producir: impedir la “comprensión del carácter delictuoso del hecho” o la “determinación conforme a esa comprensión”, en ese sentido, es preciso definir esta causal y especificar bajo qué casos puede producirse.

Pues bien, la grave alteración de la conciencia o llamada también “trastorno mental transitorio”⁽⁵⁾ puede definirse como aquella perturbación de la relación normal entre la conciencia del yo y la conciencia del mundo exterior, se trata de supuestos en los que el autor actúa sin una correspondencia subjetiva respecto de lo que sucede en la realidad⁽⁶⁾, lo que genera irremediamente una perturbación de la autodeterminación.

La fórmula legal resalta dos aspectos que se trate de una “alteración de la conciencia” y que sea “grave”. Cuando la ley menciona la expresión “alteración de la conciencia” describe una perturbación, menoscabo o desorientación de la conciencia⁽⁷⁾. La conciencia se refiere a la conciencia de uno mismo (autoconciencia) en su relación con la conciencia del mundo exterior, dicho de otra manera, indica la reflexión de uno mismo o del entorno⁽⁸⁾.

Pero no basta cualquier perturbación de la conciencia para configurar la eximente, sino que es necesario que esta alteración reúna la condición de grave. Por grave debe entenderse aquella alteración que va más allá de lo normal, que sea de tanta intensidad que destruya la estructura psíquica o motivacional del afectado⁽⁹⁾, debe ser manifiestamente visible y perturbar siempre las funciones intelectuales y volitivas. Al respecto, Castillo Alva señala con acierto –parafraseando a Jakobs– que “el concepto de gravedad o de profundidad de las alteraciones es una noción cargada de relatividad, ya que depende de las valoraciones socioculturales,

(5) Así se le denomina en el Derecho Penal español, por su parte, en el Derecho Penal alemán recibe el nombre de trastorno profundo de la conciencia.

(6) Cfr. GARCÍA CAVERO, P. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2008, p. 528.

(7) La grave alteración de la conciencia generalmente excluye la capacidad reflexiva y de discernimiento del sujeto, aunque no la elimina del todo, y va asociado a una turbación anímica o afectiva que hace presa al hombre de sus impulsos o de sus reacciones. Por ello, normalmente la ejecución del delito se realiza de manera torpe, desordenada, y no obedece a una planificación anterior.

(8) Cfr. JESCHECK, H. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Comares, Granada, 2002, p. 471.

(9) Cfr. JESCHECK, H. Ob. cit., p. 471; CASTILLO ALVA, J. Ob. cit., p. 647.

psicológicas y jurídicas a las que se atenga el juez, la clave para delimitar la magnitud de la misma se relaciona con el hecho de que solo las alteraciones graves de la conciencia son las que impiden al sujeto comprender el carácter delictuoso del acto y no facilitan la determinación de su conducta conforme a dicho entendimiento⁽¹⁰⁾.

Expresado de otro modo, el dato decisivo para afirmar la inimputabilidad viene dado por el efecto psicológico, dicho “efecto psicológico” ha sido concretado en el propio tenor de la disposición legal cuando establece: “no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”. De esta manera, para que la grave alteración de la conciencia exima de responsabilidad penal, esta debe afectar gravemente el concepto de la realidad del autor, su capacidad de comprender el carácter delictivo de su hecho o de determinarse conforme a esa comprensión⁽¹¹⁾.

Por otro lado, conviene poner de relieve que la grave alteración de la conciencia hace referencia a la perturbación de una de las varias actividades anímicas o psíquicas que desarrolla el sujeto, la conciencia, facultad que no debe verse total ni absolutamente excluida, sino que se encuentra restringida⁽¹²⁾. En este sentido, es importante subrayar que la grave alteración de la conciencia no puede confundirse con una situación psíquica semejante al estado de inconciencia, debido a que mientras la primera implica una perturbación o exclusión parcial de la conciencia⁽¹³⁾, la segunda importa una pérdida total de la conciencia y descarta la existencia de una acción, al no existir voluntad. Tampoco cabe equipararla a la anomalía psíquica, pues aunque produce un efecto similar, se diferencia

(10) CASTILLO ALVA, J.. Ob, cit., pp. 646-647.

(11) La posibilidad de responder en términos médicos a la interrogante por la capacidad de comprensión y dirección ha sido cuestionada desde hace mucho. Alexander y Staub lo negaron en la década de los 20 y más recientemente Kurt Schneider afirmaba que la “pregunta por la capacidad de comprensión y dirección según esta comprensión es objetivamente irresponsible; sobre todo, lo referente a la posibilidad de obrar de acuerdo a la comprensión”. Similar criterio comparte Schneider quien explica: “Casi nunca diferenciamos (los psiquiatras) en nuestras respuestas estas últimas cuestiones (de la capacidad de comprender y dirigir); tan lejos, en cierto modo, no llegamos”. Cfr. Bacigalupo, E. Ob. cit., p. 429.

(12) Cfr. CASTILLO ALVA, J. (Coord.). *Código Penal comentado*. Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 644.

(13) Cfr. MAURACH, R. y ZIPF, H. *Derecho Penal*, (traducción de BOFILL, J. y GIBSON, E.). Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 611.

de esta última principalmente por su carácter temporal y etiología exógena, entre otras cuestiones⁽¹⁴⁾.

La grave alteración de la conciencia no tiene un origen patológico⁽¹⁵⁾, sino que se presentan generalmente respecto de personas psicológicamente normales⁽¹⁶⁾. La etiología de esta alteración es exógena, es decir, no proviene de una enfermedad o característica interna propia del sujeto, sino que se origina por factores externos al sujeto o algún motivo circunstancial. Por mencionar las más importantes: las formas más intensas de estados hipnóticos o poshipnóticos, el sueño, el consumo de alcohol, el agotamiento, el sueño, la fatiga, el pánico, los estados pasionales intensos, las emociones intensas o extremas⁽¹⁷⁾, etc.⁽¹⁸⁾.

-
- (14) La grave alteración de la conciencia solamente se refiere a la perturbación de una de las varias actividades ánimos o psíquicas que desarrolla el sujeto, la conciencia, en cambio la anomalía psíquica abarca todas las demás actividades, tales como la afectividad, el pensamiento, la emotividad, la imaginación o la capacidad de interacción social; y, aunque la anomalía psíquica comporta generalmente una alteración de la conciencia, no siempre una grave alteración de la conciencia se debe a que la persona padezca o sufra una anomalía psíquica. Cfr. CASTILLO ALVA, J. Ob. cit., p. 644.
- (15) Un sector destacado de la doctrina considera que la grave alteración de la conciencia puede también proceder de una base patológica siempre y cuando no llegue a constituir una enfermedad mental ni una anomalía o alteración psíquica duradera, así algunas patologías mentales pueden producir trastornos mentales transitorios, de duración es escasa, y algunas de sus manifestaciones son las alucinaciones, delirios y descontrol psicomotriz. Cfr. CASTILLO ALVA, J. Ob. cit., p. 648; MIR PUIG, S. *Derecho Penal*, Reppertor, Barcelona, 1998, 5ª edición, p. 602; ARIAS MADRIGAL, D. “El trastorno mental transitorio y sus consecuencias en la imputabilidad, con especial referencia al trastorno de estrés postraumático y la violencia doméstica”. En: *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal*, 2010 [ubicado el 26.VI 2013]. Obtenido en: <<http://www.binasss.sa.cr/revistas/rldmml/v7-8n2-1/17Arias.pdf>>.
- (16) Cfr. GARCÍA CAVERO, P. Ob. cit., p. 528.
- (17) Un sector de la doctrina cuestiona la inclusión de los estados emotivos y pasionales dentro de las posibles causas de la grave alteración de la conciencia, pues sostienen que ello traerá consigo en la práctica el peligro de absoluciones injustas, provocando que un cuarto de la criminalidad homicida pueda ser absuelta. Frente a ello, un sector de la doctrina alemana propone que se niegue la aplicación de la eximente cuando se compruebe una provocación culpable del estado pasional por parte del autor o se verifique que el autor se ha puesto a sí mismo culpablemente en situaciones que conducen a hechos violentos o cuando hay defectos de carácter evitables y errores morales, de manera que la imputabilidad se mantendrá cuando el estado pasional o emocional fuera evitable. No obstante, de modo mayoritario la doctrina alemana se opone a tal planteamiento, señalando que añade requisitos no contenidos en la ley, debido a que la norma penal solo refiere la existencia de una alteración de la conciencia “en el momento de la comisión del hecho”, de manera que si al momento del hecho está completamente excluida la capacidad de control, no podrá negarse la inimputabilidad por el hecho de que el propio estado pasional estuviera provocado culpablemente. Esto último no impide recurrir a la aplicación de las reglas del actio libera in causa. Cfr. CASTILLO ALVA, J. Ob. cit., pp. 649-650; JESCHECK, H. Ob. cit., pp. 471- 472.
- (18) Cfr. GARCÍA CAVERO, P. Ob. cit.

Asimismo, otro aspecto a considerar es el relativo al momento de la grave alteración de la conciencia, la intensa perturbación psíquica debe producirse al momento de la comisión del delito, es decir, en la realización del comportamiento ilícito, ni antes ni después⁽¹⁹⁾.

Ahora bien, en ocasiones se resalta mucho el valor del informe pericial que permita verificar la intensidad y etiología de la perturbación mental, no obstante esta opinión no tiene en cuenta que el mayor inconveniente de las valoraciones periciales —como lo sostiene Mengual⁽²⁰⁾— es que se efectúan *ex post* y, si a ello se añaden las condiciones propias de la grave alteración de la conciencia como la temporalidad y la ausencia de secuelas, entonces lo único que realmente podrá obtener el peritaje es una aproximación a aquella situación, apoyándose en los antecedentes del caso, pero desde luego no podrá conocer con total exactitud la concreta situación del sujeto⁽²¹⁾.

Por último, es preciso establecer que la grave alteración de la conciencia debe determinarse en cada caso, correspondiendo a los jueces dirimir cuándo una persona ha actuado bajo una situación de grave alteración de la conciencia, sin perjuicio, de la inestimable ayuda que la pericia pueda aportar. Sin duda, el perito contribuirá comprobando con criterio científico el estado biológico de la persona, y el juez debe inicialmente considerar la opinión pericial, sin embargo, la determinación de la capacidad de culpabilidad del autor es un criterio estrictamente jurídico, pues la capacidad de comprensión y de obrar conforme a dicha comprensión, no se puede basar únicamente en consideraciones científicas sino que debe ser valorada en cada caso concreto y ha de basarse en las reglas de la sana crítica racional y la interacción multifactorial⁽²²⁾. Para decirlo de otra manera, lo fundamental para afirmar si el sujeto ha perdido la capacidad de imputación no es el dosaje etílico o el informe pericial, sino la valoración que hace el juez penal para determinar si, dadas las condiciones de salud presentadas por los peritos, el sujeto ha perdido el concepto

(19) Cfr. ARIAS MADRIGAL, D. Ob. cit.

(20) Cfr. CARBONELL MATEU, J.; GÓMEZ COLOMER, J. y MENGUAL, J. *Enfermedad mental y delito*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 286 y 298.

(21) Cfr. ARIAS MADRIGAL, D. Ob. cit.

(22) Cfr. ARIAS MADRIGAL, D. Ob. cit.

de la realidad, la capacidad de comprender el carácter antijurídico de su hecho o la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión⁽²³⁾.

1. El estado de embriaguez

El Código Penal de 1991 no contempla expresamente al estado de embriaguez como eximente o atenuante de la responsabilidad penal, no obstante, pese a no estar regulado de manera explícita, la embriaguez puede encauzarse como uno de los supuestos que puede provocar una grave alteración de la conciencia, que sí se prevé en el artículo 20.1 del Código Penal.

Pues bien, la ebriedad o embriaguez es el estado de intoxicación con el alcohol a un nivel suficiente como para deteriorar las funciones mentales y motrices del cuerpo. Por su parte, Alfonso Reyes afirma que “por ebriedad entendemos el conjunto de alteraciones biopsíquicas que sufre una persona como consecuencia de la ingestión de bebidas alcohólicas”.

En este punto, resulta pertinente discutir cuándo un estado de embriaguez tiene entidad suficiente para desencadenar una situación de grave alteración de la conciencia y, con ello, la exención de imputabilidad o, en todo caso, la atenuación de la pena. Esto, es importante porque no todos los estados de embriaguez pueden generar efectos eximentes o atenuantes, es decir, no toda ingesta de alcohol lleva per se a la exención o atenuación de la responsabilidad penal, sino solamente aquella que comporte una alteración jurídica penalmente relevante de la conciencia. Al respecto, considero que esto se dará cuando se trate de estados de embriaguez de gran intensidad y que no hayan sido provocados para cometer el delito o que debieron prever su comisión, siendo imprescindible atender a la etiología e intensidad de la afectación para determinar su relevancia.

Por su origen, la embriaguez puede ser predeterminada al delito, voluntaria, imprudente o fortuita, mientras que por su intensidad, pueden distinguirse diversos grados de ingesta alcohólica en el organismo

(23) Cfr. BACIGALUPO, E. Ob. cit., pp. 528-529.

humano, así la embriaguez puede clasificarse en letárgica, plena, semiple-
na o la simple excitación⁽²⁴⁾.

A la embriaguez predeterminada al delito no se le conceden efectos atenuantes ni eximentes, debido a que ella da lugar a la figura de la *actio libera in causa*, conforme a la cual el trastorno mental transitorio o los estados de perturbación provocados dolosamente para cometer el delito no exonerarán en ningún caso de pena. En consecuencia, en cuanto a su origen, la embriaguez deberá ser necesariamente fortuita.

Atendiendo al criterio de la intensidad, debe señalarse inicialmente que la embriaguez letárgica, constituye un típico caso de estado de inconsciencia o ausencia de acción; la embriaguez plena, sin intención de cometer delito alguno, puede provocar una eximente completa, la embriaguez semiple-
na a lo sumo podrá dar lugar a una atenuación de la pena y la simple excitación se considera irrelevante para el orden jurídico penal⁽²⁵⁾.

De lo anterior, puede concluirse entonces que el único supuesto de embriaguez que produciría una exención de responsabilidad sería la verificación de una “embriaguez plena y de origen fortuito”. Pese a ello, un sector importante de la doctrina comparada destaca que en la mayoría de casos, la intoxicación plena hace imposible la comisión de hechos delictivos, por lo que la aplicación de la eximente completa se dará en muy contadas situaciones, exigiendo para la concesión de la exención de responsabilidad penal por embriaguez la observancia de tres requisitos: Primero, una **exigencia médica**: el sujeto debe hallarse en estado de intoxicación plena. No todo consumo de alcohol implica la configuración de la excusa, puesto que no siempre se ve alterado el equilibrio psicofísico de modo que justifique la consideración del sujeto como incapaz de entender y de querer los hechos cometidos bajo el influjo de ingesta de alcohol. Segundo, **exigencia temporal**, el estado de ebriedad debe concurrir al tiempo de cometer la infracción penal, y tercero, **exigencia psicológica**,

(24) Cfr. VEGA GUTIÉRREZ, Z. “La intoxicación por bebidas alcohólicas en el Derecho Penal”. En: *El Nuevo Diario*, 2012 [ubicado el 20.VI 2013]. Obtenido en: <<http://www.elnuevodiario.com.ni/opinion/111123>>.

(25) Ídem.

el estado en que se encuentra el individuo debe impedirle comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión⁽²⁶⁾.

Por último, conviene mencionar solo a modo referencial, los niveles de alcohol que podrían producir un estado de embriaguez letárgica, plena, semiplena o una simple excitación. Al respecto, la Ley N° 27753 o Ley que modifica los delitos de homicidio culposo, lesiones culposas y conducción en estado de ebriedad, introdujo una tabla de alcoholemia, cuyos valores consignados pueden servirnos de orientación:

1er Periodo: 0.1 a 0.5 g/l: subclínico	No existen signos o síntomas clínicos, pero las pruebas psicométricas muestran una prolongación en los tiempos de respuesta al estímulo y posibilidad de accidentes. No tiene relevancia administrativa ni penal.
2do Periodo: 0.5 a 1.5 g/l: ebriedad	Euforia, verbosidad y excitación, pero con disminución de la atención y pérdida de la eficiencia en actos más o menos complejos y dificultad en mantener la postura. Aquí está muy aumentada la posibilidad de accidentes de tránsito, por disminución de los reflejos y el campo visual.
3er. Periodo: 1.5 a 2.5 g/l: ebriedad absoluta	Excitación, confusión, agresividad, alteraciones de la percepción y pérdida de control.
4to. Periodo: 2.5 a 3.5 g/l: grave alteración de la conciencia	Estupor, coma, apatía, falta de respuesta a los estímulos, marcada descoordinación muscular, relajación de los esfínteres.
5to Periodo: niveles mayores de 3.5 g/l: Coma	Hay riesgo de muerte por la coma y el paro respiratorio con afección neumonológica, bradicardia con vaso, dilatación periférica y afección intestinal.

II. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

A nivel jurisprudencial, la embriaguez como causa de grave alteración de la conciencia, no ha tenido un tratamiento uniforme, pues en algunas ocasiones sin más razones que su sola verificación, suele

(26) Cfr. SUÁREZ- MIRA RODRÍGUEZ, C. Ob. cit., pp. 256- 257; De igual opinión es Quintero Olivares y Morales Prats, según los cuales la intoxicación como eximente incompleta es de difícil apreciación, ya que la exigida plenitud de la intoxicación comporta no solo la pérdida del dominio propio y de las facultades intelectivas, sino incluso la de la capacidad física de actuar, de manera que el sujeto cae en estado prácticamente letárgico.

atribuírsele efectos de eximente incompleta con la respectiva atenuación, o simplemente se le considera irrelevante a efectos penales. Es imperceptible –al menos casuísticamente– la apreciación de la embriaguez como eximente completa.

Sobre su carácter de eximente incompleta con efecto atenuante en la pena, puede observarse las siguientes resoluciones, así en la ejecutoria suprema de fecha 16 de julio de 1997, recaída en el Exp. N° 1492-93- Loreto se estableció que “el acusado perpetró el ilícito en circunstancias en que se encontraba en relativo estado de embriaguez, motivo por el cual se puede inferir que sufrió alteración de su conciencia que no obstante no ser grave, sí debe tenerse en cuenta para los efectos de la graduación de pena”. En otra ejecutoria suprema de fecha 12 de marzo de 2001, sobre el expediente N° 295-2001- La Libertad se establece que “[l]os encausados al momento de cometer los hechos materia de juzgamiento se encontraban en estado de ebriedad relativa, y si bien no obra pericia alguna al respecto, se encuentra acreditado con la preventiva del agraviado y la propia declaración de los encausados desde la etapa preliminar hasta el juicio oral; que, la ebriedad de los citados encausados si bien no los exime de responsabilidad penal, constituye circunstancia atenuante”. Asimismo, en la resolución de fecha 30 de setiembre de 1994, recaída en el Exp. N° 412-94- Lima se sostuvo que “al producirse toda la secuela del evento, el acusado se encontraba embriagado tal como es de verse del dosaje etílico, hecho que le produjo una alteración de la conciencia, la misma que no fue de la gravedad que establece el inciso primero del artículo vigésimo del Código Penal, toda vez que a pesar de la ingesta alcohólica que presentaba el acusado, se daba cuenta de todos sus actos así como lo que sucedía en sus alrededores, como fue el caso de protegerse de un posible robo de su arma de fuego, lo cual permite rebajar la pena por debajo del mínimo legal (...)”.

En lo relativo a la irrelevancia penal del estado de embriaguez, se tiene por ejemplo la ejecutoria suprema de fecha 25 de mayo de 2004, recaída en el R.N.N° 376-2004- Ayacucho, en la que se señala: “La alegación de ebriedad no es relevante en el presente caso, dada la forma y circunstancias en que se llevaron a cabo los delitos en cuestión, pues no puede aceptarse que la capacidad psicofísica se viera alterada en tal nivel que determine una atenuación de la pena por debajo del mínimo legal”. De igual manera, en la sentencia de 19 de marzo de 1999, recaída sobre

el Exp. N° 98-0354-Cusco se estableció que: “El argumento del inculpado de haberse encontrado en un estado de ebriedad que no le permitió comprender los hechos que cometía, queda desvirtuado por el dosaje etílico que demuestra que se encontraba en una etapa intermedia de intoxicación alcohólica, en la cual no se pierde la conciencia de los actos; debiendo asimismo tomarse en cuenta que el inculpado realizó el delito preparando tanto su realización como la huida”.

Como puede observarse en las ejecutorias citadas anteriormente, no existen mayores argumentos que fundamenten, al menos, de manera razonable, la decisión de conceder la eximente incompleta o la de negarle virtualidad a la eximente y considerarla irrelevante a efectos penales.

Pese a esta difícil e infortunada situación de gran parte de nuestra jurisprudencia, debe mencionarse que en algunas resoluciones de la Corte Suprema existe un desarrollo más profundo de esta causal, e incluso se exige la concurrencia de determinados requisitos para la concesión de la eximente completa, así en la ejecutoria del 27 de mayo de 1999, recaída en el R.N.N° 1425-99-Cusco se sostiene que “[n]o cabe duda que pueden distinguirse diversos grados de ingesta alcohólica en el organismo humano, y sirven tan solo para revelar el fondo caracterológico personal; así se pasa de un periodo de embriaguez incompleta con parcial alteración de facultades mentales, al que sigue otra de clara perturbación total de la conciencia hasta producirse finalmente un estado letárgico; que, para que la embriaguez pueda dar lugar a una grave alteración de la conciencia, con eficacia de eximente, debe producir en el sujeto una plena exclusión de la imputabilidad, exigiéndose en cuanto a su origen que sea fortuita, en cuanto al grado que sea plena, y en cuanto al efecto sobre la conciencia que sea total”.

De modo más reciente y en la misma línea, se encuentra la ejecutoria Suprema de fecha 29 de enero de 2009, recaída en el R.N.N° 3482-2008- Callao, en la que se establece: “Para que la embriaguez pueda dar lugar un trastorno mental transitorio con eficacia de eximente de responsabilidad penal, esta debe producir en el sujeto una plena exclusión de la imputabilidad; se exige así que sea **fortuita, de grado plena (intensa) y total en cuanto al efecto en la conciencia**; asimismo, para que se verifique la eximente incompleta con los consecuentes efectos atenuantes, en la que la ingesta alcohólica contribuye a la disminución de las facultades

mentales del sujeto esta debe haber logrado trastornos en la conciencia que sobrepasen el límite de lo normal; por lo que queda claro que no toda ingesta alcohólica da lugar a la aplicación de la eximente por grave alteración de la conciencia”⁽²⁷⁾.

Asimismo, se han ido desarrollando paulatinamente en nuestra jurisprudencia algunos criterios válidos para negar la embriaguez como eximente plena y afirmar –por el contrario– el conocimiento de la conducta delictiva y su plena conciencia al momento de ejecutar el ilícito. Estos criterios a tener en cuenta son los hechos periféricos anteriores y posteriores a la comisión del delito, así por ejemplo en la ejecutoria suprema de fecha 1 de diciembre de 2003, sobre el R.N.N° 2564-2003 Puno, se establece que “si bien el certificado de dosaje etílico (...) determinan que el acusado se encontró en estado de ebriedad, no es menos cierto que ello no alteró su conciencia total ni parcialmente, por la forma cómo se desarrolló el evento delictivo, teniéndose en cuenta las múltiples lesiones corporales de la agraviada (...) y la actitud posterior de conducir a la víctima hasta el hospital, que se explica como un acto de arrepentimiento de haber consumado el hecho delictivo”.

En otra ejecutoria suprema del 29 de enero de 2009, recaída en el R.N.N° 3482-2008- Callao se estableció que “se encuentra acreditada la plena conciencia del encausado al momento de cometer el hecho imputado, en razón a que los hechos periféricos anteriores al disparo efectuado por el encausado, permiten inferir el conocimiento de su conducta homicida y su plena conciencia para efectuarlo: así, a) el encausado al bajar del vehículo minutos antes de la discusión rastrilló el arma de fuego; b) existe un móvil, aunque de mínima entidad, consistente en que el agraviado había formado parte de una gresca anterior, en la que había lesionado al primo de un familiar afín al encausado; c) el recurrente huyó del escenario delictivo inmediatamente después de haber ocurrido los hechos y guardó el arma de fuego, para después ir a entregársela a quien se la había prestado; d) el inculpado se encontraba a una distancia de un metro del agraviado a quien le apuntó y disparó directamente en la cabeza. Todo ello permite determinar que en el momento de los hechos

(27) Cfr. ROJAS VARGAS, F. *Código Penal. Dos décadas de jurisprudencia*. Ara Editores, Lima, 2012, p. 582.

el imputado no se encontraba en estado de ebriedad que haya implicado merma alguna de sus facultades intelectivas o volitivas”.

En consecuencia, puede afirmarse que los hechos periféricos desarrollados por la jurisprudencia y que llevarían a la negación de la exigente completa son: a) La forma como se cometió el delito; b) la huida del sujeto de la escena del delito (reacción natural de quien se da cuenta del carácter delictuoso de su conducta)⁽²⁸⁾; c) la existencia de un móvil, d) la actitud posterior de conducir a la víctima hasta el hospital, que se explica como un acto de arrepentimiento de haber consumado el hecho delictivo⁽²⁹⁾.

A partir de lo anterior, queda completamente claro que el dato verificable de la ebriedad absoluta como única condición concurrente en el caso concreto, no es de ningún modo concluyente para generar una situación de grave alteración de la conciencia, más aún con eficacia de exigente completa, así también lo deja establecido la Ejecutoria Suprema de 27 de mayo de 1999, recaída en el R.N.N° 1425-99-Cusco en la que se señala: “No resulta pertinente invocar el estado de ebriedad en la que se encontraba el acusado al momento de cometer el delito, para sustentar una exigente completa o incompleta, por lo siguiente: que si bien, con el certificado de dosaje etílico se arroja como resultado 1.80 centigramos por litro de sangre, en el organismo del procesado, lo que equivale a una ebriedad completa, no cabe duda que pueden distinguirse diversos grados de ingesta alcohólica en el organismo humano, y sirven tan solo para revelar el fondo caracterológico personal (...) que, para que la embriaguez pueda dar lugar a una grave alteración de la conciencia, con eficacia de exigente, debe producir en el sujeto una plena exclusión de imputabilidad, exigiéndose en cuanto a su origen que sea fortuita, en cuanto al grado que sea plena, y en cuanto al efecto sobre la conciencia que sea total, circunstancias que no concurren en el caso de autos, pues si bien el acusado se encontraba en estado de ebriedad, ella no le había alterado la conciencia de manera total sino parcialmente, y prueba de ella es que luego de atacar a la víctima procedió a huir de la escena del delito

(28) Véase la resolución de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, recaída sobre el Exp. N° 1882-2002- San Martín.

(29) Véase la resolución de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, recaída en el R.N. N° 5361-99- Puno.

como reacción natural de quien se da cuenta del carácter delictuoso de su conducta⁷⁽³⁰⁾.

CONCLUSIÓN

Finalmente, puede concluirse que en la jurisprudencia peruana se observa una tendencia restrictiva respecto a la aceptación de la eximente completa por estado de embriaguez y tradicionalmente se orienta por conceder la eximente incompleta con efectos atenuantes. Esta posición, goza del respaldo de la doctrina mayoritaria, según la cual el estado de embriaguez como eximente completa es de difícil apreciación, ya que la intoxicación comporta no solo la pérdida del dominio propio y de las facultades intelectivas, sino incluso la de la capacidad física de actuar, pues el sujeto cae en estado prácticamente letárgico, que comparte la naturaleza de un estado de inconciencia, y no de una situación de grave alteración de la conciencia.

(30) Cfr. ROJAS VARGAS, F. Ob. cit., p. 584. Asimismo, se han desarrollado algunos criterios para valorar cuándo se está frente a una ebriedad de carácter suficiente, así, por ejemplo en la Resolución Superior de fecha 22 de abril de 1998, recaída en el Exp. N° 7605-97 se establece: “De acuerdo con la doctrina de base científica se tienen que el coeficiente de eliminación de alcohol en la sangre varía de 0.12 gr a 0.30 gr mínimo por hora, y de cuatro gramos a nueve gramos máximo por hora; en el Perú, se considera que una persona que tiene más de un gramo de alcohol en la sangre tiene ebriedad superficial, y ebriedad manifiesta de 1gr. a 1.49 gr.”. Cfr. CASTILLO ALVA, J. Ob. cit., p. 657.

Tratamiento de la responsabilidad del adolescente infractor

Eva Johanna ERAZO SARO^(*)

INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal hace referencia a la inimputabilidad cuando cumple o no cumplen con determinadas condiciones el sujeto infractor; y si, al mismo tiempo se cumplen determinadas condiciones en el Estado para que sea él quien pueda exigirle responsabilidad al sujeto infractor.

En este inciso en particular en infractor es un menor de edad, el termino menor ha sido conceptualizado como aquella persona que por razón de su edad ostenta una condición o cualidad que es tenido en cuenta por el ordenamiento jurídico como factor determinante de la situación o posición de la comunidad y de su ámbito de poder, capacidad y responsabilidad; en términos estrictamente socioculturales, es una categoría que se encuentra en función de condicionamientos económicos, culturales (...); vigente en cada momento histórico que los legisladores habrán de definir en cada caso atendiendo a las circunstancias culturales y sociales de un tiempo y un país.

Según el inciso analizado, el menor de 18 años está exento de responsabilidad penal, es decir, es declarado inimputable en relación al tratamiento jurídico penal de adultos, pero se le atribuye una responsabilidad penal

(*) Abogada por la Universidad de San Martín de Porres. Egresada de la maestría en Ciencias Penales por la misma Casa de Estudios. Actualmente cursa la maestría en la Escuela de Gobierno de la Pontificia Universidad Católica del Perú en Ciencias Políticas con mención en Políticas Públicas y Gestión Pública. Asesora en Tribunal del Servicio Civil y el Consejo Nacional de la Magistratura. Asistente de Cátedra en la Universidad de San Martín de Porres.

especial por los hechos ilícitos cometidos; comprobada su responsabilidad se le denominará adolescente “infractor”, siendo su edad al momento de la comisión de la infracción lo relevante jurídicamente⁽¹⁾.

La inimputabilidad en el menor de edad radica en su incapacidad para comprender la licitud y/o ilicitud de sus acciones y la capacidad para adecuar su comportamiento a esta comprensión; dicha fórmula para regular la inimputabilidad, no solo es usada por nuestro ordenamiento penal sino por una gran mayoría de códigos penales, esta fórmula concibe al individuo, solo como una perspectiva cognitiva y volitiva; sin tomar en consideración que el individuo también tiene una dimensión emocional, afectiva y del entorno que lo rodea, el cual podríamos definir como su entorno cultural.

Describiremos brevemente la historia de la concepción jurídica del menor, en especial, por lo que hace a su conducta infractora, resaltando en especial tres momentos: a) La valoración de la responsabilidad del menor y la atenuación de la pena, según la idea del discernimiento; b) la reforma correccional, con la separación del menor del Derecho Penal según el modelo tutelar y; c) el auge del modelo garantista, como respuesta a las inconsistencias jurídicas y arbitrariedades cometidas por instituciones tutelares.

Se considera que un menor por el hecho de serlo, no comete delitos sino infracciones, por eso se les denomina menores infractores, y no delincuentes; el infractor es pues la persona que no cuenta con la edad penal establecida por la legislación de que se trate y que infringe las leyes penales o bien que manifiesta una conducta nociva para su familia y/ o la sociedad.

El problema de la delincuencia juvenil es abordado principalmente desde una política criminal represiva, la cual se enfoca en modificaciones legislativas para responder al incremento de hechos delictivos cometidos por adolescentes; sin embargo, las estrategias punitivas no han mostrado resultados en la mayoría de países, debido a que no abordan la violencia

(1) BARLETTA VILLARÁN, María Consuelo. “La responsabilidad penal de los adolescentes en conflicto con la ley penal”. En: *Revista Polemos*. Año III. Número 6, diciembre 2012, p. 18.

juvenil en todas sus dimensiones, no toman en cuenta que esta problemática es un fenómeno complejo y multifacético que requiere prestar atención a los principales factores que originan la criminalidad juvenil, esto es la miseria, la exclusión, la falta de oportunidades laborales y carencia absoluta de apoyo a la juventud.

La política contra la delincuencia juvenil, implica un programa de prevención, a través de una labor de conjunto, dando unidad de acción a todos los organismos encargados en mayor o menor grado, de proteger a los infantes, así como de impedir la reincidencia de manifestaciones anti-sociales juveniles.

La Defensoría del Pueblo emitió el Informe Defensorial N° 157-2012/DP aprobado en julio de 2012, en el cual señala que: “el hecho que la norma únicamente lo considere mayor de edad para efectos penales, pero que sea menor de edad para cualquier otro aspecto, constituye claramente una afectación a la convención, en tanto implica un trato diferenciado que impone al niño un trato como adulto para efectos de una sanción penal, pero o mantiene con una capacidad civil limitada, así como imposibilitado del ejercicio de, por ejemplo, derechos civiles y políticos”.

I. ASPECTO LEGAL Y TEÓRICO DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL JUVENIL

La responsabilidad penal en la legislación vigente:

1. Mayores de 18 años

El Código Penal en su artículo 20 inciso 2) establece: “Está exento de responsabilidad penal: 2) El menor de 18 años”. En virtud a ello, se ha establecido un criterio cronológico a partir del cual el sujeto responde plenamente por los actos delictivos cometidos a través del sistema común.

Se dice que “la determinación de la mayoría de edad penal en los 18 años –plena aplicación del derecho penal de adultos– es sin duda una decisión de política criminal esencialmente fundamentada en la necesidad de una intervención especial, en la órbita de persecución, frente a los

menores. El legislador considera un principio de privilegio para el agente, en cuanto asume que hasta ese momento la persona no ha alcanzado el grado de formación y madurez suficiente para hacerle aplicable en su integridad el sistema penal de adultos (...)”⁽²⁾.

2. A partir de 14 a menos de 18 años de edad

El Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 184, señala que los adolescentes cuyas edades estén entre los 14 hasta antes de cumplir los 18 años presentan una responsabilidad penal especial, es decir, que aun cuando no pueden ser procesados como adultos, existe la posibilidad de someterlos a un proceso específico por infracción a la ley penal y luego de comprobarse su responsabilidad se procederá a aplicar alguna de las medidas socioeducativas que establece el artículo 217 del citado texto legal⁽³⁾, las cuales van desde una simple amonestación hasta la privación de la libertad mediante el internamiento en un centro juvenil. En conclusión, los menores comprendidos en este rango de edades son los destinatarios del sistema penal juvenil, por tanto excluidos de la intervención penal para adultos, pero exigibles de responsabilidad penal a través de las medidas específicas previstas para responder frente a un hecho delictivo.

Es importante señalar, que dentro de estos procesos especiales se respetan las garantías procesales básicas al igual que en un proceso criminal seguido contra adultos, adicionándoles, las correspondientes por su condición de menor de edad como por ejemplo, privacidad y confidencialidad, la presencia de los padres o responsable durante todas las fases del proceso, la ineludible aplicación del interés superior del niño, entre otros.

Asimismo, el Código de Niños y Adolescentes establece que el sistema de responsabilidad penal para adolescentes tiene un ámbito de aplicación subjetivo para menores infractores cuyas edades oscilen entre los

(2) PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Ob. cit., pp. 10-11.

(3) Código de los Niños y Adolescentes
Artículo 217.- El juez podrá aplicar las medidas socioeducativas siguientes:
a) Amonestación;
b) Prestación de servicios a la comunidad;
c) Libertad asistida;
d) Libertad restringida; y
e) Internación en establecimiento para tratamiento.

14 y los 18 años de edad al momento de realizar la conducta considerada delictiva, se les reconoce su capacidad de imputabilidad específica, condicionada y diferenciada en referencia al hecho cronológico de la edad y al propio desarrollo del proceso formativo del menor.

Es que la capacidad de imputabilidad de un adolescente “(...) no es exactamente igual y equivalente a la del adulto que ya ha culminado su ciclo formativo; una personalidad en evolución debe ofrecer variables de madurez y cierta tendencia al peso de la influencia de terceros, externa o telúrica, realidad que no puede ser desconocida por el Derecho Penal, disciplina que admitiendo la imputabilidad, ha de aceptar que se trata de una capacidad específica y peculiar, lo cual debe traer como consecuencia toda una serie de matices, reflejados en la normatividad que se adopte”⁽⁴⁾.

Por lo tanto, tenemos que aquellos adolescentes cuya edad se encuentre entre los 14 hasta antes de cumplir 18 años, ostentarán la capacidad de imputabilidad específica, condicionada y diferenciada; lo cual les permitirá ser destinatarios del sistema penal juvenil; y al margen que no puedan ser procesados, juzgados o sancionados como adultos, existirá la posibilidad de someterlos a un proceso específico por infracción a la ley penal, donde al comprobarse su responsabilidad, se les aplicará alguna de las medidas socioeducativas reguladas en el Código de los Niños y Adolescentes, que comprende desde una simple amonestación hasta la privación de la libertad a través del internamiento en un centro juvenil.

Asimismo, algunos expertos en la materia señalan que carece de lógica el hecho de que un menor infractor tenga que continuar con el cumplimiento de la medida socioeducativa de internamiento en una prisión para adultos, pues dicha medida privativa de libertad se aplicó como consecuencia de un acto ilícito cometido cuando aún era menor de edad y conforme a una legislación especializada (Código de los Niños y Adolescentes), cuerpo legal totalmente distinto al que regula las sanciones aplicables a los mayores de edad (Código Penal).

Sin embargo, esta práctica es aceptada en algunos ordenamientos jurídicos como el nuestro, infringiendo según los expertos con

(4) PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Ob. cit., p.33.

parámetros de obligatorio cumplimiento que se establecen en el *corpus iuris* internacional de protección a la niñez y adolescencia; el sustento de nuestra práctica se encuentra en el artículo 197 del Código de los Niños y Adolescentes, el cual autoriza el traslado automático de los infractores que cumplen 18 años de edad, a un centro penitenciario para adultos.

3. Menores de 14 años

Son aquellos adolescentes que realicen una conducta ilícita antes de haber alcanzado los 14 años de edad, estos pequeños infractores, carecen completamente de responsabilidad penal, por tanto, no están sujetos al régimen jurídico especial de justicia penal juvenil menos al sistema para adultos o común; ya que, se encuentran exentos de responsabilidad penal (inimputabilidad absoluta), no se permite imponerles medidas socioeducativas; siendo aplicables únicamente las medidas de protección previstas en el artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes⁽⁵⁾. En conclusión, el sistema de justicia penal juvenil y las medidas socioeducativas en nuestro país, son exclusivamente aplicables para aquellos adolescentes que al momento de cometer la infracción a la ley penal cuenten con 14 años de edad como mínimo⁽⁶⁾.

El fundamento a esta disposición lo encontramos en el artículo 40 numeral 3 literal c) de la Convención sobre los Derechos del Niño y la regla 4 de las Reglas de Beijing, que obligan a los Estados parte a establecer una “edad mínima” para los menores infractores a la ley penal. Por lo tanto, por debajo de dicha edad se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales, al margen de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual; sin embargo, aun cuando dichos instrumentos internacionales no hacen referencia a

(5) El artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes establece “Al niño que comete infracción a la ley penal le corresponde las medidas de protección. El juez especializado podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas:

- a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa;
- b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;
- c) Incorporación a una familia sustituida o colocación familiar; y
- d) Atención Integral en un establecimiento de protección especial”.

(6) El artículo 240 del Proyecto del Código de niños, Niñas y Adolescentes –a diferencia del actual– establece de manera literal que “El niño, niña y adolescente menor de 14 años de edad no son responsables penalmente (...)”.

una edad mínima concreta que sea uniforme para todos los Estados parte, internacionalmente se entiende como aceptable una edad no inferior a los 12 años.

Es así, de acertada la opción del Código de los Niños y Adolescentes de establecer la edad mínima en una etapa no demasiado temprana (14 años), puesto que el concepto de responsabilidad perdería todo sentido al establecerse una edad donde el niño no puede comprender las consecuencias de sus actos.

Sin embargo, la mayoría de nosotros nos preguntamos qué es lo que motiva a niños y adolescentes cometer actos delictuosos, infringir la ley penal sin medir las consecuencias de sus actos, algunos con un conocimiento de ellas, otros sin él; que causas hacen a los menores de edad delinquir.

Según el Anuario Estadístico 2010 de la Policía Nacional del Perú⁽⁷⁾, en el año 2010 se detuvo a un total de 3,407 niños y adolescentes infractores de la ley penal. Siendo un total del 2,221 (65 %) fueron implicados en delitos contra el patrimonio frente a un 1.14 % en delitos de homicidio. Asimismo, tomando como referencia el mismo Anuario, evidenciamos que de los 5,531 casos de niños y adolescentes en circunstancias difíciles registrados, un total de 1,031 (18.64 %) corresponden a aquellos menores que fugaron de su hogar, seguidos por un total de 812 (14.68 %) que estuvieron en peligro de abandono, así como 575 (10.39 %) sufrieron maltratos en su hogar y 322 (5.81 %) de niños ultrajados sexualmente.

Un año después, el entonces Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (hoy Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables) señaló que en el año 2011, se reportó un total de 41,144 casos de violencia familiar, seguidos de un total de 3,650 menores de edad víctimas de abuso sexual. Para el año 2012, las cifras no son alentadoras, se atendieron un total de 9,833 menores de edad víctimas de violencia familiar de las cuales un 55 % se presentaron como violación sexual⁽⁸⁾; tenemos por lo tanto un

(7) Policía Nacional del Perú. Estado Mayor General. *Anuario Estadístico 2010*. p. 177. En: <<http://www.pnp.gob.pe/documentos/ANUARIO%20PNP%2010.pdf>>.

(8) RPP Noticias “Casos de violencia familiar en el 2012”. En: <http://www.rpp.com.pe/2012-11-22-casos-de-violencia-familiar-en-el-2012-noticia_542895.html>.

total de 5,408 casos; incrementándose en 1,758 de casos de abuso sexual en comparación con el año 2011.

La respuesta a la interrogante antes planteada se evidencian en las cifras, las cuales señalan que los antecedentes que desencadenan en delincuencia juvenil se encuentran en dificultades familiares, colegio y entorno social; si bien se señala que es el hogar, el lugar clave donde se forma al menor en valores y principios aún en edad adulta; estos menores infractores fueron víctimas de un hogar disfuncional, incompleto, de pobreza, de falta de educación, dichos factores incidieron de manera negativa en la vida de estos pequeños infractores.

Sin embargo, para la doctrina existen los conocidos factores exógenos y endógenos; los primeros inciden en el aspecto social, propio del medio en que actuaría un delincuente, si bien los seres humanos no nacen delincuentes, poseen una aptitud para infringir las leyes en un ambiente y momento adecuado que estimule estas aptitudes; y las segundas, hacen referencia a factores biológicos, hereditarios, que se encuentren dentro de su esencia biológica y mental; y los cuales pueden inferir en una predisposición del menor en la comisión del delito en circunstancias favorables y desfavorables.

Para el criminólogo español Herrero-Herrero, hay tres categorías para determinar el perfil de los menores delincuentes:

a) Anormalidades patológicas

- Menores delincuentes por psicopatías: se refiere a la incapacidad de un menor por manifestar simpatía o sentir compasión hacia otra persona y la utiliza y manipula en beneficio de su propio interés. Hace creer a sus víctimas que es inocente o que está arrepentido con el propósito de seguir manipulando y mintiendo. El menor psicópata tiende a cometer actos antisociales que expresan frialdad y crueldad.
- Menores delincuentes por neurosis: la neurosis consiste en una grave perturbación que se manifiesta en desórdenes de la conducta, pudiendo ser su origen muy diverso tales como fracasos, frustraciones, abandono o pérdida de seres muy

queridos, entre otros. Criminológicamente, el neurótico trata de hacer desaparecer la situación de angustia que sufre cometiendo delitos con el fin de obtener un castigo que le permita liberarse del sentimiento de culpabilidad que sobre él pesa, y esto es también válido para el menor neurótico, aunque sean muchos menos que los adultos.

- Menores delincuentes por autoreferencias subliminadas de la realidad: aquí se incluyen los menores que, por predisposiciones psicobiológicas llegan a mezclar fantasía y juego de una forma tan intensa que empiezan a vivir fuera de la realidad. Es precisamente ese estado anómalo el que puede conducirlos a cometer actos antisociales.

b) Anormalidades no patológicas

- Menores delincuentes con trastorno antisocial de la personalidad: se trata de menores cuyas principales características son la hiperactividad, excitabilidad, poco comunicativos, ausencia de sentimiento de culpa y fracaso escolar. Una de las principales causas de este trastorno es la ausencia o la figura distorsionada de la madre, aunque también puede existir cierta disfuncionalidad del rol paterno, pues según algunos trabajos, el crecer sin padre acarrea al niño nocivas consecuencias que afectan al campo de la delincuencia.

En muchos casos se trata de menores que viven en la calle, en situación de permanente abandono, porque nos encontramos con menores que, a su edad, acumulan graves frustraciones, rencores y cólera contra la sociedad y que tienen un mismo denominador común: falta de amor, comprensión, cariño, de atención y cuidado de sus padres.

- Menores delincuentes con reacción de huida: Son menores que han sufrido maltrato en el hogar y por ello lo abandonan. Son menores psicológicamente débiles, y que en lugar de responder a la agresión, eligen escapar. Ese alejamiento les hace propicios al reclutamiento por parte de delincuentes –adultos–, que les escogen para llevar a cabo actuaciones simples

pero de gran riesgo, como robar o transportar drogas en su propio cuerpo, entre otras.

c) Personalidades normales afectadas por situaciones disfuncionales

- Aquellos que llevan a cabo simples actos de vandalismo, ataques al mobiliario urbano, etc., como consecuencia de perturbaciones psicobiológicas que producen la preadolescencia y la adolescencia por motivos de desarrollo y cambio.
- Los que cometen pequeños robos (sin violencia) o fraudes por motivos de autoafirmación personal frente a compañeros, creyendo suscitar en ellos admiración.
- Los que cometen delitos contra el patrimonio o la indemnidad sexual por puro placer, siendo incapaces de resistir a sus estímulos seductores.
- Los que delinquen para satisfacer meras apetencias consumistas.

No debemos olvidar, que algunos adolescentes que cometen infracciones a la ley penal son utilizados por mayores de edad. Un adolescente difícilmente roba un auto para cometer otros delitos, es poco probable que proceda a extorsionar o secuestrar sin seguir órdenes de personas adultas, por lo tanto constituyen el eslabón más débil de los grupos delictivos; según los datos estadísticos del Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público, las infracciones cometidas por adolescentes a nivel nacional durante el 2010 ascendieron a 17,426 mientras que los delitos cometidos por adultos a 427,624.

Actualmente existe una discusión respecto a si, debe o no el menor infractor responder penalmente, tomando como punto de partida que el Derecho Penal nunca va a reemplazar a la familia, ni a la educación escolar, él solo va encargarse de sancionar.

No obstante, tenemos que en nuestra sociedad el comportamiento antisocial ha adquirido basta relevancia, habiéndose incrementado de manera muy alarmante los índices delincuenciales, especialmente en los

jóvenes; las estadísticas, nuestras cárceles e instituciones para menores infractores así lo evidencian.

Otra incógnita a resolver es: ¿Qué sucede con aquellas personas que realizan una conducta ilícita antes de los 14 años de edad? El legislador ha optado por la edad de los 14 años como un límite mínimo a partir del cual se comienza a exigir responsabilidad penal especial, entonces, aquellos que no alcancen dicha edad son considerados como absolutamente exentos de responsabilidad penal bajo la presunción *iuris et de iure* que debido a su grado de inmadurez carecen de capacidad para comprender el carácter ilícito de su conducta.

Es así que, debido a que los menores de 14 años se encuentran exentos de responsabilidad penal (inimputabilidad absoluta), no pueden ser juzgados ni privados de libertad bajo la sindicación de haber realizado un acto punible, por tanto, respecto de ellos se establece un procedimiento especial de naturaleza protectora, donde resultan aplicables únicamente las medidas de protección prevista en el artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes⁽⁹⁾.

En conclusión, el sistema de justicia penal juvenil y las medidas socioeducativas en nuestro país, están destinados exclusivamente a aquellos adolescentes que al momento de cometer la infracción a la ley penal cuenten con 14 años de edad como mínimo. Esta disposición se encuentran en consonancia con el artículo 40 numeral 3 literal c) de la Convención sobre los Derechos del Niño y la regla 4 de las Reglas de Beijing, que obligan a establecer una “edad mínima” para los menores acusados de haber cometido una infracción a la ley penal, en consecuencia, debajo de dicha edad se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual. Aun cuando dichos instrumentos no mencionan una edad mínima concreta a ese respecto,

(9) El artículo 242 del Código de los Niños y Adolescentes establece “al niño que comete infracción a la ley penal le corresponde las medidas de protección. El juez especializado podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas: a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa; b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social; c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y d) Atención Integral en un establecimiento de protección especial”.

internacionalmente se entiende como aceptable una edad no inferior a los 12 años. Es correcto establecer la edad mínima en una etapa no demasiado temprana, ya que el concepto de responsabilidad perdería todo sentido si se dispusiera en una edad donde el niño no pueda comprender las consecuencias de sus actos.

II. SITUACIÓN ACTUAL DEL TEMA MATERIA DE ANÁLISIS Y DOCTRINA COMPARADA

Actualmente tenemos la doctrina de la protección integral, la cual tiene como misión brindar a los niños y adolescentes una protección garantista, teniendo como eje central la condición que tienen como sujetos de derecho, incorporándolos de esta manera al mundo jurídico, reconociéndoles y garantizándoles sus derechos; esta doctrina la encontramos en el Título Preliminar del Código de Niños y Adolescentes⁽¹⁰⁾ (arts. II y IX), en el cual prima el Interés Superior del Niño.

Es por ese motivo, que debemos guardar uniformidad y tener una correcta aplicación de dicho principio, por ello al encontrarnos con menores infractores se deberá analizar la situación actual del menor durante el conflicto, es decir se determinará cuáles son los derechos del menor infractor que estarían siendo vulnerados, de esta manera se van a poder resguardar los mismos.

A nivel internacional, (art. 40) la Convención sobre los Derechos del Niño⁽¹¹⁾, define cuáles son los lineamientos a tomarse en cuenta con un adolescente infractor de la ley penal; lo cual, le garantiza ser tratado con respeto de su dignidad y valor, promovándose de esta manera el respeto por los derechos humanos; en este artículo se hace referencia al rol que deben tener los Estados parte de garantizar una adecuada situación jurídico penal para el menor infractor, lo cual va a implicar la aplicación del

(10) Código de los Niños, Niñas y Adolescentes
Artículo II del Título Preliminar.- El niño y adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. Deben cumplir las obligaciones consagradas en esta norma.

(11) Convención de los Derechos del Niño
Artículo 40.- Justicia y Menores, tienen derecho a defenderse con todas las garantías cuando los acusen de haber cometido un delito. Los jueces y abogados deberán ser especialmente cuidadosos cuando juzguen a personas menores de 18 años, y las leyes deben establecer una edad mínima antes de la cual no puedan ser juzgados como si fuesen personas adultas.

“Derecho Penal Mínimo”; el cual contiene una serie de reglas y mecanismos especiales, para hacer frente a los menores infractores, siendo el último recurso de estas reglas la aplicación de penas privativas de libertad, las cuales solo pueden ser aplicadas como último recurso en casos excepcionales.

Para el Derecho anglosajón, los menores de edad tienen un sistema de responsabilidad juvenil; sin embargo, para algunos estados de Estados Unidos aún se conservan la posibilidad de juzgar a los menores de edad como adultos en ciertas circunstancias; en Pennsylvania, por ejemplo, en los casos de homicidios, no existe un límite de edad desde el cual una persona puede ser llevada a la justicia ordinaria va depender del caso en concreto para saber si el menor es o no juzgado como un adulto.

La gran diferencia que se presenta con el Derecho Penal que se utiliza en la gran mayoría de países de Latinoamérica reside en que el derecho estadounidense viene desde el mismo fin de la pena; según las grandes firmas de abogados americanos, el objetivo principal del sistema de responsabilidad juvenil es rehabilitar y no el de castigar⁽¹²⁾. Los delinquentes juveniles (entre los 14 y los 18 años de edad) que cometen delitos graves como delitos sexuales, hurto con armas u homicidio son considerados adultos, en algunos estados, y solo se someten al sistema de responsabilidad juvenil si así lo decide el juez de la jurisdicción ordinaria⁽¹³⁾. Es decir, ya no van a la justicia ordinaria por vía excepcional.

Tenemos así, que el Código Penal de California establece que toda persona puede ser penalmente responsable, excepto los menores de 14 años cuando no exista prueba que demuestre que entendía la licitud del acto cometido⁽¹⁴⁾; exceptuando la propia ley la enfermedad mental debidamente probada. Resulta interesante ver como la posibilidad de juzgar a un menor bajo las normas penales para adultos depende del entendimiento del menor del ilícito que está cometiendo. Es decir, al menor se le analiza dependiendo del caso y no se predica un tratamiento especial

(12) <http://www.abanet.org/publiced/practical/criminal/juvenile_adult_differ.html>.

(13) <http://www.abanet.org/publiced/practical/criminal/juveniles_as_adults.html>.

(14) “All persons are capable of committing crimes except those belonging to the following classes: one children under the age of 14, in the absence of clear proof that at the time of committing the act charged against them, they knew its wrongfulness” California Penal Code, Section 26.

para cualquier evento en el que se vea involucrado en un delito. Mejor dicho, el menor de edad se juzgará como tal si su condición de menor en esa acción específica hace imposible la comprensión de la ilicitud en cuestión.

Esto difiere a la presunción del menor como inimputable que había en la legislación colombiana donde la condición de menor siempre acarrea un tratamiento especial. A su vez, esta concepción del derecho americano es también muy distinta al tratamiento del menor del Código Penal de 2000 (colombiano) pues no hay que buscar la comprensión de la ilicitud cometida ya que el menor será juzgado bajo un sistema especial sea cual sea el caso; sin embargo, la constante en el derecho americano es un límite de edad, en la mayoría de los estados a partir del cual se puede predicar responsabilidad penal. De allí en adelante, se evalúa al menor según el delito cometido y su actuación posterior para verificar si comprendía o no la licitud del acto que llevo a cabo. La Corte Suprema de Washington enumeró, en un caso donde un menor no fue juzgado en un delito sexual por su edad (11 años), siete factores que deben tenerse en cuenta al momento de decidir juzgar a un menor de edad como adulto, (1) el delito cometido, (2) la edad y madurez del menor, (3) si el menor mantuvo su acción en secreto, (4) si el menor le dijo a la víctima (si es el caso) que guarda silencio, (5) la existencia de acusaciones anteriores sobre acciones similares, (6) cualquier consecuencia demanda de aquella acción anterior y (7) el reconocimiento, por parte del menor, de la licitud y posible castigo de ese acto⁽¹⁵⁾.

Por lo tanto, si un menor que pretendía ser acusado como adulto podría presentar la ya aludida defensa de falta de capacidad por razón de edad (*infancy defense*); en Estados Unidos esta defensa se presenta durante un proceso penal como tal y no, contrario a Colombia o Perú, donde se aplica automáticamente al menor por el solo hecho de ser menor.

(15) “(1) the nature of the crime, (2) the child’s age and maturity, (3) whether the child evidenced a desire for secrecy, (4) whether the child told the victim (if any) not to tell, (5) prior conduct similar to that charged, (6) any consequences that attached to that prior conduct, and (7) whether the child had made an acknowledgment the behavior is wrong and could lead to detention” State vs. Ramer, Corte Suprema de Washington. Tomado de Washington State Criminal Justice Training Commission Law Enforcement Digest, 2004, p.16.

El sistema americano también contempla penas más graves como la pena de muerte y la prisión perpetua, ha habido desarrollos jurisprudenciales y argumentos muy interesantes para defender su constitucionalidad sobre ellas; respecto a la pena de muerte, totalmente prohibida por la constitución colombiana y la peruana, el sistema estadounidense aun la acepta en los estados que así lo decidan; acerca de la otra pena prohibida por nuestra constitución y aceptada en Estados Unidos es la cadena perpetua, hay un vacío por parte de la corte suprema de ese país. Hoy en día, hay, según Amnistía Internacional y Human Rights Watch, 2225 criminales sentenciados a cadena perpetua como menores de edad cumpliendo su sentencia en las cárceles de Estados Unidos.

Finalmente es preciso señalar que el sistema penal norteamericano está fundado en criterios muy diferentes al nuestro. En Colombia, por ejemplo, en el mandato legal es imposible declarar penalmente responsable a un menor de 14 años aún bajo el sistema de la responsabilidad penal juvenil y la privación de la libertad en centro especializado opera para personas entre 16 y 18 años (excepcionalmente para personas de 14 o 15 años). Y es claro que para nadie hay pena de muerte ni cadena perpetua por mando expreso de la propia Constitución. Es más, la falta de capacidad por razón de la edad no es una defensa ante la justicia ordinaria, es el fundamento mismo de un sistema penal especial para los menores de edad.

III. LAS DIFERENCIAS EXISTENTES ENTRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADOLESCENTES Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADULTOS

Explicamos en líneas anteriores que la doctrina de la protección integral tiene como uno de sus objetivos principales el diseño de un sistema de responsabilidad penal especializado para aquellas personas menores de 18 años que cometen hechos ilícitos, completamente distinto al sistema tutelar y al sistema penal de adultos, acorde con el esquema trazado por los artículos 37 y 40 de la Convención sobre Derechos del Niño.

Sin embargo, aun cuando los menores de edad se encuentran sometidos a una jurisdicción especializada hay que admitir que se trata de una responsabilidad penal, aunque atenuada respecto de los adultos, pero de

la misma naturaleza. Según Ornosa Fernández la exigencia de un proceso diferenciado respecto a los adultos “no es obstáculo que el proceso de infracción de la ley penal deba considerarse de carácter penal, por su propia naturaleza y aplicación de los principios, derechos y garantías previstos en el ordenamiento jurídico”⁽¹⁶⁾.

Ornosa señala que es aconsejable que el menor conozca que estamos ante una justicia penal que, con todas sus especialidades, le va exigir –en caso de acreditarse su participación en los hechos imputados– responder ante la sociedad por la infracción a la ley penal a través de una medida socioeducativa. Una afirmación en contrario podría suponer una forma encubierta de ocultar las consecuencias y sufrimientos reales, toda vez que no se puede diferenciar privaciones de libertad para adultos y privaciones de libertad para menores de edad; pese a que en el último caso se trate de una medida puramente educativa, sin reconocer su parte sancionadora, trae como consecuencia la relajación de los límites (que sí existen en el Derecho Penal de mayores) y la confusión del menor.

Al reconocer la naturaleza penal de este proceso le estamos imponiendo al sistema los límites y controles propios del ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho, en caso contrario, al no tener en claro esa naturaleza, la exigencia de derechos y garantías puede soslayarse, conforme se ha hecho en el pasado con la legislación tutelar. Sin embargo, no señalamos que sea adecuado tratar a los menores de edad de manera idéntica que a los adultos, pues el adolescente infractor es una persona que se encuentra en desarrollo y que aún no ha tenido tiempo para interiorizar a plenitud las normas que rigen la sociedad en que vive, por este motivo artículo 5.5. De la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la ineludible necesidad que los niños acusados de infringir leyes penales sean sometidos a un sistema especializado de justicia; lo cual no significa que los adolescentes infractores sean incapaces de discernir y que por lo tanto resulten irresponsables, sino que la reacción social frente a sus actos ilícitos no debe ser exclusivamente el castigo, sino que sobre todo se debe promover su real rehabilitación para cumplir un papel constructivo y productivo en la sociedad⁽¹⁷⁾.

(16) ORNOSA FERNÁNDEZ, María Rosario; Ob. cit., p. 99.

(17) UNICEF. “¿Qué es un sistema de justicia penal juvenil?” En: <www.unicef.org/argentina/.../que_es_el_sistema_penal_juvenil.pdf>.

Las diferencias entre el sistema de justicia penal para adultos y la justicia penal para adolescentes. En el último caso se enfatiza sobre todo la educación y reinserción social del infractor, se establecen alternativas de naturaleza desjudicializadora; flexibilización y posibilidad de modificar las medidas impuestas al menor; disposición de un amplio abanico de medidas socioeducativas de diferente intensidad y contenido, a efectos de seleccionar aquellas que satisfagan con mayor claridad el interés superior del niño, etc.; en el proceso penal especial seguido contra los adolescentes infractores se respetan las garantías procesales básicas que también resultan indispensables en un proceso criminal seguido contra adultos y, además, las que corresponden por su condición especial de menor de edad.

En todo caso, si procediéramos a juzgar y sancionar a los menores de 18 años de modo similar que a los adultos, haciéndolos responsables de delitos, susceptibles a la privación de libertad por largos periodos y a penas drásticas, también deberían estar facultados para ejercer plenamente sus derechos políticos como elegir a los gobernantes, participar en asuntos públicos mediante referéndum, iniciativa legislativa, rendición de cuentas, remoción o revocación de autoridades y, gozar de plena capacidad de ejercicio que les permita realizar diversos actos jurídicos relevantes tales como transferir o gravar inmuebles que se encuentren dentro de su esfera patrimonial, contraer matrimonio sin necesidad del asentimiento de sus padres, otorgar testamento, etc.; contrariamente sería legislar para perjudicar el estatus jurídico de los niños y adolescentes.

Consideramos también, que los adolescentes al ser juzgados y sancionados como adultos, lejos de conseguir un tratamiento de rehabilitación o reinserción adecuado conforme a su estado de desarrollo, se verán expuestos a circunstancias que son altamente perjudiciales para su desarrollo. Esto los hace vulnerables ante terceros que, por su calidad de adultos, pueden abusar de su superioridad; los delincuentes más experimentados potenciarían el perfil criminal de los adolescentes, quienes asimilarán las conductas indebidas y vicios propios de adultos dedicados a delinquir de modo que al quedar en libertad, habrán profundizado sus tendencias antisociales y criminales, representado un peligro mayor para la sociedad, pues el encierro a edades muy tempranas solo posterga el problema para luego restituirlo potenciado.

El problema de sobrepoblación carcelaria se intensificaría de aceptarse el ingreso de menores de edad al sistema penal para adultos, pues al ser internados en centros penitenciarios comunes indudablemente incrementarían las condiciones de hacinamiento y las repercusiones de la sobrepoblación se reflejaría en mayores actos de violencia (motines, reyertas), inseguridad, contagio de enfermedades y disminución de la cobertura de servicio básicos.

Asimismo, es de tomar en consideración que los adolescentes al ser juzgado y sancionados como adultos, lejos de conseguir un tratamiento de rehabilitación o reinserción adecuado conforme a su estado de desarrollo, se verán expuestos a condiciones inhumanas fomentadas por el hacinamiento y abuso de personas más fuertes, situaciones que inclusive han enfatizados por la corte Interamericana de Derechos Humanos en fundamento 175 del Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay, donde dejó constancia expresa de los citados peligros al mencionar que “(...) en diversas oportunidades algunos internos fueron trasladados como castigo o por necesidad del Instituto a las penitenciarías de adultos y compartían espacio físico con estos, situación que exponía a los niños a circunstancias que son altamente perjudiciales para su desarrollo y los hace vulnerables ante terceros que, por su calidad de adultos, pueden abusar de su superioridad” y en fundamento 136 del Caso Bulacio vs. Argentina indico “para salvaguardar los derechos de los niños detenidos, especialmente su derecho a la integridad personal, es indispensable que se los separe de los detenidos adultos. Y como lo establecería este tribunal, las personas encargadas de los centros de detención de niños infractores o procesados, deben estar debidamente capacitados para el desempeño de su contenido (...)”.

El artículo 8 de las Reglas de Beijing indica que “8.1 Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad. 8.2. en principio, no se publicará ninguna información que pueda dar a la individualización de un menor delincuente⁽¹⁸⁾”; la

(18) También la Opinión Consultiva OC-17/2002 indica que “Cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de estos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura”.

exclusión de la publicidad de juicio oral y confidencialidad respecto a la identidad del adolescente infractor a efectos de evitar estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura.

Otra diferencia radica en la intervención de los padres o responsables, conllevando que estos sean debidamente informados desde el inicio de las investigaciones respecto a la situación jurídica del adolescente; también en la inclusión de estudios psicosociales que orientan al juez a la hora de determinar la medida a imponer dentro del marco de la legalidad; asimismo en la incorporación de alternativas de naturaleza desjudicializadora, que sirven al interés superior del niño al reducir al mínimo la intervención penal y conceder autonomía al menor en el proceso en donde se responsabilizaría por la infracción cometida⁽¹⁹⁾.

CONCLUSIONES

1. El artículo 20 inciso 2 del Código Penal establece un criterio estrictamente cronológico (18 años de edad) a partir del cual el sujeto responde plenamente por sus actos delictivos a través del sistema penal común. Se dice que “la determinación de la mayoría de edad penal en los 18 años –plena aplicación del derecho penal de adultos– es sin duda una decisión de política criminal esencialmente fundamentada en la necesidad de una intervención especial, en la órbita de persecución, frente a los menores. El legislador considera un principio de privilegio para el agente, en cuanto asume que hasta ese momento la persona no ha alcanzado el grado de formación y madurez suficiente para hacerle aplicable en su integridad el sistema penal de adultos (...)”⁽²⁰⁾.
2. Del artículo 20 inciso 2 del Código Penal, concluimos que todos los menores de 18 años resultan absolutamente inimputables, sin embargo, debemos tener en cuenta que los adolescentes cuya edad oscila entre los 14 hasta antes de cumplir los 18 años,

(19) En el caso concreto, el Código de los Niños y Adolescentes prevé la posibilidad de prescindir del proceso en diferentes momentos mediante la remisión, asimismo, prevé la posibilidad de archivar los actuados cuando la infracción no revista gravedad y el adolescente hubiera obtenido el perdón del agraviado (Arts. 206 y 206 – A).

(20) PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Ob. cit., pp.10-11.

detentan responsabilidad penal especial de acuerdo a lo indicado por el artículo 184 del Código de los Niños y Adolescentes. Esto implica que los menores comprendidos en esta franja de edad son los destinatarios del sistema penal juvenil, en consecuencia, aun cuando no pueden ser procesados, juzgados o sancionados como adultos, si existe la posibilidad de someterlos a un proceso específico por infracción a la ley penal, donde de comprobarse su responsabilidad, se procederá a aplicar alguna de las medidas socio educativas reguladas en el artículo 217 del citado texto legal⁽²¹⁾, que comprende desde una simple amonestación hasta la privación de la libertad a través del internamiento en un centro juvenil⁽²²⁾.

3. El Código de Niños y Adolescentes establece que el sistema de responsabilidad penal para adolescentes tiene su ámbito de aplicación subjetiva para aquellas personas que se encuentran entre los 14 y los 18 años de edad al momento de realizar la conducta considerada delictiva, reconoce que estos les asiste capacidad de imputabilidad específica, condicionada y diferenciada en referencia al hecho cronológico de la edad y al propio desarrollo del proceso formativo del menor que a todas luces se observa inconcluso por partes de las ciencias del comportamiento, todo lo anterior fundamenta la no erradicación o exclusión de la responsabilidad penal sino una respuesta estatal especial y diversificada.
4. La capacidad de imputabilidad de una adolescente “no es exactamente igual y equivalente a la del adulto que ya ha culminado su ciclo formativo; una personalidad en evolución debe ofrecer variables de madurez y cierta tendencia a pesar de la influencia de terceros, externa o telúrica, realidad que no puede ser desconocida por el Derecho Penal, disciplina que admitiendo la imputabilidad, ha de aceptar que se trata de una capacidad específica y

(21) El artículo 217 del Código de los Niños y Adolescentes establece: “el juez podrá aplicar las medidas socioeducativas siguientes: a) Amonestación; b) Prestación de servicios a la comunidad; c) Libertad asistida; d) Libertad restringida; y e) Internación en establecimiento para tratamiento”.

(22) La medida socioeducativa de internación no puede superar los seis años cualquiera sea el ilícito materia de juzgamiento conforme a lo señalado por el artículo 235 del Código de los Niños y Adolescentes, o en todo caso, terminará compulsivamente al momento que el infractor cumpla los 21 años de edad según se indica en el artículo 239 del mismo texto legal.

peculiar, lo cual debe traer como consecuencia toda una serie de matrices, reflejados en la normatividad que se adopte⁽²³⁾".

5. Es indudable que la minoría de edad es la más vulnerable ante la desintegración familiar, el medio social hostil, la mala educación, influencia nociva de los medios de información, la pobreza, la ignorancia; no cabe duda, los menores infractores son víctimas en ocasiones de las acciones de los adultos.
6. Si queremos reducir o controlar la delincuencia en menores edad, se deberían practicar medidas preventivas en todos los ámbitos; brindar más apoyo a la educación, fortalecer campañas de sensibilización ante la violencia familiar, establecer programas de atención a los niños de la calle, brindar apoyo de salud física y mental a niños que hayan sufrido abusos en el seno familiar; ya que, como se evidencia a nivel estadístico, son aquellos menores provenientes de hogares disfuncionales, donde hubo violencia, abusos y exceso, que originaron al menor infractor en la gran mayoría de casos.

BIBLIOGRAFÍA

- AMERICAN BAR ASSOCIATION. When juveniles are tried as adults. <http://www.abanet.org/publiced/practical/criminal/juveniles_as_adults.html>.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION. How do juvenile proceedings differ from adult criminal proceedings. <http://www.abanet.org/publiced/practical/criminal/juvenile_adult_differ.html>.
- CALIFORNIA PENAL CODE. <<http://law.justia.com/california/codes/pen/25-29.html>>.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Caso Thompson vs. Oklahoma, 1988.

(23) PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Ob. cit., p.33

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Caso Stanford vs. Kentucky, 1989.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. Caso Roper vs. Simmons. 2005.
- Corte Suprema de Washington. State vs. Ramer. Tomado de “Washington State Criminal Justice Training Commission Law Enforcement Digest”, 2004.
- CHUNGA LAMONJA, Fermín. *El adolescente infractor a la ley penal*. Grijley, Lima, 2007.
- HALL GARCÍA, Ana Paola. *La responsabilidad penal del menor. Con especial referencia a sus presupuestos y modelos de justicia de menores*. Ediciones Jurídicas, Bogotá, 2004, p.217.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe “Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas”.
- INFORME DEFENSORIAL N°157-2012/DP (2012)
- INFORME DEFENSORIAL N°123 (2007)
- PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. *Comentarios al nuevo sistema de responsabilidad penal para adolescentes*. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2007.

Valoración jurídico-penal de la minoría de edad en el uso de las TIC

Erick GUIMARAY MORI^(*)

INTRODUCCIÓN

El concepto de culpabilidad tiene más importancia de la que se le predica desde la dogmática (o estudio de las normas); tiene que ver mucho más que con exquisiteces intelectuales o bizantinas, con posturas de estructura social, de comprensión y valoración de nuestra sociedad (y no de otras), de sus parámetros y herramientas que posibilitan, formal o informalmente, su desarrollo, estabilidad o retroceso. Cuando el concepto de culpabilidad se construye sin dar la espalda a la realidad, es decir, sin cegarse en suposiciones normativas, la atribución de responsabilidad penal se torna más razonable y humana, más igualitaria y en tanto ello más legítima. Así, estudiar el concepto de culpabilidad también es una cuestión de Política-Criminal, y en tanto ello, debería presuponer alguna valoración criminológica.

El estudio al que se hizo referencia amerita mucho más esfuerzo, rigurosidad y espacio, que con el que cuenta este sencillo aporte. Sin embargo, sí es posible centrar la atención en un punto importante de la discusión: la edad como fundamento de culpabilidad y su valoración jurídico-penal.

El artículo 20 del Código Penal peruano (CP) puede ser leído como un compendio donde el legislador registró los principales fundamentos o

(*) Profesor del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Sistema Penal, Criminalidad y Políticas de Seguridad por la Universidad de Cádiz. (España) Abogado por la PUCP. Coordinador del Área Penal del IDEHPUCP.

requisitos que legitiman la atribución de responsabilidad en el esquema de un Estado constitucional de Derecho. Si bien es cierto que se trata de una definición en negativo, el artículo 20 del CP menciona muchas de las ideas que explican los fundamentos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad en la Teoría del Delito. Dicho de otro modo, no obstante se le rotule como “supuestos de inimputabilidad”, en el artículo 20 del CP se toma postura sobre criterios rectores de responsabilidad penal. Así, al margen de las posturas dogmáticas y doctrinales que más o menos nos convenzan, lo cierto es que si nos desprendemos de rótulos y nomenclaturas previamente adquiridos podremos encontrar en el artículo 20 del CP los requisitos mínimos que hacen razonable el cuándo y por qué resulta legítimo atribuir responsabilidad penal a un sujeto.

La mayoría de edad como fundamento de atribución de responsabilidad y, al mismo tiempo, como criterio de atenuación, descansa en la suposición de un suficiente, pero incipiente proceso de sociabilización del sujeto de cara a su capacidad de responder penalmente por sus actos. Complicada valoración que puede uniformizarse tomando en cuenta el uso delictivo de las TIC llevado a cabo por “nativos digitales”. Las tecnologías de la información y comunicación son una herramienta indispensable en el proceso de aprendizaje, en particular, y de sociabilización en general, en los nativos digitales a tal punto que cumplida la mayoría de edad y en el marco del uso delictivo de las TIC, la prudencial reducción de la pena en razón de su incipiente proceso de sociabilización podría no tener sustento.

A desarrollar este planteamiento le dedican su esfuerzo las líneas que siguen, con el ambicioso objetivo que el lector advierta una mínima relación lógica y razonable en la exposición.

I. CULPABILIDAD COMO PRINCIPIO Y COMO CATEGORÍA DE LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO

La regulación penal –su eficiencia– parte del presupuesto de que sus normas se dirigen a personas que pueden motivar sus comportamientos en orden de evitar la comisión de delitos. Por tanto, la norma penal solo puede incidir sobre personas libres y, por ende, responsables. Para decirlo en otros términos:

“Para que el Derecho Penal **pueda** desear la evitación de un hecho y considerarlo antijurídico, es preciso que se trate de una conducta **evitable mediante la motivación normativa**. Un derecho preventivo no puede desvalorar lo que no se puede evitar. La ‘valoración’ de la antijuricidad presupone ya la posibilidad de ‘determinación’ del sujeto. El comportamiento no evitable por la motivación normativa no será tampoco evitable por la amenaza penal, y no podrá desplegarse respecto de él la función de prevención que justifica la normal penal en el Estado social”⁽¹⁾.

En efecto, la capacidad de imputación (atribución normativa de un hecho a una persona⁽²⁾) es lo que funda la efectividad de las normas penales, desde que estas buscan determinada situación jurídica, positivamente deseable. Y es que “(...) las normas son válidas en su contenido si cada afectado puede comprenderlas”⁽³⁾. Desde esta perspectiva el fin preventivo de la norma penal se condice con el concepto de culpabilidad, donde se analiza si el sujeto está en capacidad de responder penalmente por el hecho realizado. La principal pregunta que el juzgador debe realizarse en cuanto a la culpabilidad del procesado será si él estaba en la situación de reconocer el carácter reprochable de su conducta y de determinarse por esa comprensión⁽⁴⁾.

El concepto de culpabilidad como categoría de la Teoría General del Delito tiene tres niveles de análisis:⁽⁵⁾ i) la imputabilidad; ii) el conocimiento de la ilicitud; y, iii) la exigibilidad de otra conducta. Así, que el sujeto sea imputable supone que está en capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta y comportarse de acuerdo a dicha comprensión. También, habrá que indagar si en el caso concreto el sujeto

(1) MIR PUIG, Santiago. *Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derechos*. Bosch, Barcelona, 1982, p. 47.

(2) “La consecuencia de una imputación penal consiste siempre en la comprobación de que al autor se puede hacer un reproche por su hecho, y no uno cualquiera, sino un reproche jurídicamente determinado”. MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal Parte General*. B de F, Buenos Aires, 2007, p. 251.

(3) KINDHÄUSER, Urs. “La Fidelidad al Derecho como Categoría de la Culpabilidad”. Percy García Caveró (traducción). En: Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig. *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Mc Graw-Hill, Madrid, 1999, p. 207.

(4) MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal Parte General*. Ob. cit., p. 255.

(5) Entre otros, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Segunda edición. Aranzadi, Navarra, 2000, p. 399 y ss. Choclán Montalvo y Calderón Cerezo. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Segunda edición. Barcelona, 2001, p. 227 y ss.

conocía el carácter penal, y por ende punible, de su conducta. El conocimiento de la antijuricidad es un presupuesto de culpabilidad y un elemento vital en la moderna individualización de la culpabilidad⁽⁶⁾. Por último, deberá comprobarse que el sujeto no se encontraba sometido a una situación de riesgo propio que impida formularle el juicio de reproche por el comportamiento realizado.

Sin embargo, cada elemento o nivel de análisis del concepto de culpabilidad tiene un denominador común: la exigibilidad⁽⁷⁾. Pues solo al imputable podrá exigírsele que responda por el hecho típico realizado. De igual forma, el reproche penal pesará sobre quien, como mínimo, se le exigía conocer la ilicitud de su acto. Y solo podrá responder penalmente quien, en el caso concreto, se le exigía actuar conforme a derecho (y no de otra forma). Para decirlo en palabras de Fernando Velásquez⁽⁸⁾:

“La culpabilidad o responsabilidad plena (...) como categoría sistemática puede entenderse como el juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa al agente la realización de un injusto penal pues, dadas las condiciones de orden personal y social imperantes en el medio donde actúa, se encontraba en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requerimientos del orden jurídico y no lo hizo habiendo podido llevarlo a cabo. Se trata de un juicio de carácter eminentemente normativo fundado en la exigibilidad, idea que preside toda la concepción de culpabilidad y en virtud de la cual al agente debe responder por su comportamiento (...).”

El llamado **principio de culpabilidad** regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal tiene⁽⁹⁾, por lo menos, tres

(6) CÓRDOBA RODA, Juan. *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*. Segunda edición. B de F, Buenos Aires, 2013, p. 63.

(7) Sobre la exigibilidad como presupuesto transversal en la teoría del delito, véase DE LA COSTA AGUADO, Paz M. *Culpabilidad, exigibilidad y razones para la exculpación*. Dykinson, Madrid, 2003, pp. 215-245.

(8) VELÁSQUEZ, Fernando. “La culpabilidad y el principio de culpabilidad”. En: *Revista de Derecho y Ciencias Penales*. Volumen 50, Lima, 1993, p. 295.

(9) Aunque el Código Penal habla de “responsabilidad” se entiende que en verdad hace referencia al concepto de culpabilidad. El cambio de término se debe a una asociación entre el empleo del concepto de culpabilidad y tesis retributivas de la pena. Ver en: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Grijley, Lima, 2009, p. 110.

manifestaciones: 1. Proscribe la responsabilidad objetiva: solo son sancionados los comportamientos que el ordenamiento jurídico exige evitar (dolo o culpa), los hechos fortuitos no tienen relevancia penal; 2. Proscribe la responsabilidad por hechos ajenos y no controlados: no existe capacidad de motivación sobre aquellas conductas ajenas e incontrolables. De hecho, uno de los principales cometidos del principio de culpabilidad es el de evitar que el Estado en aras de fines de protección preventiva de bienes jurídicos llegue a castigar hechos que el agente no podía evitar, es la crítica que existe, por ejemplo, respecto de los delitos cualificados por el resultado⁽¹⁰⁾; y, 3. El principio de culpabilidad legitima o presupone la imposición de una pena, y es que la sanción penal solo cabe ser aplicada sobre un sujeto capaz de entender las reglas básicas de convivencia y de entender también que las ha infringido. Es más, no es cierto que la pena deba ser proporcional a la culpabilidad del autor, en todo caso, la culpabilidad ha de ser tan grande como el injusto propio del autor, y en caso de culpabilidad aminorada (art. 22 del CP) más pequeña que la cantidad del injusto⁽¹¹⁾.

El concepto de culpabilidad es uno negativo: no hay aplicación de pena sin culpabilidad⁽¹²⁾. Sin embargo, no es posible afirmar con igual categoría que una vez constatada la culpabilidad debe aplicarse una pena, pues, entre otros argumentos, la aplicación de una pena se determina más por criterios de necesidad que de merecimiento. Por ejemplo, el padre que imprudentemente mata a su hijo al retroceder con su camioneta es culpable del delito de homicidio culposo, pero a nadie se le ocurre que una sanción penal sea necesaria en el caso concreto, ya que bastante “castigo” produjo su negligencia.

La norma penal contiene un sistema de comunicación social⁽¹³⁾, pues sus destinatarios se reconocen entre sí capacidad de imputación mutua, o lo que es lo mismo, capacidad de responder por las consecuencias que

(10) DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Culpabilidad y fines de la Pena*. Grijley, Lima, 2008, p. 50.

(11) *Ibidem*, p. 66.

(12) BURKHARDT, Björn. “La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal”. En: Burkhardt, Björn, Klaus Günther y Günther Jakobs. *El problema de la libertad de acción en el Derecho Penal*. Rafael Alcácer Guirao y Bernardo Feijoo Sánchez (Traducción). Buenos Aires, AD-HOC, 2007, p. 40.

(13) BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Trotta, Madrid, 1997, p. 48.

genere el no respetar las normas de convivencia pacífica acordadas. Siendo esto así, es lógico concluir que el comportamiento culpable tiene un sentido atribuido: el de discrepar o no respetar el acuerdo del sistema de comunicación. La comisión culpable de un delito significa “infidelidad al derecho”. En palabras de Kindhäuser⁽¹⁴⁾:

“La infracción de la norma –el abandono ilegal del propio ámbito libre comunicativo– lesiona exactamente la autonomía comunicativa de los demás en dos sentidos distintos. En uno, la obediencia de la norma por parte de todos es condición necesaria para la aceptabilidad de la norma (...). En otro, la infracción de la norma lesiona la posibilidad de que los afectados por dicha infracción acepten el comportamiento en cuestión (...). La infracción de la norma niega, por tanto, la integración social realizable sin violencia a través de la comprensión comunicativa leal”.

II. PRINCIPIOS BÁSICOS DE DERECHO PENAL PRESENTES EN EL ARTÍCULO 20 DEL CP

De acuerdo al Título Preliminar del CP (art. I), al ordenamiento penal le interesa prevenir delitos y faltas; esta es la forma como el Derecho Penal contribuye con la consigna del artículo 1 de la Constitución peruana, donde se estipula que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. El instrumento del que se vale el Derecho Penal para cumplir sus fines constitucionales es la propia norma penal. Que no es otra cosa que un mecanismo de asignación justa de libertades. Es decir, cada norma penal comunica un espacio de libertad jurídicamente garantizado, de forma tal que todo delito siempre significará la extralimitación del ejercicio de libertad reconocido por el Estado a los ciudadanos. Se trata en definitiva de reducir espacios de libertad, para garantizar otros imprescindibles que permitan el libre desarrollo del individuo y su participación en sociedad: objetivos

(14) KINDHÄUSER, Urs. *La Fidelidad al derecho*. Ob. cit., p. 206. KINDHÄUSER, Urs. *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Claudia López Díaz (traducción). Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 1996, p. 53. En el mismo sentido: MAÑALICH, Juan Pablo. “Pena y ciudadanía”. En: Kindhäuser, Urs y Juan Pablo Mañalich. *Pena y Culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. B de F, Buenos Aires, 2011, p. 116 y ss.

que se extraen de lo redactado en el primer artículo de nuestra máxima norma.

Ajustar los parámetros del ordenamiento penal desde los valores y principios propios del modelo constitucional de organización social permite explicar cada uno de los preceptos del artículo 20 como formas de entender y atender la razonabilidad de atribución de responsabilidad penal dentro de un Estado constitucional de Derecho. Si bien es cierto el legislador ha descrito negativamente situaciones y características que pueden fundamentar la exculpación,⁽¹⁵⁾ justamente de esa fundamentación es que se extraen las ideas y fundamentos principales de atribución de responsabilidad penal razonable.

Uno de ellos, el más importante, es el proceso de sociabilización del individuo como criterio rector de culpabilidad. Se trata de una decisión político-criminal que atiende a la ideal proporción que debería existir entre “edad del sujeto” y “contacto con las principales normas sociales”. A partir de esta suposición, el ordenamiento jurídico-penal entiende que a determinada edad (18 años) las personas cumplen un proceso de sociabilización suficiente como para vincularse, además de las normas sociales, por normas jurídicas que prohíben conductas y sancionan su comisión. Entonces, a partir de la mayoría de edad el sujeto está en capacidad de comprender el proceso de selección o poder definitorio de la sociedad que decide y selecciona los comportamientos desviados que por su importancia y el conflicto social que plantean han de controlarse recurriendo a la pena como elemento disuasivo y de sanción⁽¹⁶⁾.

Sin embargo, tanto se trata de una suposición, que el propio ordenamiento estipula la reducción prudencial de la pena cuando se trate de personas imputadas entre 18 y 21 años, y mayores de 65 (art. 22 CP). El fundamento es, por un lado, la incipiente sociabilización, y del otro, la disminuida renovación cotidiana o constante en el proceso de

(15) TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Sistema Penal y Estado de derecho. Ensayos de Derecho Penal*. ARA, Lima, 2010, p. 199. En el mismo sentido, HASSEMER, Winfried. ¿Alternativa al principio de culpabilidad? Francisco Muñoz Conde (Traducción). En: <<http://www.juareztares.com/>>. Página web revisada el 5 de setiembre de 2014.

(16) ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal*. Universidad de Granada, Granada, 1990, p. 39.

socialización, algo que puede deberse a muchos factores (problemas de salud, pérdida de estabilidad emocional para interactuar con el resto, etc.) o simplemente no deberse a ningún factor, pues al fin y al cabo se trata de una elección arbitraria hecha norma.

La importancia del proceso de sociabilización se encuentra presente como fundamento para eximir de responsabilidad penal a un sujeto en los preceptos 20.1 y 20.2 del CP.

“Artículo 20.1.- Quien tiene afectado el concepto de la realidad, incapaz de comprender el carácter delictuoso de su conducta o no puede determinarse de acuerdo a dicha comprensión es, en términos penales, un sujeto del que no se puede exigir adecuar su comportamiento a los parámetros de lo estrictamente reconocido, por ende, no puede estar en condiciones de transgredir los límites del ejercicio razonable de su libertad. Si esto es así, el inimputable del artículo 20.1 CP no debería soportar ningún tipo de sanción penal, no porque sea superior o inferior al resto de personas, sino porque no participa del dinamismo en el que la norma penal comunica y exige una serie de deberes. Cuando el legislador habla de anomalías psíquicas, graves alteraciones de la conciencia o alteraciones de percepción no indica que debemos reconducir la discusión a diagnósticos médicos o psiquiátricos, sino que se trata de una ‘(..) decisión normativa, en la que, junto a decisiones de igualdad, humanidad, resocialización o proporcionalidad, influyen las necesidades preventivas vigentes en un contexto determinado y limitadas por el principio de intervención”.

El elemento fundamental de atribución de responsabilidad penal que aquí importa será el proceso de sociabilización de las personas, el que debido a una serie de alteraciones o deficiencias (que no necesariamente deben calificarse como enfermedad mental) puede reconducirnos a un supuesto de inimputabilidad, cuando en el caso concreto incide en la representación de la realidad que le interesa al Derecho Penal⁽¹⁷⁾.

(17) TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Sistema Penal y Estado de derecho. Ensayos de Derecho Penal*. Ob. cit., p. 201.

“Artículo 20.2.- Si el concepto de riesgo, permitido y prohibido, es algo que se adquiere de la acumulación objetiva y subjetiva de experiencia social⁽¹⁸⁾ parece lógico que se fije una edad promedio donde el propio sistema de interacción social garantice, en cierta medida, la capacidad suficiente en un individuo de comprender mínimas reglas de convivencia social pacíficas, pues desde ellas, el ordenamiento penal extraerá la certidumbre de poderle exigir, ahora, reglas jurídico-penales orientadas a la prevención de delitos y faltas”.

Resulta sumamente importante estar conscientes de que es un proceso arbitrario el hecho de fijar una edad en la cual a una persona se le pueda exigir el cumplimiento de la asignación justa de libertades que la norma penal comunica. Como también resulta imprescindible entender que si se trata de un proceso de contacto social o de sociabilización, existirán espacios dentro de la sociedad que por su misma naturaleza aseguren un contacto suficiente como para imputar responsabilidad de forma completa, aunque el CP mencione que en razón de la edad sería oportuna la reducción prudencial de la pena en el imputado, basándose también en una suposición que responde a valoraciones sociales determinadas.

III. LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC): APUNTES GENERALES

El uso de la tecnología para fines de información y comunicación supone aprovechar de forma práctica el conocimiento científico en aras de un ejercicio más eficiente y provechoso de los derechos mencionados. Por ello, las tecnologías de la información y la comunicación (= TIC) son concebidas como instrumentos o herramientas de desarrollo social⁽¹⁹⁾, pues marcan el proceso de incorporación de las comunidades en la sociedad digital⁽²⁰⁾. Esto repercute en un avance significativo en la adquisición

(18) JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Manuel Cancio Meliá (traducción), Colección de Estudios N° 1, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 49.

(19) ANDRADE, Jesús Alberto y María CAMPO-REDONDO. “Apropiación Social de Las Tecnologías de Información”. En: *QUÓRUM ACADÉMICO (versión impresa)*, Vol. 9, N° 1, enero-julio 2012. Venezuela: Universidad de Zulia 2012, p. 59.

(20) CARDONA MADARIAGA, Diego Fernando. *Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC– En relación Administración Pública - Ciudadano, Caso: Colombia y Perú*. Colección de Textos de Administración, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009, p. 27.

y difusión del conocimiento, convirtiendo a la sociedad cada vez más interactiva, rica en información e interconectada, pero también más informal e incierta⁽²¹⁾.

Los derechos aludidos, y potenciados en su ejercicio por la tecnología, son vitales respecto de los fines sociales que un Estado social y democrático de Derecho busca. Que un sujeto cuente con los medios y las garantías necesarias para recibir y difundir información, así como para expresar libremente sus ideas y convicciones no solo es parte del libre desarrollo de su personalidad, sino que propicia un sistema de convivencia social en libertad e igualdad, pues se parte de que todas y cada una de las formas de pensamiento son igual de respetables en una sociedad exenta de imposiciones y prohibiciones arbitrarias, propias de regímenes totalitarios,⁽²²⁾ donde no solo se sancionan las conductas, sino la discrepancia política e ideológica. Si esto es así, se podrá hablar de una sociedad justa, en cuanto a la igualdad de oportunidades en el sistema de participación ciudadana.

Los derechos a la libertad de expresión e información se constituyen como condición necesaria en una sociedad democrática, además, porque inciden de forma directa en la formación de opinión⁽²³⁾, instrumento indispensable que permite el ejercicio de las libertades públicas⁽²⁴⁾, la existencia del pluralismo político y el control político “de los poderes públicos”⁽²⁵⁾.

El actual estado de evolución y desarrollo social permite afirmar que nos encontramos en lo que se denomina una “Sociedad del Conocimiento”⁽²⁶⁾, cuyas características principales son la globalidad (tras-

(21) CARDONA MADARIAGA, Diego Fernando. *Las Tecnologías de la información*. Ob. cit., p. 55.

(22) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y Desafíos del Derecho Penal de Hoy*. IUSTEL, Madrid, 2012, pp.78-83.

(23) ROMEO CASABONA, Carlos María. *Poder Informático y seguridad jurídica*. Fundesco, Madrid, 1987, p. 25.

(24) COTINO HUESO, Lorenzo. “Derecho, Libertades y democracia en Internet. Una Aproximación Jurídica”. En: *La Sociedad de la Información en Iberoamérica. Estudio multidisciplinar*. Wilma Arellano Toledo (Coordinadora). INFOTEC Fondo de Información y Documentación para la Industria, México, 2012, p. 22.

(25) BATISTA GONZÁLEZ, María Paz. *Medios de Comunicación y Responsabilidad Penal*. Dykinson, Madrid, 1998, p. 13.

(26) AMAR RODRÍGUEZ, Víctor Manuel. *Tecnologías de la Información y la Comunicación, Sociedad y Educación, Sociedad, e-herramientas, profesorado y alumnado*. Telbar, Madrid, 2008, p. 26.

ciende fronteras geográficas y políticas), la información (factor productivo principal, se habla incluso de una “sociedad de la información”⁽²⁷⁾) y la interconexión⁽²⁸⁾. La producción del conocimiento económicamente útil a los fines de desarrollo social, monetario y tecnológico es algo impostergradable en la sociedad actual⁽²⁹⁾. De ahí que se afirme que nos encontramos en la “segunda revolución industrial”, donde el intelecto del hombre es reemplazado por la máquina⁽³⁰⁾.

Consecuencia inmediata del desarrollo y extensión de las tecnologías de la información y la comunicación es la formación de una “Cibercultura” definida como el colectivo de personas que utilizan internet (red informática mundial descentralizada⁽³¹⁾) como principal espacio para la información y la comunicación⁽³²⁾. Con lo cual habrá que distinguir el “ciberespacio”, que es el lugar donde las personas interactúan, del instrumento que se utiliza para dicha actividad: Internet⁽³³⁾, que puede definirse como el circuito de señales electrónicas que contienen información codificada, almacenada e intercambiable⁽³⁴⁾.

Las TIC, en general, e Internet como red global, en particular, significan la creación de un lugar de comunicación social, transnacional, universal y en permanente evolución tecnológica llamado “Ciberespacio”⁽³⁵⁾ caracterizado principalmente por la transnacionalidad y descentralización del intercambio de información, que se refleja en una concepción del tiempo y el espacio distinta a la mera relación física entre interlocutores. Asimismo, en muchas ocasiones, la expresión de pensamiento, la dación

(27) ROVIRA DEL CANTO, Enrique. *Delincuencia Informática y fraudes informáticos*. Comares, Granada, 2002, p. 16. Meneses Rocha, María Elena. “El circuito de la cultura en la Sociedad de la información: el caso del ACTA y otras leyes reactivas ante el escenario digital”. En: *La Sociedad de la Información en Iberoamérica. Estudio multidisciplinar*. Wilma Arellano Toledo. (Coordinadora). México: INFO-TEC Fondo de Información y Documentación para la Industria, 2012, pp. 179.

(28) CARDONA MADARIAGA, Ob. cit., p. 54.

(29) ROVIRA DEL CANTO, Ob. cit., pp. 13 / 20.

(30) *Ibidem*, p. 15.

(31) COTINO HUESO, Lorenzo. Ob. cit., p. 19.

(32) AMAR RODRÍGUEZ, Ob. cit., pp. 79-83.

(33) *Ibidem*, p. 80.

(34) MIRÓ LLINARES, Fernando. “La Oportunidad Criminal en el Ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 13-07, 2011, p. 6.

(35) ROVIRA DEL CANTO, Ob. cit., p. 22. Miró Llinares, Ob. cit., p. 4.

de información y la recepción de la misma, pueden ser totalmente anónimas y los mecanismos por las que se lleven a cabo suelen estar en constante desarrollo⁽³⁶⁾.

Los avances tecnológicos tendentes a reforzar la capacidad de memoria, información y comunicación (informática) tienen como mayor virtud la inmediatez en la difusión de datos relevantes para una serie de gestiones económicas, políticas o sociales. Por ello, no cabe duda de que cada vez sean más las personas que se suman a esta revolución informática, trasladando sus usuales medios de comunicación a los nuevos mecanismos que los circuitos electrónicos ofrecen, pues la característica principal de este fenómeno es su popularización y generalización. Por ejemplo, si la aparición del teléfono revolucionó las comunicaciones, hoy en día los conocidos *Smartphone* incorporan una serie de aplicaciones derivadas de su sistema operativo que permiten más que la simple conversación telefónica, agregando a ello, la conversación visual o videollamada (*Skype*); la conversación inmediata (*chat*) –con mínimas exigencias ortográficas por cierto– (*WhatsApp*); el control de los correos electrónicos; gestiones bancarias; compraventa; e incluso revisar el estado del tiempo. Muchas de estas aplicaciones son obtenidas desde el propio sistema virtual de internet, sin que medie ningún contrato previo con el operador de telefonía que suministró el equipo celular y que otorga la simple línea de teléfono.

Si el contenido informativo que ofrece Internet es global⁽³⁷⁾, también lo es la oportunidad de transmitir información y opiniones. Existen muchas *websites* que permiten la creación de una cuenta electrónica donde el usuario puede descargar fotos y videos acerca de su propia vida privada, compartiendo esa información con otras personas ligadas a la misma red, el ejemplo más conocido de este circuito de relaciones es el *Facebook*. Dicho de otra forma, hoy en día los usuarios interactúan con otros, aportando y modificando contenidos, así, más que consumidores son lo que en lenguaje informático se suele definir como *prosumers*⁽³⁸⁾.

(36) MIRÓ LLINARES, Ob. cit, p. 10 y ss.

(37) TABARELLI FATIS, Stefania. “La controvertida regulación jurídica penal de la difamación a través de internet”. En: *Contenidos Ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*. Fermín Morales Prats y Óscar Morales García (Coordinadores), Aranzadi, Navarra, 2002, p. 66.

(38) COTINO HUESO, Ob. cit., p. 20.

Con el uso de la tecnología, la oportunidad de comunicar adquiere medidas insospechables de cobertura y difusión, haciendo, por lógica, cada vez más difícil su control y administración, por ello cada vez más se exige cautela en las actividades del internauta,⁽³⁹⁾ instándole a proteger la información que desea compartir, previéndole de posibles daños contra su computador al realizar algún tipo de descargas⁽⁴⁰⁾ o simplemente recordándole algo que tiene muy en claro:⁽⁴¹⁾ las consecuencias negativas de cara a su privacidad o intimidad⁽⁴²⁾ que un sistema de comunicación altamente popularizado y cambiante puede ocasionar. No obstante, la tecnología no siempre es un riesgo, incluso, en algunos casos, puede llevar a ser garante de derechos, como por ejemplo las *Privacy Enhancing Technologies* (PETS)⁽⁴³⁾.

La atención que el Derecho Penal le ofrece al uso de las TIC tiene que ver con sus características innatas que las convierten en un instrumento altamente idóneo⁽⁴⁴⁾ de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos: universalidad; distanciamiento espacio/temporal entre víctima y agente; posibilidad de repetición y automatismo en el ataque contra bienes jurídicos; y, constante sofisticación de sus métodos. Dicho de otro modo, son estas cualidades las que definen el riesgo típico del uso de las TIC, definido de forma *ex ante* desde el propio dinamismo del desarrollo informático en las comunicaciones.

Desarrollo informático o tecnológico que hoy en día es para muchas personas el nuevo escenario de sociabilización, es decir, un espacio donde las principales normas sociales van a ser valoradas o interpretadas desde las propias reglas informáticas de adquisición de información y formas de comunicación. Este dato, como forma de contacto social, tendrá que ser analizado al momento de realizar un juicio de culpabilidad.

(39) MIRÓ LLINARES, Ob. cit., pp. 44-45. CETINA PRESUEL, Rodrigo. "Garantías a la Libertad de Expresión en las redes Sociales en España y el caso de Facebook". En: *La Sociedad de la Información en Iberoamérica. Estudio multidisciplinar*. Wilma Arellano Toledo (Coordinadora). INFOTEC Fondo de Información y Documentación para la Industria, México, 2012, p. 218.

(40) MIRÓ LLINARES. Ob. cit., p. 24.

(41) *Ibidem*, p. 35.

(42) ROMEO CASABONA. Ob. cit., p. 28.

(43) ROIG, Antoni. *Derechos Fundamentales y Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones*. 2 Cuadernos de Derecho Constitucional. BOSCH, Barcelona, 2010, pp. 67-68.

(44) ROVIRA DEL CANTO. Ob. cit., p. 76.

IV. RESTRICCIÓN DE CULPABILIDAD POR EDAD Y USO DE LAS TIC

El artículo 22 del CP menciona lo siguiente: “podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años (...) salvo que haya incurrido de forma reiterada en los delitos previstos en los artículos 111, tercer párrafo, y 124, cuarto párrafo”.

Se sabe que para el ordenamiento jurídico-penal una persona que cumpla 18 años de vida está en plenas condiciones para vincularse y determinarse en sociedad, tomando en cuenta la selección de conductas que al Estado le interesa prevenir para mantener un sistema social pacífico. Se parte de que las personas con mayoría de edad entienden cómo resuelve el Derecho el conflicto entre ejercicio de libertad personal y la protección de bienes jurídicos. Esta afirmación nada tiene que ver con la presunción de que las personas conozcan los fundamentos filosóficos del conflicto social en materia penal. De lo que se trata es de explicitar que detrás del precepto 20.2 de CP existe una serie de preconcepciones que el Estado asume de forma arbitraria por cuestiones meramente funcionales, principalmente, que sus normas obtengan cuanto antes (o cuanto más tarde, depende de cómo queramos ver el tema) destinatarios habilitados para así poner en práctica las reglas de convivencia pacífica. Probablemente pocos entendamos qué subyace a una prohibición penal, pero gracias a la experiencia social (que tiene normas de conducta y de sanción) todos sabemos que la vida o la propiedad ajena son “cuestiones” que hay que respetar. Sin embargo, así incluso no lo sepamos, al ordenamiento jurídico le importará más si estuvimos en capacidad de entender las reglas de juego, que si efectivamente las conocimos e interiorizamos o aceptamos.

Nótese, además, que el *quantum* de pena a imponer tendrá que ser menor cuando el proceso de aprehensión del carácter antijurídico de la conducta tuvo obstáculos razonables, no cuando en un proceso normal el sujeto no conoció la lesividad de su conducta. Esto es así porque el punto central en esta discusión es la “exigibilidad” como instrumento de atribución de responsabilidad jurídica, con lo cual, el conocido “error de prohibición invencible”, por ser un supuesto de inexigibilidad de responsabilidad ni siquiera califica como “error”: simplemente es un supuesto irrelevante para el Derecho Penal.

El ordenamiento jurídico le reconoce al juez discrecionalidad (“Podrá reducirse”) para disminuir prudencialmente a quien se encuentre entre los dieciocho y veintiún años, en razón de la falibilidad de la presunción de sociabilización antes desarrollada. Aunque el término “reducir prudencialmente la pena” es poco feliz se refiere a que el juez tendrá que motivar razonablemente la disminución de pena. Y si esto es así, y siendo que el fundamento de exigibilidad de responsabilidad penal en razón de la edad tiene que ver con el proceso de sociabilización del agente, el juez tendrá que considerar las condiciones o circunstancias de dicha sociabilización respecto del delito cometido.

Se mencionó *supra* que las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) son concebidas como instrumentos o herramientas de desarrollo social, pues suponen un avance significativo en la adquisición y difusión del conocimiento, condición indispensable de participación democrática en un Estado constitucional de Derecho. Asimismo, la globalidad de la información y su interconexión permite advertir la creación de una Cibercultura formada por las personas que utilizan el Internet como principal medio de información y comunicación.

Los réditos de esta nueva cultura son tales que cada vez más personas se suman a esta nueva forma de comunicación, y probablemente la complicación del manejo de los medios digitales no sea la única dificultad para los debutantes, sino que además no les resulte sencillo adaptar sus clásicos estándares de comunicación a las nuevas características de globalidad e interconexión de esta nueva revolución informática.

Sin embargo, el ciberespacio o la cibercultura, y en general la nueva sociedad del conocimiento está conformada por nativos digitales, es decir, personas que no tuvieron que migrar hacia la nueva sociedad del conocimiento, sino que nacieron en ella, crecieron con sus estándares técnicos (de manejo) y conceptuales (dentro de su cosmovisión social la tecnología es un elemento principal). Para quienes son nativos digitales el proceso de sociabilización, ese donde a través del contacto social irán adquiriendo una serie de conocimientos necesarios respecto de las normas sociales de convivencia, tiene como denominador común el uso de tecnologías de la información y la comunicación.

Siendo esto así, si el contacto social o el proceso de sociabilización de las personas es vital en la definición o juicio jurídico de culpabilidad, también lo será a la hora de decidir si se atenúa o no la pena, máxime si esa posibilidad descansa en una incipiente sociabilización del agente. Y ante esto cabe la pregunta, ¿para quienes el día de hoy tienen entre dieciocho y veintiún años, cabe la presunción del artículo 22 del CP respecto de su nivel de sociabilización? Y la respuesta ha de ser categóricamente afirmativa. Sin embargo, ¿seguirá siendo así de obvia la respuesta cuando hablemos de delitos cometidos a través del uso de las TIC?

El Código Penal regula expresamente el uso de las TIC como elemento típico de determinados delitos, no obstante, lo cierto es que dada la globalidad, dinamismo y maleabilidad del uso que tienen las TIC, nada impide que se constituyan en un elemento típico de cualquier delito, pues su rendimiento criminal (por ejemplo, la complejidad para ubicar físicamente al autor del delito) es tan bueno como su utilidad informativa y comunicacional.

Por lógica, quienes están más familiarizados con el uso de las TIC son las personas calificadas como nativos digitales, quienes nacieron con el uso de la tecnología, entendiendo su funcionamiento como algo natural dentro de sus habilidades y de quienes es posible predicar un contacto más que suficiente con el uso de las TIC en el momento en que el Estado entiende que están listos para convivir en sociedad con aquellas reglas cuya inobservancia se sanciona con una pena.

De acuerdo a lo expuesto, la reducción prudencial de la pena en virtud de una primaria o incipiente sociabilización del agente no debería aplicarse cuando el delito fue cometido a través del uso de tecnologías de la información y las comunicaciones, pues se parte de que las personas dentro del rango de edad de la prudencial atenuación son nativos digitales. Es decir, el supuesto déficit de sociabilización sería de muy difícil motivación cuando se trate de un delito cometido en el marco o con el uso de las TIC.

Como no podía ser de otro modo, este planteamiento también descansa en una suposición; en la deducción a partir de un fenómeno social, que tiene como finalidad establecer ciertos parámetros jurídicos de convivencia pacífica. Por ello, y en virtud de que el análisis penal se nutre del

caso concreto, esta propuesta no tiene que aplicarse de forma directa y sin valoración. Como tampoco puede suceder con ningún precepto penal que no haya sido valorado mediante un proceso de interpretación teleológica por encima de constataciones literales del tipo.

CONCLUSIONES

1. El concepto de exigibilidad es el más importante en el análisis y reflexión de la culpabilidad. Se condice de forma razonable con el fundamento último de la regulación penal, pues si ella apunta a establecer estándares de convivencia pacífica, es lógico que solo se dirija a personas que tuvieron oportunidad de relacionarse en sociedad mediante una forma de representarse las ideas y la realidad dentro de los estándares conocidos y aceptados por la mayoría, y que, además, entiendan la importancia de aquellas reglas que apuntan a un sistema de convivencia pacífica.
2. El artículo 20 del CP, aunque haya sido rotulado como “causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal”, puede entender como la definición negativa de los fundamentos y principios rectores del proceso de atribución de responsabilidad penal en un Estado constitucional de derecho.
3. El uso de las TIC se ha convertido en el denominador común de una serie de procesos de aprendizaje en sociedad, de educación y aprendizaje inicial en los llamados “nativos digitales”. Esta constatación permite afirmar que su proceso de sociabilización se encuadra y define en el uso de las TICs, punto de partida que tendrá que ser valorado penalmente, cuando su proceso de contacto social vaya a definir su capacidad de culpabilidad.
4. El artículo 22 del CP le reconoce al juez la posibilidad de atenuar la pena (en verdad, preceptos como este resultan innecesarios, desde que aceptamos que el juez “no es boca de la ley”) en razón de una supuesta incipiente sociabilización de un sujeto de entre los dieciocho y veintiún años. Tomar en cuenta esta realidad es un acierto, porque efectivamente puede suceder. Sin embargo, cuando se trata de delitos cometidos por el uso de las TIC, el rango de edad mencionado

se ubica, en la mayoría de los casos, en la generación de los “nativos digitales”, con lo cual el proceso de sociabilización que importa analizar para determinar la capacidad de imputabilidad o el conocimiento de la antijuricidad, en este caso concreto, ha de estar suficientemente completo para atribuir responsabilidad penal, sin que quepa reducción de pena alguna.

5. La propuesta que aquí se desarrolló, de forma resumida por el espacio asignado, no tiene por qué aplicarse, como ningún precepto del Código Penal, de forma inmediata, sin tomar en cuenta la valoración de factores propios del caso concreto, al extremo que puede, incluso, inaplicarse.

BIBLIOGRAFÍA

- AMAR RODRÍGUEZ, Víctor Manuel. *Tecnologías de la Información y la Comunicación, Sociedad y Educación, Sociedad, e-herramientas, profesorado y alumnado*. Telbar, Madrid, 2008.
- ANDRADE, Jesús Alberto y María Campo-Redondo. “Apropiación Social de Las Tecnologías de Información”. En: *QUÓRUM ACADÉMICO (versión impresa)*. Vol. 9, Nº 1, enero-julio 2012. Venezuela, Universidad de Zulia, 2012.
- BATISTA GONZÁLEZ, María Paz. *Medios de comunicación y responsabilidad penal*. Madrid, Dykinson, 1998.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *Viejo y Nuevo Derecho Penal. Principios y Desafíos del Derecho Penal de Hoy*. IUSTEL, Madrid, 2012.
- BURKHARDT, Björn. “La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal”. En: Burkhardt, Björn, Günther Klaus y Günther Jakobs. *El problema de la libertad de acción en el Derecho Penal*. Rafael Alcácer Guirao y Bernardo Feijoo Sánchez (Traducción). AD-HOC, Buenos Aires, 2007.

- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y Hernán Hormazábal. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Trotta, Madrid, 1997.
- CARDONA MADARIAGA, Diego Fernando. *Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC– En relación Administración Pública – Ciudadano, Caso: Colombia y Perú. Colección de Textos de Administración*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2009.
- CETINA PRESUEL, RODRIGO. “Garantías a la Libertad de Expresión en las redes Sociales en España y el caso de Facebook”. En: *La Sociedad de la Información en Iberoamérica. Estudio multidisciplinar*. Wilma Arellano Toledo (Coordinadora). INFOTEC Fondo de Información y Documentación para la Industria, México, 2012.
- CHOCLÁN MONTALVO y CALDERÓN CERESO. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I, Segunda edición, Barcelona, 2001.
- CÓRDOBA RODA, Juan. *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*. Segunda edición. B de F, Buenos Aires, 2013.
- COTINO HUESO, Lorenzo. “Derecho, Libertades y democracia en Internet. Una Aproximación Jurídica”. En: *La Sociedad de la Información en Iberoamérica. Estudio multidisciplinar*. Wilma Arellano Toledo (Coordinadora). INFOTEC Fondo de Información y Documentación para la Industria, México, 2012.
- DE LA COSTA AGUADO, Paz M. *Culpabilidad, exigibilidad y razones para la exculpación*. Madrid, Dykinson, 2003.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Culpabilidad y fines de la pena*. Grijley, Lima, 2008.
- HASSEMER, WINFRIED. “¿Alternativa al principio de culpabilidad?”. Francisco Muñoz Conde (Traducción). En: <<http://www.juarztavares.com/>>. Página web revisada el 5 de setiembre de 2014.

- JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Manuel Cancio Meliá (traducción), Colección de Estudios N° 1, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- KINDHÄUSER, Urs. *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Claudia López Díaz (traducción). Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1996.
- KINDHÄUSER, Urs. “La Fidelidad al Derecho como Categoría de la Culpabilidad”. Percy García Caveró (traducción). En: Diego-Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig. *Cuestiones Actuales de la teoría del delito*. Mc Graw-Hill, Madrid, 1999.
- MAÑALICH, Juan Pablo. “Pena y Ciudadanía”. En: Kindhäuser, Urs y Juan Pablo Mañalich. *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*. B de F, Buenos Aires, 2011.
- MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, B de F, 2007.
- MENESES ROCHA, María Elena. “El circuito de la cultura en la Sociedad de la información: el caso del ACTA y otras leyes reactivas ante el escenario digital”. En: *La Sociedad de la Información en Iberoamérica. Estudio multidisciplinar*. Wilma Arellano Toledo (Coordinadora). INFOTEC Fondo de Información y Documentación para la Industria, México, 2012.
- MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Bosch, Barcelona, 1982.
- MIRÓ LLINARES, Fernando. “La oportunidad criminal en el Ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 13-07, 2011.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Segunda edición, Aranzadi, Navarra, 2000.

- ROIG, Antoni. *Derechos fundamentales y Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones. 2 Cuadernos de Derecho Constitucional*. BOSCH, Barcelona, 2010.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. *Poder Informático y seguridad jurídica*. Fundesco, Madrid, 1987.
- ROVIRA DEL CANTO, Enrique. *Delincuencia Informática y fraudes informáticos*. Comares, Granada, 2002.
- TABARELLI FATIS, Stefanía. “La controvertida regulación jurídica penal de la difamación a través de internet”. En: *Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet*. Fermín Morales Prats y Óscar Morales García (Coordinadores), Aranzadi, Navarra, 2002.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan. *Sistema Penal y Estado de derecho. Ensayos de Derecho penal*. ARA, Lima, 2010.
- VELÁSQUEZ, Fernando. “La culpabilidad y el principio de culpabilidad”. En: *Revista de Derecho y Ciencias Penales*. Vol. 50, Lima, 1993.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Grijley, Lima, 2009.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal*. Universidad de Granada, Granada, 1990.

La legítima defensa en el Derecho Penal peruano

Elky Alexander VILLEGAS PAIVA^(*)

I. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DEL DELITO. ESPECIAL REFERENCIA A LA CATEGORÍA DE LA ANTIJURIDICIDAD

Se denomina teoría del delito –en el contexto actual de la evolución del saber penal– al conjunto de reglas o criterios que sirven para poder determinar la imputación penal a un sujeto⁽¹⁾. Dicho proceso de determinación lo hará a través de la identificación, conceptualización y sistematización de aquellos elementos o caracteres que pueden considerarse comunes para que una conducta pueda ser considerada delito⁽²⁾ y que deben reunirse para la aplicación de las consecuencias jurídico-penales que establece la ley⁽³⁾. Mediante ella se busca, pues, una aplicación racional⁽⁴⁾ –o al menos coherente y previsible– de la ley penal a los casos concretos.

(*) Abogado por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Investigador del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (Concytec) de Perú.

(1) La teoría del delito es, pues, el instrumento conceptual mediante el cual se determina si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley. (DAZA GÓMEZ, Carlos. *Teoría general del delito. Sistema finalista y funcionalista*. 5ª edición, 1ª reimpresión, Flores Editor, México D.F., 2009, pp. 29-30).

(2) Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoría general del delito*. 2ª edición, 1ª reimpresión. Temis, Bogotá, 1998, p. 1; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 6ª edición, Ediar, Buenos Aires, 1996, pp. 317-318.

(3) Cfr. BENAVENTE CHORRES, Hesbert. *La aplicación de la teoría del caso y la teoría del delito en el proceso penal acusatorio*. J.M Bosch, Barcelona, 2011, p. 127.

(4) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 4ª edición, Akal, Madrid, 1997, p. 132.

Ahora, si la teoría del delito tiene por finalidad conseguir una aplicación racional de la ley penal, entonces debe verificar —en los casos que se presenten— si están dados los presupuestos, generalmente aceptados⁽⁵⁾, de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad⁽⁶⁾ para requerir de la agencia judicial una respuesta que habilite el ejercicio del poder punitivo⁽⁷⁾; solo así se considerará que dicha actuación del poder punitivo del Estado no es irracional.

Dichos presupuestos, dentro de la estructura de la teoría del delito, funcionan a manera de filtros, es decir como diversos niveles de análisis⁽⁸⁾, de modo que cada uno de ellos presupone la presencia del anterior

-
- (5) Estos elementos son aceptados por lo general, tanto en Alemania, país donde se gestó esta teoría del delito, y en los demás ordenamientos jurídicos que tienen una marcada influencia de la dogmática penal alemana.
- (6) Algunos autores incluyen como elemento del delito, la punibilidad. Sin embargo, no puede considerarse como una categoría dentro de la teoría del delito, puesto que la **punibilidad** (penalidad) está referida a causas o condiciones adicionales que no se incluyen en todos los delitos, sino que **se presenta excepcionalmente en algunos casos delictivos**, es decir hay acciones típicas, antijurídicas y culpables que requieren de ciertas condiciones para que sean consideradas punibles, en tal sentido no impiden ninguna de las categorías mencionadas (en otras palabras puede haber delito sin punibilidad), sino solo la conveniencia político criminal de la pena por otras razones ajenas a la gravedad de la infracción. Conforme a ello parece más adecuado que su estudio se realice en el momento de la determinación judicial de la pena. Sobre ello véase: TAVARES, Juarez. *Teorías do delito (variações e tendências)*. Revista Dos Tribunais, São Paulo, 1980, p. 1; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo V, Ediar, Buenos Aires, 1988, p. 11 y ss.; CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho Penal español. Curso de iniciación-cuestiones introductorias*. Teoría del delito 1. 2ª edición, Cáceres, 1996, p. 272; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª edición, B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2004, pp. 150-151; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. 1ª edición, 3ª reimpresión, Grijley, Lima, 2010, p. 227, num. 483.
- (7) Una vez comprobados esos presupuestos, un segundo sistema pregunta cómo debe responder la agencia jurídica a ese requerimiento; a este segundo sistema se le denomina teoría de la pena, que cabe entenderlo más precisamente —según Zaffaroni— como teoría de la responsabilidad penal o punitiva de la agencia jurídica (no del criminalizado, pues quien debe responder es la agencia). Véase: ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 373.
- (8) La teoría del delito al pretender establecer un orden para el planteamiento y la resolución de los problemas que implica la aplicación de la ley penal, se vale de un método analítico, por el cual se procura separar los distintos problemas en diversos niveles o categorías. En este sentido: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit., p. 132. En el mismo sentido, TERRAGNI, Marco Antonio. *Tratado de Derecho Penal. Tomo I-Parte General. La Ley*, Buenos Aires, 2012, p. 100, sostiene que: “Para elaborar la teoría del delito se emplea el método de investigación analítico: descompone la representación totalizadora (el delito) en sus partes o elementos constitutivos. Se apoya en la idea de que para conocer un fenómeno es necesario separar los principios, sin perder de vista las relaciones que guardan entre sí y con el todo”. Asimismo debe quedar claro —como señala Zaffaroni— que cuando afirmamos que el concepto o la explicación que damos al delito es estratificado, queremos decir que se integra con varios estratos, niveles o planos de análisis, pero ello de ninguna manera significa que lo estratificado sea el delito: lo estratificado es el concepto que del delito obtenemos por vía del análisis. Entonces lo se habrá de enunciar serán sus caracteres analíticamente obtenidos, formando diversos planos o estratos conceptuales, pero el delito es una “unidad” y no una “suma

y todos tienen la finalidad de ir descartando las causas que impedirían la aplicación de una pena y comprobando (positivamente) si se dan las que condicionan esa aplicación⁽⁹⁾. Bajo esta óptica solo tendrá sentido preguntarse por la adecuación típica de un hecho jurídico si este reúne los requisitos de una acción en sentido jurídico penal, es decir, que sea un hecho jurídico con características propias que le impriman relevancia penal. De igual forma solo cabe preguntarse por la culpabilidad si previamente se ha comprobado que una acción es típica y antijurídica (lo que la doctrina denomina ilícito penal⁽¹⁰⁾).

Entonces, para efectos de imputación penal, una vez comprobada la exigencia de una acción en sentido jurídico penal, se procederá a verificar la tipicidad de dicha conducta; luego para ir completando el mencionado proceso de imputación resulta necesario determinar si esa conducta típica no encuentra justificación alguna que desvirtúe su antijuridicidad eventualmente adelantada⁽¹¹⁾ en la tipicidad, en otras palabras se determina definitivamente su contrariedad al ordenamiento jurídico (antijuridicidad formal) por haber puesto en peligro o lesionado un bien jurídico-penal protegido por dicho ordenamiento (antijuridicidad material)⁽¹²⁾.

de componentes”. Véase: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 6ª edición, Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 320.

- (9) Véase BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 1ª edición, 3ª reimpresión, Temis, Bogotá, 1996, p. 67.
- (10) Al ilícito penal también se le denomina “injusto” penal, sin embargo la palabra “injusto” no es lo suficientemente clara, en la medida que significa “no justo o no equitativo”, expresión de nitida connotación moral. Por eso, es preferible emplear el término ilicitud que significa cualidad de lícito, y que debería utilizarse en el sentido de lo penalmente ilícito. Así, HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 513, num. 1334. De similar opinión BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit., p. 73, cuando sostiene que: “Generalmente la teoría de lo ilícito penal se designa como teoría de lo injusto. Mediante esta expresión se entiende traducir la voz alemana Unrecht que, literalmente, significa negación del derecho. La traducción no parece afortunada porque sugiere implicancias iusnaturalistas que son ajenas al concepto”.
- (11) Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición. Jurista Editores, Lima, 2012, p. 569.
- (12) Una acción típica solo se reputará como antijurídica si cumple conjuntamente con el aspecto formal (contrario al ordenamiento jurídico, pues consiste en una oposición del acto con la norma prohibitiva o preceptiva, implícita en toda disposición penal que prevé un tipo legal, por ejemplo, “no matar” en relación con el art. 106 del CP.) y material (carácter dañino del hecho típico con respecto al bien jurídico protegido por la norma legal) de dicha categoría jurídica del delito. Como señalan MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 343. “Una contradicción puramente formal entre la acción y la norma no puede ser calificada como antijurídica, como tampoco puede ser calificada como tal la lesión de un bien que o esté protegido jurídicamente. La esencia de la antijuridicidad es, por consiguiente, la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción”. En esta línea se debe comprender que la diferenciación entre un aspecto formal y otro material no implica que existan dos

La teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria al derecho, es decir, el hecho no merece una desaprobación del orden jurídico. Es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró⁷⁽¹³⁾.

Como refiere Quintero Olivares: “Positivamente la antijuridicidad supone que un acto (típico) ha ofendido material y formalmente a un bien jurídico, lo ha dañado, vulnerado, destruido o puesto en peligro; ese acto se corresponde con una de las especies de ataque a ese bien jurídico legalmente amenazadas de pena (tipos). Negativamente la antijuridicidad se manifiesta a través de lo que se conoce como causa de justificación. Cuando una de esas concurre, aquel acto que por ser típico era, en principio (indiciariamente), antijurídico resultará justificado⁷⁽¹⁴⁾”.

De este modo la realización del tipo, objetivo y subjetivo, no implica necesariamente la infracción de la norma, puesto que no puede considerarse prohibida si tiene lugar al amparo de una causa de justificación⁽¹⁵⁾,

conceptos de antijuridicidad, pues dichos aspectos están inescindiblemente unidos, ya que el análisis de la antijuridicidad tiene que partir del ordenamiento jurídico, pero siempre va a implicar la afección del bien jurídico. En este sentido ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo III, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 570. ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 600, también VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 530, num. 1184. Bajo las consideraciones reseñadas se puede sostener –como enseña HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, 4ª edición, Idemsa, Lima, 2011, p. 500, num. 1378– que: “Se trata, en definitiva, de percepciones del mismo hecho pero desde perspectivas y niveles diferentes; necesarias, puesto que para comprender toda su complejidad se le debe concebir de manera integral. Así, se evita toda confusión pensando, por ejemplo, que se puede afirmar la antijuridicidad material de una acción y, al mismo tiempo, negar su antijuridicidad formal”.

(13) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 351, num. 675.

(14) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, 1ª reimpresión, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 367.

(15) MIR PUIG, Santiago. “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Nº 06-02, Universidad de Granada, Granada, 2004, p. 8, disponible en <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Agrega el citado autor que: “No es admisible la tesis del finalismo según la cual el tipo agota la materia de prohibición y su realización supone la infracción de la norma de conducta, aunque concorra alguna causa de justificación. Los preceptos que tipifican los delitos y los que prevén las causas de justificación pertenecen a un mismo cuerpo legal (el Código Penal) y están previstos para ser relacionados unos con otros. Su distinción y su ubicación en lugares diferentes del Código obedece solamente a razones de economía legislativa. Si solo existiese un delito en el Código Penal,

estas pues delimitan el alcance de las normas prohibitivas, por lo que se puede decir que una conducta no será prohibida si con ella concurre alguna causa de justificación que la hace conforme a Derecho. En otras palabras existen conductas que si bien generalmente son prohibidas, sin embargo si se realizan bajo determinadas circunstancias subsumibles en una causa de justificación, resultará que en esas precisas circunstancias están permitidas⁽¹⁶⁾, pues el ordenamiento jurídico las admite al otorgarle al autor de dicha conducta una licencia para obrar como obró, de modo que en ese supuesto no se podría alegar una infracción a la norma⁽¹⁷⁾.

El análisis de la antijuridicidad se dirige a establecer si la ejecución de un acto típico –que por ser precisamente típico, por lo general es ya contrario a Derecho– está excepcionalmente permitida por el propio Derecho en una situación especial. De modo que solo se podrá decir que

no sería necesario prever en diferentes preceptos la formulación del tipo del delito y la de las causas de justificación. Si ese delito fuera el de homicidio podría decirse, por ejemplo: El que matare a otro será castigado con la pena de (...), salvo que lo hiciere en alguna de las circunstancias siguientes: legítima defensa, estado de necesidad, etc.”. Pero, siendo muchos los delitos previstos por el Código, sería interminable repetir la salvedad de las causas de justificación para cada uno de ellos. Lo mismo ocurre con la tentativa o las formas de participación, cuya previsión se hace en la Parte general del Código para no tener que repetirla respecto de cada delito”.

- (16) Como señala JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 419. “A diferencia de lo que ocurre en el comportamiento atípico, en el justificado se trata de un comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado como socialmente soportable solo en consideración a su contexto, o sea, a la situación de justificación”.
- (17) La afirmación de que la tipicidad no supone por sí sola la infracción de la norma, no implica que se comparte la teoría de los elementos negativos del tipo, puesto que existe un criterio fundamental para distinguir diferentes niveles entre los distintos presupuestos de la infracción de la norma. Este criterio es el del distinto significado valorativo de cada uno de dichos niveles. Así, un hecho penalmente típico justificado tiene un significado valorativo distinto al de un hecho atípico. Y la realización de la parte objetiva del tipo permite ya una valoración específica que es independiente de que vaya seguida o no de la realización completa de un tipo doloso o imprudente. En la misma perspectiva, la valoración específica de la tipicidad no solo no desaparece si concurre una causa de justificación, sino que es necesaria para decidir si un hecho típico está o no justificado. La justificación no borra el desvalor del hecho típico –la lesión o puesta en peligro del bien jurídico objetiva y subjetivamente imputable–, sino que es el resultado de la concurrencia de dicho desvalor junto a una valoración positiva de otro aspecto del hecho: que es necesario para salvaguardar intereses jurídicos prevalentes en el caso”. Véase ampliamente MIR PUIG, Santiago. “Valoraciones, normas y antijuridicidad penal”. Ob. cit. pássim. También considera que la distinta significación valorativa de los sucesos justifica la conservación de la antijuridicidad como categoría autónoma de la tipicidad SILVESTRONI, Mariano. *Teoría constitucional del delito*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 286, Ya WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducción de José Cerezo Mir, 2ª reimpresión de la 1ª edición en castellano de 1964; B de f, Buenos Aires-Montevideo, 2004, p. 90, oponiéndose a la teoría de los elementos negativos del tipo, ha sostenido que la concurrencia de una causa de justificación no afecta, o elimina al tipo sino que excluye solo la antijuridicidad de su realización.

un hecho es definitivamente contrario a Derecho cuando se haya constatado que el ordenamiento jurídico no autoriza, en una situación específica, la ejecución de un comportamiento típico, por lo tanto en el filtro de la antijuridicidad se realiza la comprobación de que un acto en principio prohibido por la norma penal no se haya excusado por una causal de justificación⁽¹⁸⁾.

Como señala Lascuráin Sánchez⁽¹⁹⁾: “La tipicidad de una conducta solo dice que está inicial o generalmente prohibida. Si además lo está final o concretamente es precisamente lo que nos preguntamos en el análisis de la antijuridicidad”.

En tal sentido la tipicidad de una conducta ofrece únicamente una presunción refutable de su antijuridicidad⁽²⁰⁾, es solamente un indicio de la antijuridicidad⁽²¹⁾, puesto que solo con el juicio de antijuridicidad se verifica definitivamente la prohibición o ilicitud de la conducta, estableciéndose de forma concreta si se está actuando conforme a Derecho o no, para así anular el efecto indiciario del tipo. Si se comprueba que se actuó conforme a Derecho se entiende que no se realizó una conducta

-
- (18) Así, GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General. Nociones fundamentales de la teoría del delito*. Tomo II, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 102.
- (19) LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “La antijuridicidad. Causas de justificación”. En: *Teoría del delito*. Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2007, p. 299.
- (20) En esta perspectiva Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée sostienen que la tipicidad es solo ratio cognoscendi de la antijuridicidad, esto es, solo una presunción iuris tantum de ella. Véase: BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Trotta, Madrid, 2004, p. 89.
- (21) Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Vol. I. Traducción y adiciones de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde. J.M. Bosch, Barcelona, 1981, p. 443. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo III, cit. p. 582. ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 591. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. II, Trotta, Madrid, 1999, p. 99. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 304. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit. p. 351, num. 676. EL MISMO. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit., p. 117. SILVESTRONI, Mariano. Ob. cit., p. 286. DONNA, Edgardo. *Teoría del delito y de la pena 2*. Imputación delictiva. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 124. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. *Teoría del delito*. 1ª edición, 3ª reimpresión, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F.; 2004, p. 134. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General*. 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 209. GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 102. LAFFITE, Fernando. *Esbozo para una teoría del delito*, Lerner Editores, Buenos Aires, 1989, p. 68. CAPEZ, Fernando. *Curso de Derecho penal. Parte Geral*. Vol. I, 7ª edición, Saraiva, Sao Paulo, 2004, p. 252. BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, EDDILI, Lima, 2002, p. 263. VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edic, Editorial San Marcos, Lima, 2001, p. 336. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., pp. 528-529, num. 1182.

prohibida, puesto que en esas especiales circunstancias el derecho permite actuar de ese modo.

Siendo así, se tiene que, en el nivel de análisis de la antijuridicidad, como parte del proceso de imputación penal, se determina si se mantiene o, por el contrario, se levanta la competencia penal inicialmente (indiciariamente) impuesta en el juicio de tipicidad. Entonces, si bien, tanto en la tipicidad como en la antijuridicidad se discute sobre quién resulta competente por el hecho acaecido, lo cierto es que en la tipicidad se inicia dicho proceso de imputación, mientras que en la antijuridicidad, como segundo filtro, termina de perfilar dicha competencia al analizar que no existen circunstancias especiales de conflicto que hagan levantar dicha competencia. De este modo las causas de justificación se presentan cuando especiales circunstancias de conflicto, se constituyen en estructuras de descargo de la imputación, es decir de levantamiento o descargo de la imputación o competencia impuesta en el primer filtro de la teoría del delito, esto es en la tipicidad.

Como refiere García Caveró: “[E]n las causas de justificación no se hace más que responder a la cuestión de si la persona que organizadamente afecta a otro continúa siendo penalmente competente por dicha afectación a pesar de que existen otros intereses en juego. Las causas de justificación producen el efecto de descargar de la imputación penal a quien afecta organizadamente a otro, lo que, en resumidas cuentas, significa que el autor de la afectación no mantiene más la competencia por el hecho lesivo, sino que este debe ser asumido por el propio afectado”⁽²²⁾.

Por otro lado, pero conforme a lo dicho hasta aquí, se puede sostener que la comprobación de que se ha realizado una conducta subsumible en un tipo penal, no carece de valor, sino que por el contrario reviste una valoración de la conducta del autor: esta lesiona o pone en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos. Esta afección de bienes jurídicos penalmente protegidos no es un *nullum*, sino que representa el motivo para investigar esta conducta en su antijuridicidad y examinar si existe

(22) GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 576.

realmente un ilícito penal⁽²³⁾. En tal perspectiva la tipicidad de una conducta se convierte en el presupuesto del análisis de la antijuridicidad de la misma.

Asimismo a diferencia de lo que sucede con las causas de exclusión de la culpabilidad, las causas de justificación no solo impiden que se pueda imponer una pena al autor de un hecho típico, sino que convierten ese hecho en lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico⁽²⁴⁾.

Conforme con los párrafos precedentes se tiene que no es lo mismo establecer que la conducta no es típica o que no es antijurídica o que no se puede exigir responsabilidad al sujeto. Si no es típica, significa que es indiferente al Derecho Penal. Si no es antijurídica, no se puede decir lo mismo, ya hay por lo menos un desvalor de acto. Si no es culpable, es decir no hay sujeto responsable, de todas formas hay un ilícito y este puede ser fuente de una responsabilidad penal concretada en una medida de seguridad⁽²⁵⁾.

II. LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

1. Fundamento

Cuando una conducta queda subsumida dentro de un tipo penal, se avanza en el proceso de imputación penal, por lo que corresponderá analizar la antijuridicidad de dicho comportamiento, ahora si esa conducta se halla amparada en una causa de justificación, significa que el ordenamiento jurídico la considera lícita, trayendo como consecuencia que decaiga la imputación atribuida indiciariamente a nivel de la tipicidad. En tal sentido las causas de justificación –como ya se ha dicho– operan como estructuras de descargo de la imputación, pues la conducta desplegada en esos supuestos concretos abarcados por las causas de justificación, se la considera conforme a Derecho, es decir no se habría creado un

(23) En este sentido BAUMANN, Jürgen. *Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Traducción de Conrado Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 155.

(24) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 351.

(25) BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. II, Trotta, Madrid, 1999, p. 117.

riesgo prohibido susceptible de sanción penal, sino que se trataría de un riesgo permisible (pero solo en esas especiales circunstancias).

Las causas de justificación al operar como estructuras de descargo de la imputación, sientan sus bases en la competencia de un hecho penalmente relevante⁽²⁶⁾. Se trata de una parte del proceso de imputación penal, en la que se determina quién es el competente por el hecho concreto y en qué medida lo es. Así, las causas de justificación se presentan como supuestos en los que se levanta la competencia penal por la producción de un suceso indeseado en situaciones especiales de conflicto⁽²⁷⁾, es decir las causas de justificación son contextos especiales de actuación en los que, si se dan determinadas condiciones, decae la competencia jurídico-penal del autor de una conducta socialmente perturbadora⁽²⁸⁾.

2. Aspectos objetivo y subjetivo de las causas de justificación

Ahora bien si la imputación penal mantiene su vigencia o si, por el contrario, procede el descargo o justificación de la misma, es indispensable –como refiere Caro Coria⁽²⁹⁾– primero apreciar en toda su extensión las dos facetas que presenta la concreción penalmente relevante del hecho: objetiva y subjetiva.

En el aspecto objetivo, implica una situación de conflicto que autoriza su solución mediante una conducta que en otro contexto estaría prohibida, es decir merecería reproche penal⁽³⁰⁾. Si bien este dato objetivo puede adquirir contornos específicos, lo cierto es que los presupuestos objetivos deben estar presentes y ligados a la situación de conflicto y no basta solo una consideración objetiva *ex ante* de su existencia⁽³¹⁾. Sin embargo, tal afirmación requiere algunas matizaciones.

(26) CARO CORIA, Dino Carlos. “Legítima defensa”. En: *Código Penal comentado*. Tomo I, José Luis Castillo Alva (coordinador). Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 672.

(27) GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2008, p. 469. EL MISMO. *Derecho Penal Económico. Parte General*. Ara Editores-Universidad de Piura, Lima, 2003, p. 613.

(28) GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit., p. 467.

(29) CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 672.

(30) En este sentido GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte General*. Ob. cit., p. 616. EL MISMO. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. cit., p. 472. CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 672.

(31) Véase GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte General*. Ob. cit., p. 617. EL MISMO. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit., p. 472. CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 672.

En los casos en los que el afectado resulta competente por la producción de la situación de conflicto (legítima defensa, por ejemplo), deberá establecerse una vinculación efectiva entre la situación de conflicto y la esfera de organización del agresor, no siendo posible sustituir esta vinculación por una simple prognosis. Sin embargo, resulta pertinente precisar que esta vinculación objetiva existe ya en el caso que el afectado haya generado una apariencia de peligro (agresiones aparentes), de manera tal que la situación de conflicto pueda imputársele objetivamente con los correspondientes deberes de tolerancia. Por ejemplo, el uso de un arma aparente autoriza ya una legítima defensa del amenazado⁽³²⁾.

En lo concerniente a la exigencia del aspecto subjetivo en las causas de justificación, es un tema por demás controvertido en la doctrina⁽³³⁾, sin embargo –como sostiene García Caveró⁽³⁴⁾– “(...) debemos recordar que las causas de justificación permiten una determinación de las competencias mediante una concreción del hecho. En este sentido, el aspecto subjetivo debe también concretarse, lo que quiere decir que al sujeto debe también imputársele el conocimiento de la situación de justificación”.

Ahora el aspecto subjetivo no puede supeditarse a la finalidad subjetiva del autor, pues el estado psíquico del autor es irrelevante para la imputación penal. Lo más adecuado será considerar la exigencia de

(32) GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 577.

(33) Consideran que las causas de justificación tienen aspectos objetivos y subjetivos, aunque desde diferentes perspectivas: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., pp. 533-534, num. 1193. HURTADO POZO, José. Ob. cit., pp. 521-522, num. 1354-1355. VILLA STEIN, Javier. Ob. cit., p. 344. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 121. BAUMANN, Jürgen. Ob. cit., pp. 199 y ss. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARRÉE, Hernán. Ob. cit., p. 116. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamento. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas, Madrid, 1997, pp. 597-598. PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl. Ob. cit., p. 136. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. “La legítima defensa en el nuevo Código Penal de Panamá”. En: *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*. N° 1, Universidad de Costa Rica, San José, 2009, pp. 5 y 21; disponible en <http://www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr/>; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5ª Edição. Saraiva, São Paulo, 1994, p. 173. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 5ª Edição. Conceito Editorial, Florianópolis, 2012, p. 219. En contra ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 605. Quienes afirman que la justificación no exige elementos subjetivos. También SILVESTRONI, Mariano. Ob. cit., p. 288, adopta una postura en contra de los elementos subjetivos en las causas de justificación, aunque los admite excepcionalmente en el caso de la legítima defensa.

(34) GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit., p. 474.

conocimiento (imputación del conocimiento) de la situación de justificación. Esta imputación de conocimiento no puede reducirse a un conocimiento sobre los presupuestos fácticos de la situación de justificación, sino que debe abarcar también la consideración de esa circunstancia como justificante en el supuesto concreto⁽³⁵⁾. Hay que recordar que no nos referimos a un conocimiento psicológico, sino a una imputación de conocimiento determinado en la situación específica⁽³⁶⁾.

Ahora bien, si se realiza una conducta objetivamente justificada, pero sin el conocimiento requerido del autor, de acuerdo al artículo 21 del CP peruano, debería tratarse tal caso como una eximente incompleta.

Se puede presentar un supuesto de error respecto de la existencia de los elementos objetivos de la situación de justificación⁽³⁷⁾. Este supuesto error puede deberse, en primer lugar, a defectos de la percepción sensorial que hacen creer al autor que su conducta se encuentra justificada. Se trata fundamentalmente del error sobre las condiciones fácticas u objetivas de las causas de justificación, llamado también error de tipo permisivo. La polémica que ha despertado este supuesto de error en la doctrina penal se debe a que algunos lo consideran un error de tipo y otros un error de prohibición⁽³⁸⁾. En nuestra opinión, se trata de un error que afecta la imputación del injusto penal, por lo que constituye un error que se mueve en el mismo plano del error de tipo. Por esta consideración, resulta aplicable a este caso la normativa del error de tipo prevista en el artículo 14, primer párrafo, del CP⁽³⁹⁾.

El error en las causas de justificación puede surgir también por valoraciones defectuosas, en la medida que el autor considera que las características de su actuación se ajustan a las condiciones de la causa de justificación

(35) Ídem.

(36) Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte General*. Ob. cit., p. 619.

(37) Cfr. FUENTE, Javier Esteban de la. "Error sobre los presupuestos objetivos de justificación". En: *Panorama internacional sobre justicia penal. Política Criminal, Derecho Penal y Criminología. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. Séptimas jornadas sobre justicia penal. Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal (coordinadores). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F, 2007, pp. 399-433; MAÑALICH, Juan Pablo. "Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación". En: *Revista Estudios de la Justicia*. N° 3, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2003, pp. 147-163.

(38) Ob. cit., p. 399.

(39) GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 579.

correspondiente. La doctrina penal trata estos supuestos como error de prohibición indirecto, lo que significa ubicar este supuesto de error en el plano de la culpabilidad. En nuestra opinión, el error sobre el carácter permitido o prohibido del hecho debe ubicarse en el mismo plano que el error de tipo, aun cuando la regulación contenida en el artículo 14 del CP parecería optar por tratar estos errores como errores de prohibición. De manera absolutamente clara en los tipos penales con elementos de valoración global, el error de valoración respecto de una causa de justificación debe ser comprendido como un error de tipo, pues la incorporación en el tipo penal de una cláusula de valoración de la antijuridicidad de la conducta hace que su errónea apreciación se mueva en el plano de la tipicidad. Así, por ejemplo, en el delito de secuestro el error sobre una situación de justificación deberá considerarse un error sobre el elemento del tipo “sin derecho, motivo o facultad justificada”, mas no un error de prohibición que deba resolverse en sede de culpabilidad. Pero no solo en estos casos manifiestos debe tratarse el error sobre las causas de justificación como un error de tipo, sino también cuando el tipo penal carezca de una referencia explícita a la antijuridicidad de la conducta, pues no es posible imputar subjetivamente el dolo si el autor no conoce el carácter antijurídico del hecho concretamente realizado, lo que evidentemente sucede cuando el agente cree que su conducta se encuentra justificada⁽⁴⁰⁾.

3. Efectos

Como se viene diciendo las causas de justificación levantan la imputación establecida a nivel de la tipicidad; sin embargo, ello no es el único efecto que despliegan, sino que su presencia genera otros efectos penalmente relevantes:

Así, contra una conducta justificada no cabe legítima defensa, pues la persona que agrede ilegítimamente tiene el deber de tolerancia de la agresión legítima justificada⁽⁴¹⁾. El afectado no solo ha de renunciar a

(40) GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2012, pp. 579-580.

(41) Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich. Ob. cit., p. 452. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 602. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 352. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit., p. 122. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. Ob. cit., p. 213. GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 122. SILVESTRONI, Mariano. Ob. cit., p. 286. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., pp. 533, num. 1192. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit., p. 477. BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., p. 272. VILLA STEIN, Javier. Ob. cit., p. 342.

una legítima defensa contra la actuación del legitimado, sino que también tiene que soportarla de modo general, sin poder invocar otras causas de justificación para efectuar una defensa lesiva de bienes jurídicos. Por ejemplo, quien se ve en peligro por una acción de legítima defensa, ciertamente no tiene que ofrecer su cabeza, sino que puede sustraerse a la “defensa agresiva” del sujeto al que ha agredido; pero lo que no puede es invocar, en vez de la legítima defensa que tiene totalmente vedada, el estado de necesidad justificante en el caso de que, para evitar graves daños a su propia persona, lesione físicamente en “defensa contra la defensa” a la persona inicialmente agredida por él; por el contrario, en tal caso se le deberá castigar por lesiones dolosas⁽⁴²⁾.

La justificación de una conducta típica tiene, además, el efecto de cerrar la posibilidad de castigar como partícipes a quienes contribuyen a la materialización de la causa de justificación. En las exposiciones doctrinales se suele hacer referencia a la accesoriedad cualitativa de la participación para explicar en estos casos la falta de castigo de los partícipes⁽⁴³⁾. Sin embargo, el hecho es que la justificación de la conducta niega la existencia de un ilícito penal, con lo cual a su vez se cierra la posibilidad de estar ante la presencia de un delito, y al no existir delito, resulta imposible imputar responsabilidad penal a nadie⁽⁴⁴⁾, es más ni siquiera en ese supuesto concreto se podría hablar de autor y partícipe en sentido estricto. De modo que resulta innecesario acudir al principio de la accesoriedad para sustentar la no sanción al que colaboró en la conducta justificada, pues al final de cuentas intervino en una conducta lícita.

Se ha señalado también que cuando un comportamiento típico está amparado por una causa de justificación, esta declaración produce sus efectos en todo el ordenamiento jurídico, es decir un comportamiento amparado por una causa de justificación no solo excluye la pena, sino toda consecuencia jurídica en las distintas ramas del ordenamiento jurídico (civil,

(42) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 602.

(43) Así, BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., p. 273. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., pp. 533, num. 1192. VILLA STEIN, Javier. Ob. cit., p. 342. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 352.

(44) Similar GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit., p. 477.

administrativo, etc.)⁽⁴⁵⁾. Sin embargo, esta afirmación parte de una equívoca interpretación de la unidad de la antijuridicidad. Explicemos este punto: en principio es correcto tomar como base la antijuridicidad como juicio definitivo acerca de la prohibición de una conducta, que presupone considerar al orden jurídico como un todo unitario, para cuya totalidad la conducta es lícita o ilícita, así cuando se considera una conducta como lícita en un ámbito del Derecho no puede considerársela como ilícita en otro. Pero este criterio “nada impide que una acción considerada como lícita por una rama del Derecho no pueda generar obligaciones en otra, sobre la base de diferentes fundamentos de responsabilidad: toda vez que estos fundamentos son diferentes, el escándalo jurídico no se produce y la unidad o no contradicción del orden jurídico se mantiene”⁽⁴⁶⁾.

El considerar que las causas de justificación no producen efectos generales no desvirtúa el principio de unidad del ordenamiento jurídico porque en realidad lo que sucede es que cada sector lo contempla desde ópticas y finalidades distintas. El hecho de que una causa de justificación no elimine todo efecto jurídico ulterior –ya sea una responsabilidad civil o una sanción administrativa– es porque pena, sanción y responsabilidad civil, tienen distinto fundamento⁽⁴⁷⁾. Ello explica el porqué a pesar de ser el comportamiento justificado resta abierta la posibilidad de imponer una sanción administrativa (que tiene como fundamento la potestad de

(45) Así BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 118. “La característica fundamental de una causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de toda consecuencia jurídica: no sólo penal, sino también civil, administrativa, etc.; no sólo respecto del autor, sino también de quienes lo han ayudado o inducido”. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 352. “las causas de justificación impiden que al autor de un hecho justificado pueda imponérsele una medida de seguridad o cualquier tipo de sanción, ya que su hecho es lícito en cualquier ámbito del ordenamiento jurídico”. FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. Actualizado por Guillermo A.C. Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 259. “Y siendo lo antijurídico uno solo, la acción es lícita para todo el ordenamiento legal. Por tanto, el acto no acarrea consecuencias penales de ninguna naturaleza, ni puede haber daño resarcible”. (cursivas del original). En la doctrina nacional BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., p. 273. “Al actuar justificadamente no se impone ningún tipo de sanción –pena o medida de seguridad- ni reparación civil. Esto es lógico, porque se está actuando conforme a una autorización de parte del ordenamiento jurídico”.

(46) ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 595. (cursivas del original).

(47) Sobre el distinto fundamento de la responsabilidad civil derivada de actos de relevancia penal con respecto a la propia responsabilidad penal, véase: VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. “Aspectos problemáticos de la acción civil en el proceso penal”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 58, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2014, pp. 189-212.

sancionar de la Administración) o imponer una responsabilidad civil (que tiene como fundamento la compensación o resarcimiento del daño)⁽⁴⁸⁾.

Bajo tales consideraciones puede suceder que en determinados casos la justificación solo le impone al afectado un deber de tolerar el salvamento, pero no un deber de correr con el costo económico que implica dicha tolerancia. De este modo, si el afectado tiene que tolerar que otra persona afecte su propiedad para preservar su integridad física, esta situación no tendría que impedir que, luego de superada la situación de conflicto, el beneficiado con la acción de salvamento asuma los costos del daño generado al afectado. La solidaridad alcanza en estos casos a permitir una afectación de los propios intereses en el momento requerido, pero no abarca la asunción de los costos que esta afectación implica. En este orden de ideas, la realización de una conducta típica no trae siempre como consecuencia la falta de un deber de reparar. El deber de reparar se mantiene cuando el afectado por el salvamento tiene simplemente un deber de tolerancia, pero no un deber de asumir los costos del salvamento⁽⁴⁹⁾.

III. LA LEGÍTIMA DEFENSA

1. Concepto

La legítima defensa⁽⁵⁰⁾, cuyos antecedentes se remontan a las épocas más antiguas de la humanidad⁽⁵¹⁾, se ha convertido en la causal de

(48) LARRAURI, Elena. "Función unitaria y función teleológica de la antijuricidad". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo XLVIII, fasc. III; Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, pp. 877-878.

(49) GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit., p. 478.

(50) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit., p. 122. EL MISMO. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit. p. 359, num. 694. Prefiere denominarla como "defensa necesaria" al considerar que dicha expresión toma en cuenta que la defensa solo será legítima si es necesaria, y esto debe quedar claro ya en la propia designación. Sin embargo, por nuestra parte, consideramos que se debe preservar la expresión "legítima defensa", puesto que como sostienen ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 612. "A diferencia de la tradición legislativa germana –que se refiere a la defensa necesaria (Notwehr)–, la argentina (y la peruana, añadiríamos) se ha referido siempre a la defensa legítima, con lo que expresa que la necesidad es un requisito, pero que en definitiva el límite es jurídico (valorativo) y está dado por la racionalidad: la defensa necesaria es legítima siempre que sea también racional. Toda defensa racional es necesaria, pero no toda defensa necesaria es racional".

(51) Sobre su evolución véase JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo IV, 3ª edición, Losada, Buenos Aires, 1976, p. 27 y ss. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *La legítima defensa*. San José: Editorial Jurídica Continental, 2004, p. 19 y ss.; ARMAZA GALDOS, Julio. *Legítima defensa, error de comprensión y otros aspectos negativos del delito*. Adrus, Arequipa, 2004, p. 19 y ss.

justificación de mayor trascendencia en la praxis judicial, lo que ha ocasionado también su mayor tratamiento en las exposiciones teóricas de los cursos de Derecho Penal-Parte General, asimismo es recepcionada por todas las legislaciones, incluso en nuestro país goza de consagración constitucional (artículo 2, inciso 23 de la Constitución Política)⁽⁵²⁾.

Existen varias definiciones de esta figura, sin embargo la mayoría de ellas se caracterizan por no alejarse de lo citado en el CP. Por nuestra parte, podemos conceptualizar a la legítima defensa como la conducta adecuada a derecho dirigida a proteger bienes jurídicos amenazados por una agresión ilícita. Esta noción es preferible a las que aluden a todos los elementos de la justificante que gozan de muy poca acogida pues las codificaciones se encargan de hacerlo.

La legítima defensa justifica la realización de una conducta típica por parte de quien obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros ante una agresión ilegítima. Esta causa de justificación supone dos actos de organización. Por un lado, el acto de organización del agresor y, por

(52) En contra de su previsión constitucional HURTADO POZO, José. Ob. cit., pp. 523-524, num. 1360, cuando señala que: “De manera singular, pero incorrecta, se ha previsto, en la Constitución de 1993 (art. 2, inc. 23), el derecho a la legítima defensa como uno de los derechos fundamentales de la persona. Estos últimos son derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en particular mediante la carta fundamental. (...). El derecho a defenderse no debería, pues, ser elevado al nivel de los derechos humanos, porque esto podría dar lugar a que se le hiciera prevalecer siempre sobre los otros, incluidos los derechos humanos propiamente dichos. De esta manera, se desnaturalizaría la legítima defensa y se abrirían las puertas a los excesos que se tratan, con razón, de evitar, mediante su regulación en el Código penal”. También REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Vol. I. Pacífico Editores, Lima, 2014, pp. 600 y 601. Sin embargo la postura de este autor no es del todo clara, pues en un primer momento señala que: “El derecho a la legítima defensa es evidentemente un derecho fundamental del individuo, tal elemental y tan viejo como la propia condición humana y el instinto de supervivencia (...). Es un derecho reconocido por el Estado a los particulares, no una simple causal de exención de responsabilidad.” Para luego indicar que: “La legítima defensa como derecho no debería ser elevado a la categoría de los derechos humanos porque esto podría dar lugar a que se le hiciera prevalecer siempre sobre los otros, incluidos los derechos humanos propiamente dichos.” (las cursivas son nuestras). Decimos que su posición no es clara, puesto que si se admite –como lo hace el autor citado– que la legítima defensa es un derecho fundamental, debe concluirse que se trata de un “derecho humano”, partiendo de la premisa que todo “derecho fundamental” es también un “derecho humano” positivizado dentro de un ordenamiento jurídico determinado, se refieren a una misma realidad ontológica, la única diferencia que se puede sostener se da solo en el plano formal, y que por lo tanto en nada afecta a su consustancial naturaleza, así con la expresión “derechos humanos” se hace alusión a los derechos de la persona reconocidos internacionalmente en los tratados o pactos, y con la expresión “derechos fundamentales”, se hace referencia a esos mismos derechos de la persona recogidos y vigentes en el ordenamiento nacional. Sobre esto, y especialmente sobre la identidad existente en el ordenamiento jurídico peruano de las expresiones “derechos humanos”, “derechos fundamentales” y “derechos constitucionales”, véase ampliamente CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. 2ª edición, Palestra Editores, Lima, 2005, p. 39 y ss.

el otro, el acto de organización de defensa. Este último acto de organización constituye una actio dúplex, en la medida que puede verse como una afectación al agresor, pero también, y fundamentalmente, como un acto de defensa de intereses penalmente relevantes⁽⁵³⁾.

2. Naturaleza y fundamento

Si bien en otros tiempos se consideró que la legítima defensa fundaba la impunidad en la afirmación de que “la necesidad no conoce ley”, lo que no le hacía surtir otro efecto jurídico que la eliminación de la pena, y otros la consideraron simplemente como causa de inimputabilidad⁽⁵⁴⁾, hoy nadie niega prácticamente, que se trata de una causa de justificación es decir, que elimina la contrariedad de la conducta típica con el orden jurídico. Si bien esta naturaleza de causa de justificación está unánimemente aceptada, queda por ver cuál es su fundamento que, como anota Zaffaroni⁽⁵⁵⁾, no resulta sencillo, particularmente si consideramos que de él se derivan consecuencias para su ámbito y condiciones.

Bastante se ha discutido sobre la esencia o fundamento de esta institución: simplificando demasiado, podemos señalar posturas que la basan en la perturbación del ánimo que llega a excluir la imputabilidad del autor (S. Pufendorf); inculpabilidad por conflicto de motivaciones (A. Uttelbach); la idea de la retribución (A. Geyer); el carácter parcialmente penal de la misma (H. Mayer). Otras que se basan en un derecho innato y tan antiguo como el hombre (A. Quintano Ripollés); la falta de protección estatal (A. Graf ZuDohna); el impulso o instinto de conservación (J. F. Pacheco); el enfrentamiento de derecho e injusto, pues el derecho no debe ceder ante este último (A. Löffler, F. Oetker, R. Maurach). Incluso, se conocen teorías que la aglutinan al lado de las demás justificantes a partir de posturas como la de la colisión de intereses (P. Noll, L. Jiménez de Asúa); o la “del fin”, para la que todas las causales se explican a partir

(53) GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Lima, Jurista Editores, 2012, pp. 583-584.

(54) Sobre ello véase la exposición hecha por LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. J.M. Bosch, Barcelona, 1978, p. 18 y ss.

(55) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo III, ob. cit., p. 590.

del “principio de la adecuación del medio al fin” (A. Graf ZuDohna, F. Von Liszt/E. Schmidt), etc.⁽⁵⁶⁾.

En la actualidad generalmente es aceptada la idea de que el fundamento de la legítima defensa reside en que el Derecho no está en la situación de soportar o ceder ante lo ilícito⁽⁵⁷⁾, del cual surge una doble consecuencia: no solo se acuerda un derecho de defensa individual (auto-defensa) sino también de ratificación del ordenamiento jurídico como tal (prevalencimiento o defensa del derecho)⁽⁵⁸⁾.

El primero es el aspecto individual de protección de los propios bienes jurídicos. En un sistema de libertades en el que se reconozca al individuo la facultad de organizar su vida como lo estime oportuno siempre que no entorpezca una correlativa facultad ajena, parece que ha de formar parte de tal autonomía personal la facultad de proteger la propia autonomía, de defender los propios bienes frente a las agresiones externas⁽⁵⁹⁾. En este caso, en principio la relación valorativa entre el bien jurídico protegido y el lesionado es irrelevante. Solo importa la defensa contra la agresión antijurídica, y no el menoscabo que como consecuencia haya de soportar el agresor⁽⁶⁰⁾, lo cual, sin embargo, debe matizarse con la racionalidad de la defensa (como veremos más adelante). De esto se desprende que a quien es atacado antijurídicamente no se le exige que eluda la

(56) Véase una exposición detallada de cada una de estas posturas en LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Aspectos esenciales de la legítima defensa. Ob. cit., pp. 18-92. EL MISMO. “El doble fundamento de la legítima defensa”. En: *Cuadernos de Política Criminal*. N° 3, Madrid, 1977, p. 101 y ss. También JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. cit., p. 58 y ss.

(57) Cfr. WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 91. JESCHECK, Hans-Heinrich. Ob. cit., p. 461. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, ob. cit., p. 123. EL MISMO. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit. p. 359, num. 695. DONNA, Edgardo. Ob. cit., pp. 130, 138-139. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 121. GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 128. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 535, num. 1197.

(58) Cfr. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 608. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit., p. 428. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 121. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 123. EL MISMO. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit. p. 358, num. 694. DONNA, Edgardo. Ob. cit., p. 130. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *La legítima defensa*. Ob. cit, pp. 101-103. SANTOS, Juárez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 5ª Edição. Conceito Editorial, Florianópolis, 2012, p. 223; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 535, num. 1197. VILA ESTEIN. Ob. cit., p. 347. CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 673.

(59) LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 312.

(60) JESCHECK, Hans-Heinrich. Ob. cit., p. 460.

confrontación en determinados casos⁽⁶¹⁾ (el agredido no está obligado, en principio, a evitar la agresión mediante un medio distinto de la defensa, por ejemplo, huyendo⁽⁶²⁾). En tal sentido se sostiene que el fundamento de la legítima defensa se encuentra en la responsabilidad en la que incurre el agresor que obra sin derecho⁽⁶³⁾.

Este derecho individual de defensa debe ser matizado en, al menos, dos sentidos. El primero es que tal defensa solo parece coherente con un sistema de libertades cuando se produce frente a una extralimitación en el ejercicio de la libertad ajena. No parece legitimable como un acto de autonomía la conducta de quien lesiona al policía que registra su domicilio por orden judicial o la de quien embiste con su vehículo al otro que le precede y le impide circular más deprisa. El segundo matiz proviene de que la racionalidad colectiva ha conducido a que la defensa justa de los intereses colectivos e individuales se racionalice, especialice e institucionalice en el Estado. Una defensa de los legítimos bienes e intereses individuales y colectivos no puede recaer en cualquiera o en los titulares de los mismos si quiere ser objetiva, racional y proporcionada. Solo cuando el Estado no esté, cuando no llegue a tiempo para defender al ciudadano, parece prudente apoderar al mismo para su justa autodefensa o para la justa defensa ajena⁽⁶⁴⁾.

Por el segundo aspecto, de índole supraindividual la legítima defensa está dirigida a la afirmación del Derecho, defensa de terceros y a la restricción de la legítima defensa cuando no está orientada a afirmar el Derecho. En tal línea, la legítima defensa es legítima porque es también un acto de justicia: un acto de defensa del ordenamiento jurídico con efectos de prevención de nuevas rupturas de este. El sujeto que se opone y vence una conducta antijurídica ajena –por ejemplo: quien lesiona para

(61) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 535, num. 1197.

(62) Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit., p. 359, num. 695. JESCHECK, Hans-Heinrich. Ob. cit., p. 460. ARMAZA GALDOS, Julio. Ob. cit., p. 45.

(63) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit. p. 360, num. 695. Al respecto señala GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte General*. Ob. cit., p. 623: “Se trata concretamente de una organización responsable del agresor que amenaza la esfera de organización del defensor (agresión ilegítima del art. 20, inc. 3, literal a del Código Penal). La competencia de esta incorrecta organización recae sobre el agresor, de manera que a éste se le imputa los deberes de tolerancia de la acción de defensa”. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 583.

(64) LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 312.

evitar la violación sexual— está impidiendo que el Derecho ceda, que el agresor configure un mundo distinto y peor al que dibuja el Derecho —un mundo en el que caben las agresiones sexuales—. La impunidad de la conducta del que se defiende tiene a su vez un importante efecto preventivo de nuevas conductas agresivas, pues los potenciales agresores —el agresor sexual, el ladrón de joyerías, el matón de barrio— saben que se exponen a una defensa agresiva (siempre y cuando sea racional) impune de sus víctimas o de terceros⁽⁶⁵⁾. Incluso, este principio concede protección individual también en los casos en los que el mal repelido era menor al causado⁽⁶⁶⁾. Por eso, el agredido puede hacer todo lo necesario para protegerse; pero además, para afirmar la vigencia del derecho en la sociedad.

Ahora bien, no hay que llevar al extremo el principio de confirmación del derecho, así disparar —por ejemplo— a una persona, porque se carece de otro medio para evitar que sustraiga una fruta del árbol, no puede estimarse un acto autorizado por el principio de que no hay que ceder ante un ataque ilícito, en todo momento —como hemos dicho— debe tratarse de una defensa racional. El adecuado equilibrio entre la defensa del ordenamiento jurídico y la protección marca el justo rol de esta institución⁽⁶⁷⁾. “El principio de autoprotección impone una necesaria sumisión de la reacción defensiva a una cierta proporción respecto al mal que se avecina, pero esa cierta dosis de proporcionalidad resulta compensada por el mayor margen de desproporción que permite el principio de defensa del derecho, puesto que este confiere al defensor una especie de poder supraindividual: al ejercer la legítima defensa no solo defiende sus bienes o los de otro, sino también el ordenamiento jurídico; esto hace que el balance del interés jurídico se incline a su favor, incluso si lesiona un bien más valorable del que estaba puesto en peligro por el agresor”⁽⁶⁸⁾.

Entonces, estos dos principios deben interactuar conjuntamente pues las diferentes necesidades del prevalecimiento del derecho influyen de distintas formas en la configuración de las facultades de protección.

(65) LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 313.

(66) Cfr. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 609. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 535, num. 1197.

(67) GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 128.

(68) Gómez Benítez citado por GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 128.

Creemos que no es posible tomar a uno solo de estos principios, pues elimina el equilibrio y limitación entre ellos⁽⁶⁹⁾.

Conforme a lo afirmado en las líneas precedentes se puede sostener que los hechos típicos cometidos en legítima defensa no son penalmente ilícitos porque son actos de defensa y porque son actos de justicia. Un ordenamiento que no justificara en ciertos casos los daños irrogados en legítima defensa sería un ordenamiento peor en al menos dos sentidos: situaría a la víctima de una inminente agresión en la insoportable disyuntiva de padecerla o de padecer una pena por repelerla; situaría a los potenciales agresores en la muy ventajosa situación de poder dañar los bienes ajenos sin el riesgo de una probable defensa agresiva de su titular o de terceros⁽⁷⁰⁾.

Como señala Velásquez Velásquez: “Confluyen, pues, en la legítima defensa una tendencia de carácter social y otra individual, lo que es en el fondo reflejo de una concepción política del Estado que persigue la armonía entre los intereses colectivos y los particulares, bajo el imperio de la democracia participativa en una sociedad pluralista”⁽⁷¹⁾.

3. Regulación de la legítima defensa en el Código Penal peruano

De las consideraciones efectuadas al momento de referirnos a las causas de justificación en general, podemos afirmar que la legítima defensa se configura por la presencia de dos grupos de elementos: objetivos y subjetivos. Los primeros son la agresión ilegítima, la necesidad racional del medio empleado y la falta de provocación suficiente de quien hace la defensa. En este punto no consideramos que la agresión ilegítima merezca el mismo tratamiento que la necesidad racional del medio empleado o que la falta de provocación suficiente, ya que el primero de los elementos objetivos nombrados es aquel que va a habilitar el escenario en el cual se ejercitará la legítima defensa, de ahí que sea más apropiado denominarlo “presupuesto”: mientras que el segundo y el tercero

(69) Del mismo parecer ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 609. GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 127. BUS-TOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 122. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 536, num. 1198.

(70) LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 313.

(71) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 5.

son elementos que van a determinar el ejercicio mismo de la defensa (una vez que la posibilidad de ejercitarla ha sido habilitada), motivo por el cual es preferible denominarlos requisitos⁽⁷²⁾. En lo atinente al elemento subjetivo se considerará la exigencia de conocimiento de la situación de justificación.

La Constitución Política reconoce el Derecho de toda persona a la legítima defensa (artículo 2, inciso 23), pero es el Código Penal quien se encarga de hacer una previsión pormenorizada de los elementos que deben concurrir para que una conducta pueda ser amparada por esta causa de justificación, así en su artículo 20, inciso 3 regula a la legítima defensa de la siguiente manera:

“Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

(...)

El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- a) Agresión ilegítima.
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelela. 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 parte del que se defiende”.

Si se ha sostenido que la legítima defensa es una causa de justificación, entonces –como pone de manifiesto Revilla Llaza⁽⁷³⁾– la “exención de la responsabilidad penal” a que hace referencia este precepto penal,

(72) Del mismo parecer YON RUESTA, Roger y TORRES COX, Daniel. “Legítima defensa y acciones disvaliosas”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 172, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

(73) REVILLA LLAZA, Percy. “Derecho a la legítima defensa” (comentario al artículo 2, inciso 23 de la Constitución). En: *La Constitución comentada*. Tomo I, 2ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 343.

debe entenderse como la “exclusión de la antijuricidad de la conducta” de quien obra amparado en ella.

Por otro lado, la agresión ilegítima, la necesidad racional del medio empleado y la falta de provocación suficiente de quien hace la defensa, tienen que ser concurrentes según la normativa penal peruana.

4. Elementos objetivos de la legítima defensa

4.1. Agresión ilegítima

4.1.1. Agresión

La agresión consiste en un comportamiento humano que pone en peligro o lesiona un legítimo interés ajeno protegido por el ordenamiento jurídico (bien jurídico del autor de la legítima defensa o de un tercero víctima de agresión)⁽⁷⁴⁾. O, lo que viene a ser lo mismo, todo aquel comportamiento humano que origina un peligro para una esfera organizativa ajena. Y, en particular, para los intereses legítimos adscritos a una esfera organizativa ajena en orden a posibilitar su desarrollo⁽⁷⁵⁾.

Del concepto esbozado se desprende que no califica como agresión el ataque de animales, por lo que ante una situación de esta naturaleza no se le puede hacer frente mediante la legítima defensa, sino conforme a un estado de necesidad⁽⁷⁶⁾. Sin embargo, la situación es distinta cuando un

(74) Cfr. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 611. JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 458. JESCHECK, Hans-Heinrich. Ob. cit., p. 461. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 6. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit. p. 360, num. 696. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio/MATUS ACUÑA, Jean Pierre/RAMIREZ, María Cecilia. Ob. cit., p. 215. FONTÁN BALESTRA, Carlos. p. 283. VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. “Las agresiones extrapenales en la legítima defensa”. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. N° 2, Lima, 2001, p. 650. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 537, num. 1200. CASTILLO ALVA, José Luis. *Derecho Penal. Parte especial I*. Lima: Grijley, 2008, p. 180. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit., p. 480. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 525, num. 1367. ARMAZA GALDOS, Julio. Ob. cit., pp. 51-52.

(75) CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 674.

(76) Cfr. SOLER, Sebastián. *Derecho Penal argentino I*. Actualizado por Guillermo Fierro, 5ª edición, 10ª reimpresión, Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1992, pp. 447-448. DONNA, Edgardo. Ob. cit., p. 144. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 611. WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 91. CAPEZ, Fernando. Ob. cit., p. 306. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia. Ob. cit., p. 216. GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 130. CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., pp. 180-181. VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. Ob. cit., p. 652. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 538, num. 1201. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 525, num. 1367.

hombre se sirve de un animal para una agresión⁽⁷⁷⁾, azuzando v. gr. a un perro contra otra persona; en tal caso el perro es solo el instrumento del hombre agresor, y matarlo sí es necesario, por consiguiente, estará justificado por legítima defensa exactamente igual que la destrucción de otros medios agresivos⁽⁷⁸⁾. En este supuesto no es que se considere agresión los movimientos del animal, sino que al ser un medio del que se vale el agresor, puede ser lesionado, si no hay otra manera de evitar el ataque a un bien jurídico importante⁽⁷⁹⁾, y es que la acción de defensa puede recaer sobre el agresor o sobre los medios de que se sirve.

Tampoco hay legítima defensa en los supuestos en los que no se trata de un comportamiento humano (entiéndase conducta humana en sentido jurídico), v. gr. fuerza física, sonambulismo, convulsión epiléptica, sueño, desmayo, etc. Estos casos se deben solucionar dentro del estado de necesidad.

La doctrina penal, que podríamos llamar dominante, les niega a las personas jurídicas la calidad de agresores y autoriza solamente una defensa necesaria ante los actos de sus órganos⁽⁸⁰⁾, sin embargo —como explica García Caveró⁽⁸¹⁾, un sector de la doctrina asume que las personas jurídicas son titulares de una esfera de organización y, por tanto, los

(77) Véase: GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 584.

(78) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 611.

(79) En este sentido ARMAZA GALDOS, Julio. Ob. cit., p. 52.

(80) Así, véase por todos, ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 611: “Tampoco puede considerarse agresoras a las personas jurídicas, porque las mismas no pueden actuar en el sentido del derecho penal y no son asequibles a la eficacia preventivo general y del prevailecimiento del Derecho. Por tanto no se puede actuar en legítima defensa frente a una asociación, una sociedad anónima o el Estado. Pero en cambio, por supuesto que sí existe derecho a la legítima defensa frente a los órganos humanos de la persona jurídica (p.ej. funcionarios o policías), cuando actúen antijurídicamente”.

(81) GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal económico. Parte general*. Ob. cit., p. 626. BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ensayo de un nuevo modelo teórico*. Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 106 y ss. admite la legítima defensa entre personas jurídicas: “La agresión parte —como se estudia en todos los manuales— de un ser humano, pero bien puede suceder que la actividad de ataque sea decidida por una persona jurídica, verbigracia, un acto de contaminación realizado en una zona marítima que se encuentra al cuidado de otra empresa, encargada de la depuración de las aguas; la calidad de persona jurídica del agresor no modifica el diseño pues, como se ha visto, la acción institucional funciona de modo equivalente a la acción humana; si aceptamos la equiparación, el primer requisito de la defensa necesaria, a no dudarlo, está presente; claro que estos ejemplos son excepcionales y que pueden resolverse a través del estado de necesidad —al igual que en los casos en que el ataque se origina en un animal o un hecho de la naturaleza— si mantenemos en forma estricta la exigencia de que el ataque provenga de un ser humano. Pero aceptada la entidad cualitativamente diferente de la acción institucional, no vemos obstáculo alguno en que la persona jurídica puede ser agresora”.

actos de defensa pueden ejercerse contra toda su organización en la medida de lo necesario.

Por otro lado, la agresión debe entenderse no solo como una conducta que implique violencia o fuerza, sino cualquier comportamiento que amenace afectar un interés jurídicamente protegido. El término agresión se debe entender no en sentido natural, sino normativo social. De modo que con este criterio quedan incluidos dentro de “agresión” tanto la comisión como la omisión, y dentro de esta tanto la propia como la impropia⁽⁸²⁾, de modo que debe catalogarse también como agresión a los efectos de la legítima defensa la conducta del garante que no interrumpe el curso de riesgo que está emplazado a controlar⁽⁸³⁾. Por ejemplo, si una madre no da de comer a su hijo por un tiempo prolongado obrará en legítima defensa quien la obligue a alimentarlo mediante violencia o grave amenaza. Asimismo, si se contrata a un guía de montaña, y este trata de irse del lugar, dejando librados a los alpinistas a su suerte, con serio peligro para sus vidas, estos podrán actuar para evitar el alejamiento, con lo cual, como mínimo, la conducta de quienes se defienden será de privación de libertad.

Asimismo, si bien algunos autores consideran que la omisión propia no puede calificar como agresión y por tanto ante una situación así no podría haber legítima defensa⁽⁸⁴⁾, el sentido normativo social en que debe ser entendida la expresión “agresión” permite afirmar que una omisión propia sí puede revestir las características de una agresión, además de ello, como explica Hurtado Pozo⁽⁸⁵⁾: “Las dudas respecto a la omisión

(82) Cfr. JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 467. DONNA, Edgardo. Ob. cit., p. 145. SILVESTRONI, Mariano. Ob. cit., p. 297. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit. p. 360, num. 696. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 7. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., pp. 123-124. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 367. CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 182. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 538, num. 1203. PÉREZ LÓPEZ, Jorge y SANTILLÁN LÓPEZ, Kely. “Presupuestos de la legítima defensa en el Código Penal peruano”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 14, Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 48. En contra GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 130, quien no acepta que una omisión pueda dar lugar a una legítima defensa.

(83) Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 584.

(84) Consideran que solo la comisión por omisión puede fundar una legítima defensa y no una omisión propia: ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 614. WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, p. 122.

(85) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 526, num. 1368.

propia no se justifican cuando la ley, mediante los diversos elementos del tipo legal, impone el deber de ejecutar la acción esperada. Por ejemplo, en el caso del conductor de un automóvil que no auxilia al peatón que ha atropellado y que está grave e inminente peligro de muerte (art. 126), se plantea la cuestión de saber si se le puede obligar a hacerlo mediante violencia o privársele de su vehículo para auxiliar a la víctima. Según nuestro derecho, la respuesta debe ser afirmativa, pues la omisión propia representa la violación de un deber sancionado jurídicamente.” Sin embargo se debe tener en cuenta –como indica el mismo autor– el tipo legal específico. Así, en relación con el previsto en el artículo 159, el inquilino que permanece en el bien inmueble al vencimiento del contrato de alquiler no comete violación de domicilio. Por lo tanto, el propietario no puede desalojarlo por la fuerza alegando legítima defensa. Además, el orden jurídico le ofrece medios legales para lograr la desocupación del bien⁽⁸⁶⁾.

Tampoco puede admitirse legítima defensa contra quien actúa compelido por una fuerza desencadenada por un caso fortuito⁽⁸⁷⁾: v. gr. a un automóvil se le quiebra la barra de dirección y asciende a la acera; un vehículo comienza a desplazarse solo por una pendiente y obliga a quien está a su paso a saltar bruscamente y golpear a otro; etc. Todos estos casos podrán dar lugar a conductas defensivas por parte de quienes ven amenazados sus bienes jurídicos, pero en los límites de la necesidad justificante o exculpante, según las circunstancias.

A nuestro entender la agresión ilegítima puede ser dolosa o imprudente⁽⁸⁸⁾, pues la ley no exige una forma de ilícito especial o calificado, procediendo en ambos casos la legítima defensa.

(86) HURTADO POZO, José. Ob. cit., pp. 526, num. 1368.

(87) Véase ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 620. CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 183.

(88) Cfr. DONNA, Edgardo. Ob. cit., p. 145. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 612. WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Ob. cit., p. 123. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 539, num. 1204. CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 182. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 316. VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. Ob. cit., p. 653. BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 123. Quienes señalan “Una defensa, tanto desde el punto de vista del principio de protección como del de mantenimiento del orden jurídico, ha de poder ejercerse tanto si es dolosa como si es imprudente. En ambos casos, se pone en peligro un bien jurídico, que es lo fundamental para definir el concepto de agresión”. En contra: GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 130. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Tomo III, cit., p. 597. ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., pp. 619-620.

No hay agresión ilegítima en los casos de tentativa inidónea o tentativa irreal⁽⁸⁹⁾ porque no pone en peligro el bien jurídico. Así, quien sabe que el aparente agresor va a disparar; no contra un enfermo en la unidad de cuidados intensivos de un hospital, sino contra un cadáver; pues tal enfermo acaba de fallecer; no puede a su vez abatir al primero de un disparo. Sin embargo, debe diferenciarse escrupulosamente los supuestos en los que, por ejemplo, desde una perspectiva *ex ante* un observador objetivo no puede advertir que el peligro que se cierne sobre sus bienes o los de un tercero es inexistente o mínimo; de tal modo que para él hay un peligro inminente, v. gr. robo o secuestro con revólver descargado. Aquí habrá la acción legítima defensa⁽⁹⁰⁾.

4.1.2. Ilegitimidad de la agresión

La ilegitimidad de la agresión, entendida como antijurídica o ilícita⁽⁹¹⁾ se determina por cualquier sector del ordenamiento jurídico, v. gr. civil, administrativo, laboral, etc. El comportamiento agresivo por más peligroso o lesivo que resulte para los bienes jurídicos, no fundamenta la legítima defensa si es que no es antijurídico. Por lo que no procederá actuar en legítima defensa frente a un acto típico cometido al amparo de una causa de justificación, en tal sentido no habrá legítima defensa contra legítima defensa (el ladrón que es repelido por el dueño para evitar que huya con las cosas que sustrae, no puede invocar legítima defensa cuando a su vez repele a aquel) estado de necesidad justificante, etc.; pero sí respecto al ejercicio abusivo del derecho a defenderse.

Lo dicho conlleva la imposibilidad de que se configure la legítima defensa en los casos de riña recíproca⁽⁹²⁾, toda vez que los participantes consienten los posibles daños a su salud y se atacan mutuamente y

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Aspectos esenciales de la legítima defensa. Ob. cit., p. 179. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Ob. cit., p. 178.

(89) Cfr. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 612. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 316. CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 183. VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. Ob. cit., p. 652.

(90) CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 183.

(91) Cfr. HURTADO POZO, José. Ob. cit., pp. 527, num. 1371. VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara. Ob. cit., p. 658. MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 368. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., pp. 10-11. ZAFFARONI, Eugenio/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 620.

(92) Cfr. JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 463. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 615. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 433.

desproporcionadamente; de modo que no hay legítima defensa en el caso del que está llevando la peor parte y toma un cuchillo y mata al contendor más fuerte o más hábil. La regla reseñada tiene sus excepciones: si uno de los alborotadores manifiesta en forma reconocible su voluntad de concluir la lucha, y es atacado por el otro, la persona interviene para separar, asimismo, puede invocar esta causal quien se ve sometido a una riña imprevista, esto es, no buscada por él, inesperada o fortuita.

El carácter ilícito está dado porque el actuar del agresor y el riesgo creado respecto del bien jurídico no son valiosos. Resulta, entonces indispensable que, además del posible resultado, la acción sea contraria al ordenamiento jurídico. Aquí podemos mencionar el ejemplo propuesto por la doctrina⁽⁹³⁾ del peatón imprudente que crea el riesgo de ser atropellado (resultado negativo) por un conductor respetuoso de las reglas de tránsito (acción lícita), no puede alegar la legítima defensa si salva su integridad corporal dañando al conductor del vehículo. Sin embargo, podría alegar haber obrado en estado de necesidad, ya que tampoco está obligado a dejarse atropellar (situación de peligro).

La agresión debe infringir normas jurídicas generales y no meros actos jurídicos de naturaleza privada⁽⁹⁴⁾, en tal sentido no basta un acto ilícito consistente en la simple violación de un deber contractual y contra el cual el ordenamiento jurídico ofrece otras vías legales (demanda civil). Así, contra el deudor que no paga, el acreedor no puede reaccionar haciéndose justicia propia y aleando actuar en legítima defensa de su patrimonio. Lo mismo cabe en el caso del propietario respecto a su inquilino moroso. Ambos deben recurrir a la vía civil para lograr el reconocimiento o restablecimiento de sus derechos⁽⁹⁵⁾.

En la agresión ilegítima se contempla únicamente la presencia de una acción humana antijurídica. No se requiere que dicha conducta se subsuma dentro de un tipo penal⁽⁹⁶⁾, en tanto la legítima defensa actúa contra cualquier interés jurídicamente protegido. Al respecto Villavicencio

(93) Véase ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 615. HURTADO POZO, José. Ob. cit., pp. 527-528, num. 1372.

(94) CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 183.

(95) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 528, num. 1373.

(96) De otro parecer, GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 585.

Terreros asevera que: “Esta es una solución político-criminal preferible, pues, por ejemplo: sería insatisfactorio negarla frente a un hurto, aunque solo constituya falta o, frente a quien desea perjudicar a otro agrediendo derechos reconocidos por la ley civil o la ley laboral. Es cierto que en estas agresiones menos graves o de ‘bagatela’, los límites de la legítima defensa deben ser más estrictos de manera que, por ejemplo, agresiones de la vida social consideradas socialmente tolerables o que constituyan riesgos permitidos quedan excluidas de la legítima defensa”⁽⁹⁷⁾.

Tampoco es necesario que dicha conducta antijurídica se encuadre dentro de la culpabilidad. Esto se explica porque mediante la legítima defensa se busca reafirmar el orden jurídico ante el acto ilícito y no solo cuando se trate de un comportamiento culpable. Como refiere Hurtado Pozo⁽⁹⁸⁾: “también los comportamientos no culpables perturban el orden jurídico y la legítima defensa debe ser admitida porque su objetivo es, precisamente, el descartar esta perturbación”. En esta perspectiva puede haber legítima defensa contra agresiones de inimputables, aunque teniendo en cuenta el requisito de la racionalidad⁽⁹⁹⁾, así pues el agredido consciente de la circunstancia debe actuar con una mayor medida⁽¹⁰⁰⁾.

Este parecer es compartido por Roxin⁽¹⁰¹⁾, cuando manifiesta que: “En efecto, es cierto que frente a agresiones no culpables o con culpabilidad disminuida la necesidad de afirmación del Derecho es considerablemente menor que de lo contrario; y, por eso una defensa en tales casos, (...) no está requerida en la misma medida que en los otros y ha de procurar tener mayores consideraciones. Pero el prevalecimiento del Derecho no se queda sin objeto: la legítima defensa debe afirmar el Derecho frente al injusto y no solo frente a la culpabilidad; y debe dejar claro quién está del lado del Derecho y quién en el del injusto. Si una persona es agredida por unos adolescentes pendencieros, está indicado a efectos preventivo generales reconocer su defensa como legítima defensa; el agredido no puede saber si posteriormente en el proceso penal se les reconocerá o no a los

(97) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 540, num. 1207.

(98) HURTADO POZO, José. Ob. cit., pp. 528-529, num. 1374.

(99) ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., pp. 615.

(100) HURTADO POZO, José. Ob. cit., pp. 528-529, num. 1374.

(101) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 617.

jóvenes la madurez moral y espiritual precisa para su responsabilidad, y por lo tanto, eso será indiferente para su derecho de legítima defensa”.

Por otro lado, no procede la legítima defensa, por no existir agresión antijurídica, de quien se puso en una condición tal que a su propia conducta se debe el hallarse en peligro. Así –como indica Jakobs⁽¹⁰²⁾– quien se arroja a un vehículo en marcha no es atacado por su conductor, o quien se esconde en la biblioteca a la hora de cerrar no es atacado por el conserje que lo deja encerrado; puesto que en estos casos es la propia víctima potencial la que ha convertido en peligroso el curso causal no peligroso, de modo que debe soportar el gravamen de la solución del conflicto.

4.1.3. La actualidad de la agresión

Se considera que una agresión es actual cuando se está desarrollando, o cuando existe por parte del agresor una decisión irrevocable de dar comienzo a aquella (inminencia de la agresión)⁽¹⁰³⁾, esto se desprende tácitamente del texto legal cuando autoriza la legítima defensa para **impedir o repeler** el ataque. La conducta defensiva realizada una vez consumada la agresión, ya no cabe concebirla como legítima defensa sino como mera venganza retributiva.

Al estimarse suficiente la inminencia de la agresión, esto es, que haya indicios suficientemente claros de su proximidad y que una mayor espera frustré las posibilidades de una defensa, no es necesario que haya tentativa. Basta con que la agresión esté pronta a desencadenarse⁽¹⁰⁴⁾, existe una agresión inminente desde que se está ante los actos preparatorios próximos a la tentativa⁽¹⁰⁵⁾ o los actos que se encuentren vinculados directamente con ella, pero que no es propiamente una tentativa. En este sentido Hurtado Pozo refiere que: “La defensa supone que un bien jurídico esté en peligro, en una situación de peligro concreto; pero no es indispensable

(102) JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 463.

(103) Como ha señalado con claridad LAFFITE, Fernando. Ob. cit., p. 84: “La agresión puede revestir dos formas, una de ellas es el ataque que se está perpetrando en ese momento y del que es preciso defenderse a través de un contraataque instantáneo. La otra referida a un acontecimiento que está por materializarse de un momento a otro, es decir, en forma inminente y del que se puede defender tratando de evitar que se produzca”.

(104) BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 124.

(105) Véase ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 619.

que la acción del agresor alcance una intensidad que permita calificarla de tentativa de delito. Así, puede tratarse de actos que podrían ser considerados preparatorios, a condición que denoten con nitidez la inminencia del perjuicio⁽¹⁰⁶⁾.

En tal perspectiva procede la legítima defensa contra el agresor que coge el arma para disparar inmediatamente, o bien es posible interrumpirla, o acaba de tener lugar de un modo reversible (cuando el ladrón trata de huir con el botín). Así pues, el agredido no tiene por qué esperar a recibir el primer golpe⁽¹⁰⁷⁾, ni renunciar a arrebatar el botín del agresor; lo único que hace falta es que sus acciones supongan reacciones inmediatas a la acción de lesión del bien. Cuando continúa el alejamiento del botín en unidad de acción en sentido jurídico, todo el ataque sigue siendo actual hasta el último acto parcial⁽¹⁰⁸⁾.

Conforme a lo dicho será actual la agresión que aún perdura, es decir la que ha dado comienzo, pero que todavía no ha terminado, entonces puede suceder que la infracción se haya consumado pero la agresión no se ha agotado, pues aún persiste el peligro⁽¹⁰⁹⁾ o la afección para el bien jurídico, por lo que el agredido puede actuar en legítima defensa. Por ejemplo en el delito de secuestro la víctima puede defenderse mientras dure el estado de privación de la libertad. Igualmente la violación de domicilio se consuma con la perpetración o permanencia en la morada ajena, pero la agresión subsiste hasta que el agente se retire.

Bajo este razonamiento la acción de defensa se extiende desde que hay una amenaza inmediata al bien jurídico, correctamente apreciada por el agredido, hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos⁽¹¹⁰⁾. Defiende pues legítimamente su

(106) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 529, num. 1375.

(107) En esta perspectiva DONNA, Edgardo. Ob. cit., p. 148, señala que: "(...) el agredido no debe esperar a ser atacado para defenderse, por lo que lo decisivo es el comienzo inmediato de la agresión, que puede abarcar la última etapa de la preparación, situación esta permitida por la ley al aceptar la defensa, tanto para impedir la como para repelerla". Véase también GARRIDO MONTT, Mario. Ob. cit., p. 131.

(108) JAKOBS, Günther. Ob. cit., pp. 468-469.

(109) Como afirma SOLER, Sebastián. Ob. cit., p. 448: "La agresión ilegítima puede o no consistir en un acto súbito e instantáneo, y crear, en cambio, un estado durable de peligro, en cuyo caso, si bien el acto agresivo inicial puede haber pasado, no podría negarse que la agresión es presente y que subsiste mientras subsiste el peligro"

(110) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo III, ob. cit., p. 603.

patrimonio el propietario de un automóvil que lo recupera por la fuerza de quien se lo hurtó dos días antes, si lo halla causalmente y no puede acudir a otro medio para recuperarlo. Ello obedece a que la legítima defensa no persigue evitar delitos sino proteger derechos y bienes, siendo obvio que la agresión subsiste cuando a pesar de haber afectado ya bienes jurídicos, una acción contraria puede aún neutralizar en todo o en parte los efectos de la conducta lesiva⁽¹¹¹⁾.

Por otro lado la mera intención de atacar o agredir expresada verbalmente, pero que no lleva a realizar actos próximos que configuren una inminente agresión, no da lugar a una legítima defensa. Lo mismo ocurre cuando solo se planea, se prepara la agresión⁽¹¹²⁾ o cuando no se ha puesto en práctica ni se ha manifestado la voluntad de lesionar⁽¹¹³⁾. Así resultaría prematura, por falta de actualidad de la agresión, la defensa del sujeto que, tras acudir al domicilio de quien le había anunciado que al día siguiente le pegaría una paliza, mata a este de un disparo.

Cuando la agresión ya se encuentra terminada y no prosigue (es decir, está agotada), y por lo tanto el peligro para el bien jurídico ha cesado, se pierde la posibilidad de la legítima defensa en la medida que la agresión ya no es actual ni inminente. Esto es lo que sucede con quien responde al insulto con una bofetada, o con la víctima de violación que dispara y mata al violador cuando que está huyendo tras la consumación de su delito. “Cuestión distinta en estos casos es la de que, no que la conducta del que reacciona sea justa (jurídica), sino la de que siendo antijurídica pueda disculparse en todo o en parte por la agresión o la provocación previa”⁽¹¹⁴⁾.

4.1.4. Realidad de la agresión

Es necesario mencionar que debe tratarse de una agresión que tenga existencia en el mundo objetivo. La existencia de una agresión real no debe limitarse, sin embargo, a las acciones realmente peligrosas, sino que también cabe incluir el caso de la generación responsable de una

(111) ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 623.

(112) Véase ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 619.

(113) CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 187.

(114) LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 318.

apariencia de peligro (agresiones aparentes o con armas aparentes). Si una persona se organiza de una forma tal que genera las condiciones para asumir razonablemente la existencia de un peligro inminente, tendrá que asumir la competencia por la apariencia creada responsablemente⁽¹¹⁵⁾.

Ahora bien, se dan casos en que el ataque al Derecho no se presente realmente, pero el sujeto actúa en la creencia errónea de que sí existe dicha agresión, con lo que se podrá hablar de una agresión aparente, que llevará a la consideración de que en tal caso se produce una defensa putativa.

Asimismo, en estos casos al faltar la agresión, que es el presupuesto que da cabida a los demás requisitos de la legítima defensa (necesidad e ilegitimidad de la agresión) no pueden ser tratados conforme al artículo 21 del Código Penal (es decir como si fuera una legítima defensa incompleta) sino que se resolverá conforme a la teoría del error en el Derecho Penal.

Entonces la pregunta a formularse será: ¿Se tratará de un error de tipo o de un error de prohibición? La respuesta no es sencilla, pues la doctrina se halla totalmente dividida al respecto. Sin embargo, por nuestra parte, creemos que debe tratarse conforme al error de tipo, tal como ya hemos hecho mención cuando hablamos sobre el error en la estructura objetiva de las causas de justificación en general. Expliquemos esto: aquí se produce un error, al igual que en el error de tipo, sobre los hechos (el autor percibe una agresión que en realidad es inexistente). El autor no yerra primariamente en cuanto a la prohibición, sino que no ve la realidad correctamente. Se puede hablar de un “error de tipo permisivo” porque el autor, si bien no se equivoca sobre el tipo en el sentido de “tipo delictivo”, sí lo hace en cuanto al “tipo” de una proposición permisiva –en este caso de la legítima defensa–. Ahora bien, dado que el injusto penal se compone de la realización del tipo delictivo y de la falta de circunstancias justificantes como dos componentes de igual rango, resulta razonable tratar la suposición errónea de circunstancias justificantes de igual manera que el desconocimiento de circunstancias que constituyen el tipo delictivo. En

(115) Así, GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 585.

ambos casos, el autor se equivoca, en igual medida, sobre los presupuestos del injusto y queda sometido a una falsa evaluación de la situación. Por ello es razonable tratar ambos errores de igual forma como excluyentes del dolo.

Además de ello también debe considerarse como excluyente del dolo la suposición errónea de circunstancias justificantes porque las representaciones del autor sobre lo justo y lo injusto, en tal caso, son plenamente conformes a derecho. Lo que se puede reprochar al autor, en todo caso, es una falta de atención, un desconocimiento de los hechos. Pero este es un típico reproche de imprudencia⁽¹¹⁶⁾.

4.1.5. Bienes jurídicos defendibles

En cuanto a los bienes jurídicos defendibles, es unánime el parecer doctrinal de aceptar que la legítima defensa opera contra ataques a bienes jurídicos individuales. El punto de discusión se centra actualmente en admitir o no la legitimidad de la defensa contra ataques a bienes jurídicos colectivos. Al respecto, son aún mayoritarias las voces que no admiten una legítima defensa en estos casos⁽¹¹⁷⁾; sin embargo, en nuestra opinión, no existe razón de fondo para negar la legítima defensa en estos supuestos pues en el caso de agresiones a bienes colectivos, es lógico que cualquiera que forme parte del grupo de personas afectadas por la agresión pueda oponer una legítima defensa que impida la prosecución del delito⁽¹¹⁸⁾. Por ejemplo, que se pueda ejercer legítima defensa para evitar o

(116) Véase ampliamente ROXIN, Claus. “Acerca del error en el Derecho Penal”. En: ROXIN, Claus. *Problemas actuales de dogmática penal*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez, Ara Editores, Lima, 2004, p. 142 y ss.

(117) Criticando esta posición doctrinaria ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., pp. 617-618, sostienen que: “Incluso se sostiene que los bienes de la comunidad tampoco son susceptibles de defensa, aduciendo que admitir lo contrario otorgaría al ciudadano el poder de policía, afectando el monopolio de la violencia legítima del estado. Se trata de una tendencia contradictoria: mientras se multiplican los tipos penales que afirman tutelar bienes jurídicos colectivos, esas conductas típicas no se consideran agresiones ilegítimas a los efectos del ejercicio del derecho de defensa, cuando el estado no puede hacerlo eficazmente. (...) es bastante claro que esta tendencia pretende excluir de la legítima defensa todos los derechos humanos llamados de segunda y tercera generación: estos serían meras declaraciones, que el estado puede no respetar, sin que el ciudadano pueda oponerle ninguna resistencia a su lesión; es decir, serían manifestaciones de buena voluntad de los estados escritas en sus constituciones y en los tratados internacionales. Desde el punto de vista de un derecho penal liberal y reductor, no se concibe que haya ningún bien jurídico radicalmente excluido de toda forma de defensa legítima, pues en tal caso no sería un bien jurídico”.

(118) Véase GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit., p. 481. También BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit., pp. 280-281, quien propone el siguiente

repeler la comisión del delito de cárteles de licitación del artículo 241 del Código Penal cuando se intente alejar de la licitación pública a los postores intervinientes mediante violencia o amenaza, o en el caso que se ejerza la defensa del correcto funcionamiento de la Administración Pública cuando se intenta alejar mediante violencia o amenaza a un funcionario público del ejercicio de sus labores públicas.

En el caso de bienes jurídicos del Estado, consideramos que el particular podría hacer ejercicio de la legítima defensa a favor de los intereses del Estado, en la medida que el artículo 20, inciso 3 del Código Penal, dispone que la legítima defensa puede ser ejercida para defender bienes jurídicos propios o de terceros.

Ahora bien, sobre la defensa de bienes jurídicos de terceros, una persona puede actuar en legítima defensa de intereses ajenos sin que sea necesario algún tipo de vinculación especial entre el agredido y quien ejerce la legítima defensa a su favor. Así pues, el tercero que está siendo agredido puede ser un pariente, un conocido, o un extraño, ya sea una persona natural o jurídica, un menor de edad, un trastornado mental, el concebido, etc.

Cierto sector doctrinal exige que en los casos de legítima defensa de terceros (legítima defensa impropia) se cuente con el consentimiento del agredido. En nuestra opinión, esta exigencia resultaría solamente procedente si se trata de bienes jurídicos disponibles, pues en el caso de bienes jurídicos indisponibles la legítima defensa de terceros estará siempre justificada⁽¹¹⁹⁾.

ejemplo: "Podría darse una situación en la cual "A" esté vertiendo residuos tóxicos en un río contaminando así la flora y la fauna, al ver esto 'B' decide intervenir, por lo que le da un golpe dejándolo inconsciente e impidiendo que siga contaminando. Al despertar "A" denuncia a 'B' por lesiones graves. ¿Podría alegar "B" que actuó en legítima defensa? Si examinamos el Código Penal, este establece como presupuesto para la legítima defensa la actuación a favor de uno mismo y de terceros, en este caso se defiende tanto a él como a terceros porque el bien jurídico medioambiente pertenece a todos. Entre los requisitos objetivos se requiere: una agresión ilegítima, la cual viene constituida por el actuar contaminante de 'A'; necesidad racional del medio empleado para impedirla, si 'A' no se detuvo frente a la interpelación de 'B', el darle un golpe para impedir que siga contaminando el medio ambiente puede ser calificado como racional; falta de provocación, obviamente en el caso no existe provocación porque 'B' en ningún momento instó a 'A' a que lo agrede a él o al medio ambiente".

(119) Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit., p. 481. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 662.

Cabe agregar que, para que pueda predicarse la legítima defensa, la repulsa se debe ejercer en relación con los bienes del atacante, no así sobre los bienes de terceros que no han tomado parte en la agresión; en tal caso podría tener cabida un posible estado de necesidad⁽¹²⁰⁾, por ejemplo, quien toma un jarrón muy valioso para golpear a una persona que intenta agredirlo, actúa en legítima defensa con respecto del agresor, pero no así con respecto del propietario del jarrón (sin perjuicio de invocar un estado de necesidad), lo mismo cabe decir si el agresor utiliza bienes pertenecientes a un tercero ajeno (el atacante utiliza el vehículo de un tercero para consumir su agresión), o de uso público (arranca una varilla de una cabina telefónica)⁽¹²¹⁾. Asimismo, se puede intervenir para defenderse lesionando cualquier bien perteneciente al agresor y no solo aquellos utilizados por él para llevar a cabo el ataque, siempre y cuando ello sea idóneo para impedir o repeler el ataque, “pues las cosas del agresor pertenecen a su esfera y por eso es adecuado que el mismo tenga que sacrificarlas dentro de lo que sea necesario para la defensa”⁽¹²²⁾.

4.2. Necesidad y racionalidad de la defensa

El segundo elemento objetivo de la legítima defensa se haya recogido en el párrafo b), del inciso 3 del artículo 20 de nuestro Código Penal, en los siguientes términos: “Necesidad racional del medio empleado para impedirlo o repelerlo. (...)” (a la agresión ilegítima se entiende). Redacción que –a decir de Hurtado Pozo⁽¹²³⁾– resulta “defectuosa” pues puede hacer pensar que esté solo relacionado con el medio empleado, cuando en realidad se refiere a la defensa contra la agresión ilícita, es decir a toda forma de comportamiento en la que incurre quien se defiende y no solo el objeto, instrumento o arma que puede utilizar para hacerlo mejor⁽¹²⁴⁾. “El vocablo ‘medio’ –sostiene correctamente Hurtado Pozo– debe ser comprendido en su acepción de acción conveniente para conseguir un objetivo (en este caso, la protección del bien jurídico). Se puede afirmar, pues,

(120) Véase ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 664 y ss. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 534, num. 1388.

(121) Véase VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 17.

(122) Véase ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 666-667.

(123) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 533, num. 1387.

(124) En la misma línea BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., pp. 128-129, sostienen que: “El requisito debe entenderse en un doble sentido que no solo limita el medio sino la defensa misma. Este requisito implica, en primer lugar, la necesidad racional de la defensa misma y, en segundo lugar, la necesidad racional del medio”.

que el medio constituye, según el texto legal, el comportamiento defensivo de quien actúa en legítima defensa¹²⁵⁾.

Esta conducta defensiva puede ser una defensa pasiva o de protección pura, v. gr., parar un golpe con fractura de la mano del agresor; o puede tratarse de una defensa ofensiva o de contraataque, v. gr. se dispara contra quien acomete agresivamente¹²⁶⁾. Ambas formas de defensa pueden coincidir en el caso concreto, por ejemplo: cuando el agresor se arroja sobre la víctima, esta le presenta un cuchillo, legítima defensa de protección, en tanto que se trata de una defensa mediante la amenaza de herir; defensa ofensiva, en tanto que se pretende actuar repeliendo la lesión actual¹²⁷⁾.

Ahora bien, solo es necesaria la defensa idónea y no excesiva para evitar o neutralizar la agresión; es decir de las varias clases de defensa elegibles, debe optarse por aquella eficaz para acabar con el peligro y que cause el menor daño al agresor¹²⁸⁾ y que no esté unida al riesgo inmediato de sufrir un daño. Por lo tanto, la conducta concreta desplegada no podrá considerarse necesaria cuando el agredido, o quien defiende a este, podía disponer de otra conducta menos lesiva, y le era exigible la realización de esa conducta (por no representar un riesgo para él —ni para el agredido cuando se trate de un tercero defensor) en lugar de la conducta típica en cuestión.

Como se acaba de decir, solo es necesaria la defensa que sea idónea y menos lesiva y segura para neutralizar el ataque, entonces se debe concluir que a efectos de determinar la configuración de la legítima defensa, solo es necesaria la defensa racional. En otras palabras, se trata de un

(125) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 534, num. 1387.

(126) CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 190.

(127) JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 472.

(128) Cfr. ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 628-629. WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Ob. cit., p. 125. JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 472, quien se refiere a la pérdida mínima para el agresor. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit. p. 369, nums. 715-716. HURTADO POZO, José. Ob. cit., pp. 534-535, num. 1390. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 542, num. 1212. CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 682.

único criterio de valoración⁽¹²⁹⁾ para determinar la existencia de la legítima defensa en el caso en concreto⁽¹³⁰⁾.

Conforme a lo expuesto en el párrafo precedente, si alguien me agrede físicamente y, yo en venganza le rajo los neumáticos de su automóvil, ello no estará amparado por la legítima defensa, pues la conducta que realice no es la idónea. Asimismo, si la persona puede neutralizar el peligro reduciendo a su agresor o amenazándolo con un arma, no debe optar por acuchillar o disparar directamente el arma de fuego; o si para defenderse de los puñetazos inciertos de un borracho el agredido lo golpea fracturándole varios huesos, cuando solo bastaba para repeler el ataque haberle dado un empujón. En estos dos últimos casos, tampoco se puede hablar de legítima defensa, pues la conducta efectivamente realizada no era la necesaria para neutralizar la agresión, en la medida que podía optarse por otra medida igualmente eficaz para conjurar el peligro, pero menos lesiva para el agresor.

Ahora bien, este principio de la menor lesividad para el agresor debe armonizarse con la necesidad de que llegado el caso, la defensa será segura y podrá neutralizar oportunamente el peligro que se cierne contra el bien jurídico. En tal sentido, si el uso del medio menos lesivo no genera un éxito adecuado de la defensa, puede optarse por el medio más seguro e idóneo, capaz de sofocar el riesgo contra el bien jurídico, pese a que sea un medio más dañino⁽¹³¹⁾. Podemos considerar el siguiente caso: “A” es agredido ilegítimamente por “B”, quien tiene en sus manos un cuchillo, que pretende incrustarle a “A”; circunstancialmente, a algunos metros de distancia, aparece “C”, quien al ver la agresión, saca su arma de fuego y advierte a “B” que se detenga, si “B” no hace caso a la advertencia y se abalanza contra “A”, entonces “C” podrá dispararle directamente, aunque no haya hecho algún disparo al aire, pues en ese momento, el disparo al aire hubiera sido inútil para proteger la integridad de “A”. En otro caso: quien es agredido por tres hombres que dicen que “va a correr

(129) De este parecer, GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 590.

(130) Con ello corregimos nuestra anterior posición sostenida en: VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. “Elementos configurativos de la legítima defensa en el Derecho Penal peruano”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 24, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2011, p. 100.

(131) CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., pp. 191-192.

sangre” también puede, una vez que ha sido inútil un disparo de advertencia, efectuar disparos mortales a los agresores sin tener que intentar primero un disparo a las piernas de dudosa eficacia⁽¹³²⁾.

Debe tomarse en cuenta, que la necesidad racional no predica sobre medios defensivos en concreto sino que se atiene a que la magnitud de la respuesta en relación con la lesión que trata de evitarse no sea jurídicamente disparatada. La simple razón jurídica es que no constituye ejercicio de un derecho la acción que lesiona los derechos de otro. Este fundamento del requisito de racionalidad excluye la posibilidad de considerar a la defensa irracional como una forma de ejercicio abusivo o como un exceso en la legítima defensa: el parálítico que mata al niño no abusa del derecho ni se excede en el ejercicio del derecho de legítima defensa sino que actúa antijurídicamente, fuera del campo de su derecho, por falta de un requisito esencial de este⁽¹³³⁾.

Por otro lado, si bien en la defensa con armas de fuego la regla es que debe realizarse una advertencia al agresor acerca de la posibilidad de uso del arma –la que puede ser verbal, concluyente, v. gr. se le muestra el arma– no siempre es necesario que se efectúe disparos de advertencia o que se alcance las extremidades del agresor para inmovilizarlo⁽¹³⁴⁾, antes de disparar a una zona vital, si es que con ello no se neutraliza de manera segura la agresión⁽¹³⁵⁾.

(132) Véase ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 628-629.

(133) ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 613. La jurisprudencia nacional acoge este criterio, así la Corte Suprema de Justicia de nuestro país, sostiene: “No debe confundirse la relación que debe existir entre la agresión y la defensa, con la proporcionalidad entre el daño que hubiera causado la agresión y el causado por la defensa, por cuanto la racionalidad de la necesidad de la defensa solo se vincula con la primera cuestión; así, para determinarlos es preciso tomar en consideración las acciones que el autor tenía a su disposición para impedir o repeler la agresión antes de comenzar la defensa y establecer si la comprendida es realmente la que hubiera impedido la lesión amenazada por la agresión causando menos daño”. Véase la Ejecutoria Suprema del 14 de junio de 1999, Exp. 1985-99-Lima. En: ROJAS VARGAS, Fidel e INFANTE VARGAS, Alberto. *Código Penal. Diez años de jurisprudencia sistematizada*, Idemsa, Lima, 2001, p. 94.

(134) Señala CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 209, nota 742, que solo al personal profesional, con preparación, con experiencia o altamente calificado en el manejo de armas se le puede exigir –incluso con matices y limitaciones obvias– el realizar una maniobra de inmovilización como la planteada.

(135) Véase CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 201.

La necesidad de la defensa debe ser valorada desde una perspectiva objetiva *ex ante*⁽¹³⁶⁾, tal como hubiera ponderado las circunstancias un espectador objetivo colocado en la situación del agredido. “Debe tenerse en cuenta, entre otras circunstancias, la rapidez e intensidad del ataque, el carácter inesperado o no del mismo, las características del agresor, los medios que tenía el agredido, así como su estado de ánimo”⁽¹³⁷⁾. No es de recibo partir de una consideración subjetiva del agente, ni de la posición fría, absolutamente reflexiva y analítica de una persona, pues en una situación de agresión ilegítima, la persona normalmente actúa con agitación de ánimo y turbado emocionalmente⁽¹³⁸⁾.

Así, ejemplificando lo dicho en el párrafo anterior: si el sujeto “Z” entra con un arma de fuego descargada a robar en la farmacia de “B” y, este que también posee un arma de fuego le dispara a “Z”, ocasionándole la muerte, creemos que “B” estaría amparado por la legítima defensa pues su conducta constituiría una defensa necesaria contra la agresión en su contra, pues la situación descrita valorada objetivamente *ex ante* por un tercero llegaría a la conclusión de que la pistola estaba cargada, y el defensor no tenía por qué correr riesgo alguno, aunque *ex post* se haya descubierto que el arma de “Z” estaba descargada.

“Esta interpretación del elemento de la necesidad –afirma Roxin⁽¹³⁹⁾– conduce al resultado político criminalmente deseable de que los errores objetivamente invencibles sobre la necesidad del medio defensivo serán en perjuicio del agresor y por tanto no cambian para nada la necesidad”.

(136) Cfr. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 631. WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*. Ob. cit., p. 125. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit., p. 436. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 370. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. Ob. cit., p. 320. BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Ob. cit., p. 129. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo III, cit., p. 614. ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 616. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 535, num. 1392. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 542, num. 1212. CARO CORIA, Dino Carlos. Ob. cit., p. 682. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 590.

(137) CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*. 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2004, p. 234.

(138) CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., pp. 191-192.

(139) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 632.

Asimismo, dado que el agredido no tiene por qué aceptar ni siquiera efectos parciales de la agresión, la necesidad de defensa no se ve diluida si es que el agredido puede huir o esquivar el ataque, siendo indiferente que el esquivar se pudiese interpretar como una “huida deshonrosa” o como un ceder inteligente⁽¹⁴⁰⁾. Por ello, quien pese a poder escapar enfrenta a sus agresores, obra amparado por la legítima defensa. Como señala Roxin: “Si hubiera que huir ante las agresiones, los camorristas y matones tendrían el poder de expulsar a los ciudadanos pacíficos de todos los sitios donde quisieran imponer su dominio; y eso sería incompatible con el principio del prevailecimiento del Derecho y del orden legal pacífico”⁽¹⁴¹⁾. El aceptar la fuga sería tolerar una segunda agresión antijurídica que afecta esta vez a la libertad de movimiento y la dignidad de la persona, lo cual implica un socavamiento de la autoridad del Derecho.

Debemos anotar también, que la doctrina distingue entre necesidad abstracta (existencia de una agresión ilegítima que ponga en peligro a bienes jurídicos propios o ajenos) y necesidad concreta de defensa (necesidad del medio concretamente utilizado). Si falta en abstracto la necesidad de defenderse no es posible estimar ni legítima defensa ni una eximente incompleta (art. 21 del Código Penal) al faltar un elemento esencial de la eximente. En cambio si falta la necesidad concreta (v. gr., el medio de defensa es excesivo) puede apreciarse la legítima defensa incompleta.

Ahora bien, no se debe confundir la relación que debe haber entre agresión y defensa y la proporción entre el daño que hubiera causado la agresión y el causado por la defensa. La racionalidad de la necesidad de la defensa solo se vincula con la primera cuestión⁽¹⁴²⁾. Así pues, quien solo puede escapar de una paliza apuñalando al agresor, ejerce la defensa necesaria y está justificada por legítima defensa aunque la lesión del bien jurídico causada con el homicidio sea mucho más grave que la que se hubiera producido con la paliza⁽¹⁴³⁾. O, por ejemplo, también, cuando la víctima de agresión sexual mata a su agresor, para evitar ser ultrajada

(140) Véase JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 475.

(141) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 633.

(142) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit. p. 369-, num. 715.

(143) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 632.

sexualmente. Con estos ejemplos también queda señalado que la legitimidad de la defensa no se determina, en principio, por el valor atacado, sino por la intensidad y la peligrosidad de la agresión.

La ley no exige una equiparación ni proporcionalidad de instrumentos, así pues la racionalidad habrá que relacionarla y medirla con la necesidad en el caso concreto y no en el medio a utilizar. En tal sentido refiere Peña Cabrera Freyre: “Es unívoco pensar, obligar a la víctima a utilizar un objeto análogo al que emplea el agresor, si en el caso concreto no le es alcanzable. El atracador que utiliza una navaja filuda y es muy diestro en su utilización y el agredido solo tiene en su poder un arma de fuego, no podrá obviar este y pedir al agresor que lo espere hasta conseguir una navaja, lo coherente será que utilice el arma, pero solo de la manera necesaria para conjurar el peligro”⁽¹⁴⁴⁾.

La necesidad racional de la defensa ha de surgir en concreto, en cada caso particular, y no en abstracto, por lo que debe analizarse una serie de circunstancias como la fuerza y la peligrosidad del agresor, sus características, la intensidad, forma y medios de ataque (v. gr., si el ataque es o no inesperado), los medios de defensa, el tiempo y el lugar del mismo como la condición personal del beneficiado de la legítima defensa. Todo lo cual debe ser valorado desde una perspectiva *ex ante*, como ya se ha dicho.

4.3. Falta de provocación suficiente

Si bien se reconoce el derecho a la legítima defensa, cuando no se puede deparar protección al agredido, el derecho no fomenta el innecesario y gratuito aumento de la conflictividad y, por ende, reconoce el derecho en la medida en que el agente no haya caído en esa práctica⁽¹⁴⁵⁾. La conducta provocadora excluye la legítima defensa por ser jurídicamente desvalorada como contraria a principios elementales de coexistencia.

(144) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. 3ª edición, Idemsa, Lima, 2011, p. 680.

(145) ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 625.

No puede equipararse “provocación suficiente” con “agresión ilegítima”⁽¹⁴⁶⁾, pues si así fuera se terminaría concluyendo que esta tercera condición impuesta es superflua al resultar innecesario que la ley dijera dos veces la misma cosa.

La doctrina define provocar, por un lado como incitar, inducir a una persona a que ejecute una acción, y, por otro lado, al hecho de irritar o estimular a otro con palabras u obras para que se enoje. De modo que la provocación consiste en excitar y enojar a una persona, mediante cualquier proceder apropiado, para que reaccione atacando uno de los bienes jurídicos del provocador o de un tercero⁽¹⁴⁷⁾. En este sentido, la provocación es distinta de la agresión y supone una situación anterior a la agresión misma, por lo que no pueden confundirse ambas situaciones.

La pérdida del derecho de defensa por parte del que es agredido ilícitamente está condicionada por una provocación que no necesita ser anti-jurídica pero sí “suficiente”⁽¹⁴⁸⁾; es decir de una intensidad e índole apropiadas para que la persona concernida pierda la tranquilidad, reaccione agresivamente. En la misma línea, como ya se dijo, la provocación no puede configurar una agresión, pues de lo contrario la reacción sería una defensa. Pero esa conducta anterior debe ser jurídicamente desvalorada en tal forma que haga caer la base fundante de la legítima defensa. Esta desvaloración debe partir de que, si bien es verdad que nadie está obligado a soportar lo injusto sería siempre a condición de que no haya dado lugar a lo injusto con su propia conducta⁽¹⁴⁹⁾.

Al hablarse en doctrina de provocación “suficiente”, se infiere que esta figura admite grados, como lo demuestra la vida cotidiana, cuando enseña que una persona puede ser sometida por otra a estímulos de mayor o menor intensidad, con miras al logro de un determinado cometido que puede ser, por ejemplo, generar en el otro una situación de

(146) Cfr. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 541, num. 1405. ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 624. SOLER, Sebastián. Ob. cit., p. 454. FONTÁN BALESTRA, Carlos, p. 291. SILVESTRONI, Mariano. Ob. cit., p. 298. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio/MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMIREZ, María Cecilia. Ob. cit., p. 222. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Ob.cit. p. 370, num. 717.

(147) Así, HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 541, num. 1406.

(148) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Ob.cit. p. 370, num. 718.

(149) ZAFFARONI, Eugenio; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Ob. cit., p. 625.

agresión para así darle muerte en el ejercicio aparente de una defensa (el denominado pretexto de defensa)⁽¹⁵⁰⁾.

La apreciación del carácter suficiente de la provocación comisiva u omisiva debe hacerse mediante un juicio objetivo⁽¹⁵¹⁾ de valor *ex ante*. Nos preguntamos si en tales circunstancias un ciudadano medio, frente a una provocación determinada reaccionaría agrediendo. Si la respuesta es afirmativa debe negarse la legítima defensa del provocador; a contrario sensu, si la provocación es insignificante y la agresión es desmedida, es decir, no está en proporción a la provocación, cabe admitir legítima defensa del provocador. Se pueden aplicar aquí las leyes de la experiencia, valorando el contexto situacional, las relaciones entre el agresor y el provocador, etc.⁽¹⁵²⁾. Por lo anterior, no puede negarse a priori, en todos los casos, la legítima defensa del provocador (procederá con la condición de que se cumplan los requisitos de la justificante), pues como señala Fontán Balestra: “Al calificarse la provocación de suficiente queda entendido que no toda provocación torna ilegítima la defensa y que la provocación insuficiente la mantiene en el ámbito de lo lícito”⁽¹⁵³⁾.

Se debe señalar también que la provocación debe operar como motivo determinante para la conducta agresiva (v. gr. si el agresor ignora la previa provocación del agredido, este permanece en el ámbito de la legítima defensa, pues no habría determinado la agresión ilegítima).

Asimismo se debe analizar el nivel y la intensidad de la provocación con el modo y magnitud del comportamiento agresivo. La provocación no incide solo en producir la agresión, sino que se refiere a la necesidad de determinar la entidad y contenido de esta respecto a aquella, v. gr. una lisura no puede desencadenar un ataque con un cuchillo o arma de fuego. En tal sentido, no constituye provocación el comportamiento puramente descortés (v. gr. negativa a proporcionar una información que se facilitaría en un momento⁽¹⁵⁴⁾, no retirar la silla a una dama para que se

(150) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Ob. cit., p. 14.

(151) Véase HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 541, num. 1406.

(152) CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 205.

(153) FONTÁN BALESTRA, Carlos. p. 290.

(154) JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 488.

siente⁽¹⁵⁵⁾) o inmoral (v. gr. la infidelidad entre novios), el asumir comportamientos extraños, etc.

La provocación puede ser intencional o imprudente. En el primer caso se da cuando alguien provoca a otro para que realice una agresión y, así poder hacerle daño bajo la cobertura de la legítima defensa⁽¹⁵⁶⁾. Aquí la doctrina considera que debe excluirse totalmente la legítima defensa en la medida que la supuesta agresión ha sido querida y se buscó deliberadamente por el accionar del provocador⁽¹⁵⁷⁾. El provocador realiza una conducta o ejecuta una serie de maniobras que manipulan la situación típica de la legítima defensa a su favor y que supone una asunción consciente del riesgo.

En los casos de provocación imprudente, en tanto la persona no tuvo la intención de aprovecharse de la supuesta agresión de la que es víctima para lesionar los bienes jurídicos del agresor, no necesariamente desaparece por completo la necesidad de legítima defensa. Sin embargo, se plantean restricciones normativas que se vinculan con la necesaria responsabilidad por sus hechos imprudentes que obliga a mantener cierta tolerancia –dentro de los límites de la proporcionalidad– frente a las agresiones de terceros que uno genera y provoca⁽¹⁵⁸⁾. En estos casos se recomienda eludir la agresión, apaciguar la situación, más que enfrentarla, buscar ayuda de terceros, solo realizar una defensa pasiva (no ofensiva) o tolerar daños y lesiones de poca entidad. El fundamento se encuentra, siguiendo a Jakobs⁽¹⁵⁹⁾, en la aplicación del criterio de la injerencia por el cual quien ha creado un peligro o un conflicto tiene que soportarlo o, por lo menos compartirlo, pues no se puede asignar enteramente a una persona.

5. Elemento subjetivo de la legítima defensa

Tal como hemos sostenido al momento de referirnos al aspecto subjetivo del autor como una causa de justificación en general, se tiene que el

(155) CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 205.

(156) Véase ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 639. WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, cit., p. 127.

(157) Cfr. ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 649. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 372. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 542, num. 1408. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. cit., p. 545, num. 1219. CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 203.

(158) Cfr. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 542, num. 1409. ROXIN, Claus. Ob. cit., pp. 641-642. JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 484.

(159) Véase JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 485.

elemento a ser tomado en cuenta debe ser el conocimiento de dicho autor, dejando de lado la finalidad subjetiva de este, pues el estado psíquico del autor es irrelevante para la imputación penal.

Como sostiene Roxin⁽¹⁶⁰⁾: “(...) para que el defensor esté justificado ha de actuar con conocimiento de la situación de legítima defensa; pero en cambio, no es necesaria una ulterior voluntad de defensa en el sentido de que el sujeto tenga que estar motivado por su interés en la defensa (y no, por ej., por cólera o por la intención de dañar al agresor).”

Carece de sentido exigir una voluntad, cuya “completa desaparición” no puede probarse prácticamente nunca y, por otro lado, el castigar a quien produce dolosamente una situación conforme a Derecho solo porque no hace lo permitido con la actitud interior “correcta” conduce a una pena, prohibida, por la actitud interna⁽¹⁶¹⁾.

Ahora bien, si falta el elemento subjetivo en la legítima defensa, la acción realizada deberá ser calificada como una tentativa imposible del delito que se buscaba consumir. Veamos este aspecto⁽¹⁶²⁾:

En la parte subjetiva se tiene la intención, o al menos la representación de cuál es el daño que se espera ocasionar (v. gr. disparar apuntando el arma hacia el pecho del “agresor”, quien tenía escondida un arma debajo de la casaca, con la cual apuntaba a su “víctima”).

No hay desistimiento, ya que el sujeto prosigue en la realización de sus actos hasta llegar al objetivo deseado (v. gr. Que luego del disparo, el “agresor” reciba efectivamente el disparo en el pecho).

Sin embargo, no concurre el elemento objetivo ya que falta la consumación del delito, toda vez que, entendiendo que un delito es una acción típicamente antijurídica y culpable, este (el delito) no puede configurarse si es que la acción realizada no es antijurídica, ya que –en el plano

(160) ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 667.

(161) En este sentido ROXIN, Claus. Ob. cit., p. 598.

(162) YON RUESTA, Roger y TORRES COX, Daniel. “Legítima defensa y acciones disvaliosas”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 172, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

objetivo— se ha lesionado un bien jurídico bajo un supuesto permitido por el ordenamiento jurídico.

Se configura una tentativa imposible ya que la situación en la que se encontraba la “víctima” al atacar a su “agresor” nunca va a llegar a consumarse, ya que por más que falta la representación de la situación de peligro, dicha agresión fue realizada en una situación en la que objetivamente se estaba protegiendo un bien jurídico al amparo de los elementos una causa de justificación. Esto es, existe una imposibilidad de la finalidad de la acción (ausencia de desvalor de resultado), ya que la situación en la que objetivamente se produjo el ataque por parte de la víctima a su agresor, es permitida por el ordenamiento jurídico debido a que en el plano objetivo, la acción desplegada se recubrió de una legítima defensa⁽¹⁶³⁾.

IV. RESTRICCIONES ÉTICO-SOCIALES A LA LEGÍTIMA DEFENSA

Uno de los mayores problemas prácticos, y de una nada pacífica discusión doctrinal, ha sido establecer si la existencia de relaciones de garantía constituye un límite mayor (se habla de límites ético-sociales⁽¹⁶⁴⁾, otros de restricciones normativas⁽¹⁶⁵⁾) de la legítima defensa. Así la pregunta gira en torno a averiguar cómo debe ser la conducta defensiva del ofendido en los casos de agresiones producidas entre personas vinculadas por una posición de garantía como lo serían las estrechas relaciones comunitarias, las relaciones familiares, v. gr., la relación paterno-filial, la relación entre cónyuges o entre concubinos⁽¹⁶⁶⁾ (las agresiones en este

(163) Ídem.

(164) Ubica el problema dentro de los límites ético-sociales de la legítima defensa: PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. “¿Las relaciones familiares y análogas como límites al Derecho de legítima defensa?” En: *InDret. Revista para el análisis del Derecho*. N° 1/2008, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2008, p. 2.

(165) Encuadra el problema dentro de las restricciones normativas a la legítima defensa: CASTILLO ALVA, José Luis. *Derecho Penal. Parte Especial I*. Grijley, Lima, 2008, p. 206.

(166) Tales agresiones se pueden presentar tanto en una relación de enamorados, concubinos o esposos, sin embargo consideramos que en una relación de enamorados no existe posición de garante por parte de alguno de ellos, entonces no se puede plantear una restricción a la legítima defensa con base en una posición de garantía que en tal situación no existe. El problema de restricciones a la legítima defensa se suscita en los casos de esposos o concubinos, por darse en dichas situaciones una posición de garante.

tipo de relaciones son las más comunes⁽¹⁶⁷⁾), teniendo en cuenta que entre agresor y agredido existen de por medio deberes especiales de protección y solidaridad.

En esta constelación de casos el problema radica –en palabras de Hurtado Pozo– en “saber en qué medida uno de ellos puede ejercer su derecho a la legítima defensa cuando es agredido o amenazado por el otro. Dicho de otra manera, de qué clase de agresión debe tratarse para aceptar que el deber de solidaridad del agredido ha desaparecido”⁽¹⁶⁸⁾.

En el presente trabajo trataremos brevemente el problema expuesto, con la intención de entrar en la discusión de tan importante tema, que sin embargo la doctrina nacional no le ha dado la atención que merece.

Al respecto una fuerte postura doctrinal, basándose en que en las relaciones de garantía existe una obligación de sacrificio más elevada, plantea que la víctima debe procurar desviar el ataque o aceptar menoscabos leves a sus bienes, antes de lesionar intereses existenciales del agresor⁽¹⁶⁹⁾. Se sostiene que el agredido debe recurrir a medios estrictamente defensivos como parar el golpe, encerrarse en la habitación o a la retirada prudente⁽¹⁷⁰⁾.

En la misma línea, Bacigalupo Zapater afirma que: “Asimismo se excluye el derecho de defensa necesaria en los casos de estrechas relaciones personales (padres-hijos; esposos; comunidad de vida, etcétera). Ello solo significa que en estos casos debe recurrirse, ante todo, al medio más

(167) Las estadísticas a nivel internacional demuestran que la violencia contra las mujeres en el ámbito intrafamiliar es un fenómeno común. Véase el informe de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). *Estudio multi-país de la OMS sobre salud de la mujer y violencia doméstica*. Organización Mundial de la Salud-Departamento Género, Mujer y Salud, Ginebra, 2005. El informe de la OMS demuestra que en el mundo, una de cada seis mujeres es víctima de violencia en el hogar. La investigación se basó en entrevistas realizadas durante siete años a 24.000 mujeres de diez países: Bangladesh, Brasil, Etiopía, Japón, Namibia, Perú, Samoa, Serbia y Montenegro, Tailandia y la República de Tanzania.

(168) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, 4ª edición, Idemsa, Lima, 2011, p. 520, num. 1438.

(169) Así véase JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 488-489.

(170) Véase CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español. Parte General II-Teoría jurídica del delito*. 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2004, p. 239.

suave, aunque sea inseguro. Por ejemplo: el marido no tiene derecho a matar a su mujer para impedir que esta lo abofetee¹⁷¹⁾.

En la doctrina nacional, se adhiere a este planteamiento García Cavero, para quien la racionalidad del medio de defensa puede sufrir ciertas restricciones en el caso de vinculaciones institucionales. En otras palabras, la racionalidad del medio de defensa se modula en estos casos por el deber positivo de protección que existe entre personas estrechamente emparentadas. En este orden de ideas, la agresión proveniente de una esposa, por ejemplo, podría imponer al cónyuge agredido simplemente un deber de elusión frente a la agresión ilegítima e incluso en algunos casos el deber de tolerar menoscabos leves antes de lesionar bienes existenciales del agresor¹⁷²⁾.

No compartimos la postura doctrinaria aludida, pues no parece correcto que uno de los cónyuges o concubinos, o en todo caso algún hijo, deba soportar ataques o situaciones peligrosas por el solo hecho de estar casado o por hallarse en una situación de convivencia, o porque entre las partes en conflicto se asume una posición de garante derivada de la relación familiar o de una situación análoga. Un razonamiento como el aludido y del que marcamos distancia, sostenido de manera fija e invariable otorga, por ejemplo, a los maridos que golpean a sus parejas, una “vía libre” para continuar haciéndolo: sería otorgarles un “salvoconducto” a los maridos golpeadores¹⁷³⁾.

A la pregunta de si la existencia de una vinculación jurídica especial implica la renuncia al mínimo de derechos personales, la respuesta debe ser en sentido negativo, ninguna sociedad que se conciba como liberal

(171) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 371, num. 720. En similar sentido, véase JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. 4ª edición. Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. Comares, Granada, 1993, pp. 310-311. Jescheck sostiene que en el caso de estrechas relaciones personales, “el deber de actuar consideradamente y preservar de daño a la otra parte es aquí tan destacado que el agredido no puede emplear un medio defensivo posiblemente mortal, cuando, por su lado, solo tiene que temer una lesión corporal leve”.

(172) Véase: GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Grijley, Lima, 2008, p. 482.; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 592.

(173) En este sentido STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible*. 4ª edición, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 240.

puede aceptarlo, por lo que no es acertado hablar de límites al derecho de legítima defensa con base en una relación especial⁽¹⁷⁴⁾. Cuando hay agresiones entre los parientes cercanos o entre quienes comparten una estrecha relación dichas acciones de acometimiento hacen cesar automáticamente los deberes de protección y de solidaridad, en otras palabras la agresión de una de las partes anula para el caso concreto todo tipo de vinculación jurídica especial en el sentido de las posiciones de garante, por lo que no cabe una restricción a la legítima defensa⁽¹⁷⁵⁾, lo contrario significaría, por ejemplo, reconocer que las palizas entre cónyuges son parte normativa integrante de cualquier relación de pareja que ya haya adquirido significado normativo para el Derecho Penal.

El matrimonio no es una licencia⁽¹⁷⁶⁾ ni un cheque en blanco para que los maridos ataquen a sus esposas ni los padres a sus hijos o viceversa. Sin embargo, ello no quiere decir que se promueva la posibilidad de riñas y peleas graves como si la relación paterno-filial o la condición matrimonial, o de convivencia, no tuviera ningún papel o sencillamente no sirviera para nada⁽¹⁷⁷⁾. No se desconoce que las relaciones de vida íntima, por principio, llevan implícito el intercambio de experiencias personalísimas, que en ellas los sujetos se muestran como son en realidad y que, además, ellos comparten un sinnúmero de momentos privados en los que hasta, y dicho de forma coloquial, se puede “meter la pata”; cuando estas situaciones no tengan significado para el Derecho Penal, la misma relación estrecha se encargará de liquidar el conflicto⁽¹⁷⁸⁾.

Por lo tanto, en estos casos, la legitimidad de la defensa se determinará de acuerdo a los elementos configurativos de la legítima defensa exigidos por la ley, así en el ejemplo propuesto por Bacigalupo, en principio se puede decir que este caso no tiene relevancia para la legítima defensa, puesto que va a faltar el requisito de la actualidad de la agresión, y si esto se repite (la agresora pretende seguir abofeteando, o si –variando el

(174) Cfr. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. “¿Las relaciones familiares y análogas como límites al Derecho de legítima defensa?” En: *Indret*. Revista para el análisis del Derecho. N° 1/2008, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, 2008, p. 14.

(175) Cfr. HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 520, num. 1438; PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Ob. cit, p. 15.

(176) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 520, num. 1438.

(177) CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. cit., p. 208.

(178) PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Ob. cit, p. 15.

ejemplo— fuera el esposo quien pretendiera golpear a su esposa), procede la legítima defensa, pero utilizando los medios necesarios y racionales para repeler la agresión, por lo que sin duda, no estará cubierto por la legítima defensa el matar a la agresora (o al agresor en la variante propuesta) para impedir otra bofetada, pues existen medios menos lesivos e igualmente idóneos para neutralizar el peligro, como el coger de las manos a la persona agresora o en todo caso darle un empujón; si en el caso concreto la víctima de la agresión saca un arma y dispara contra su cónyuge, ello no estará amparado por la legítima defensa, pero no porque deba tolerar la agresión por existir una posición de garante (la agresión ha hecho cesar los deberes de solidaridad y protección) sino simplemente porque no cumple con los elementos exigidos en la norma penal para alegar la legítima defensa, así pues el disparar en este caso resulta ser una defensa innecesaria, desproporcional e irracional, pues como ya señalamos existen otros medios igualmente idóneos para acabar con la agresión y menos lesivos para el agresor.

Como se puede apreciar, lo señalado hasta aquí reviste especial relevancia en determinados casos de violencia intrafamiliar⁽¹⁷⁹⁾, en donde por lo general las mujeres, niños o ancianos resultan continuamente agredidos, ¿es que en estos casos la víctima solo debe intentar huir de su agresor, sin poder intentar defenderse? Por supuesto que no, en estos casos la víctima también tiene —como cualquier ser humano— el derecho de defenderse. Por tanto, y a manera de ejemplo, a una mujer golpeada —dice Roxin⁽¹⁸⁰⁾— no se le puede exigir el deber que su pareja ha desatendido previamente, y por eso puede hacerle frente con un arma de fuego si no puede defenderse de otro modo, y no está obligada a abandonar la casa en lugar de defenderse. Sobre este punto, conviene recordar que la necesidad racional del medio empleado también invita a pensar en las capacidades de quien se defiende. Así, a fin de evaluar si el uso de un arma por parte de una mujer golpeada constituye una legítima defensa, se debe reflexionar sobre las desventajas típicas de las mujeres con relación al

(179) Decimos en determinados casos de violencia familiar, porque el problema de las restricciones al ejercicio de la legítima defensa solo se presenta cuando se verifica de por medio deberes de garantía, lo que no acontece en todos los supuestos de violencia intrafamiliar que regula la ley sobre la materia en el Perú: Ley N° 26260-Ley de Protección frente a la Violencia Familiar.

(180) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Civitas, Madrid, 1997, p. 652.

tamaño y a la fuerza y la falta de entrenamiento en su protección física, a diferencia del que reciben los hombres. La superioridad física de quien ataca es un factor a tener en cuenta para analizar la necesidad racional de la defensa ensayada⁽¹⁸¹⁾.

Conviene detenerse un momento en el caso de las mujeres maltratadas, que padecen del síndrome que se genera en esta situación (síndrome de la mujer maltratada) y que matan a su marido (agresor): la violencia ha cesado por un periodo muy corto de tiempo.

Es necesario primeramente, tener noción de lo que se entiende por mujer maltratada y del síndrome que padece en esta situación:

Una mujer maltratada es aquella repetidamente sometida a episodios de abuso físico o psicológico generalmente por un hombre. Según la definición de la ONU, la violencia de género es “cualquier acto o intención que origina daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a las mujeres. Incluye las amenazas de dichos actos, la coerción o privación arbitraria de libertad, ya sea en la vida pública o privada”.

La violencia en estos casos suele ocurrir por ciclos, que comprende las siguientes etapas, que se repetirán en cada ciclo⁽¹⁸²⁾:

- 1. Acumulación de tensión.** Se caracteriza por la acumulación de tensión en las interacciones. Es un periodo de agresiones psíquicas y golpes menores en el que las mujeres niegan la realidad de la situación y los hombres incrementan la opresión, los celos y la posesión creyendo que su conducta es legítima. Esta relación

(181) DI CORLETO, Julieta. “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”. En: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. N° 5, Lexis Nexis, Buenos Aires, mayo de 2006.

(182) Cfr. GANZENMÜLLER ROIG, Carlos; ESCUDERO MORATALLA, José y FRIGOLA VALLINA, Joaquín. *La violencia doméstica. Regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar*. J.M. Bosch, Barcelona, 1999, p. 49 y ss.; GIL RODRÍGUEZ, Patricia y LLORET AYTER, Imma. *La violencia de género*. UOC, Barcelona, 2007, p. 46 y ss.; GROSMAN, Cecilia y otros. *Violencia en la familia, la relación de pareja, aspectos sociales, psicológicos y jurídicos*. 2ª edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1992, p. 70 y ss.; SERNAM. *Perspectiva psicosocial y jurídica de la Violencia Intrafamiliar*. Primer manual de Trabajo, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1994; p. 42 y ss.; LA ROSA CALLE, Javier y ARDITO VEGA, Wilfredo. *Violencia familiar en la Región Andina. Análisis comparado de la legislación*. Instituto de Defensa Legal, Lima, 2004, p. 24 y ss.; ERNESTO CHIESA, Luis. “Mujeres maltratadas y legítima defensa: la experiencia anglosajona”. En: *Revista Penal*. N° 20, La Ley, Barcelona, 2007, p. 51 y ss.

definida por el control sobre los hechos, tiende progresivamente a debilitarse a favor de un nivel cada vez mayor de tensión. En esta etapa la mujer intenta hacer todo lo posible para amortiguar la tensión y que la pareja no descargue la violencia. Cree falsamente que podrá evitarla, como si dependiese de lo que ella hace, tal como él le hace creer. Cuando la tensión alcanza su punto máximo sobreviene el episodio violento.

2. **Episodio violento.** Esta fase se caracteriza por “el descontrol y la inevitabilidad de los golpes, las mujeres se muestran sorprendidas frente al hecho que se desencadena de manera imprevista ante cualquier situación cotidiana. Se trata de una forma de castigo hacia la conducta no adaptativa de la mujer, cuando no ha hecho aquello que el agresor quiere imponer. Finalizada la fase aguda sigue un shock: negación e incredulidad de que el episodio haya realmente sucedido”

3. **Fase de “luna de miel o de manipulación afectiva”.** Esta es la fase opuesta a la anterior se distingue por una conducta de arrepentimiento y afecto del hombre maltratador, y de aceptación de la mujer que cree en su sinceridad. En esta etapa predomina una imagen idealizada de la relación, se produce un resurgimiento de la relación generalmente porque la mujer quiere creer que no se volverá a repetir, o que también eso depende de ella, es decir internaliza una falsa culpa y justificación de las agresiones. Sin embargo, tarde o temprano, se da inicio a un nuevo ciclo.

Las mujeres que pasan por este ciclo por lo común padecen del “síndrome de la mujer maltratada o golpeada”. Este síndrome es considerado una subcategoría del trastorno por estrés postraumático y se ha sostenido que se evidencia a través de tres grupos de síntomas: a) disturbios cognitivos –consistentes en recuerdos invasivos que se repiten y *flashbacks*, que hacen que la mujer reexperimente episodios agresivos anteriores y que se incremente y afecte su percepción del peligro–, b) altos niveles de ansiedad que alteran su sistema nervioso, generan un estado de hipervigilancia y en algunos casos provocan desórdenes alimenticios y de sueño, c) síntomas evitativos o de evitación, consistentes en depresión, negación, minimización y represión, que llevan a la mujer al aislamiento y a la pérdida de interés en las actividades que solía disfrutar.

A la mujer que padece de dicho síndrome se le hace muy difícil romper con el patrón de violencia, una vez que entra en esta dinámica de agresiones y humillaciones, le cuesta salir de ella tanto por su propia situación (dificultades económicas, dependencia afectiva, aislamiento de entorno), como por las amenazas de su pareja. La repetición de este ciclo provoca una especie de desgaste emocional en la mujer que la va debilitando para afrontar la situación y la hace más vulnerable a las agresiones, de manera que cada vez es más difícil salir del círculo. Además, llega un momento en que la mujer maltratada percibe el violento ciclo como parte inevitable de cualquier relación de pareja. Esta banalización de la violencia doméstica generalmente viene acompañada por un sentimiento de que cualquier intento de escapar de la situación de maltrato será peligroso y fútil. La percepción de la peligrosidad de huir es reforzada en muchas instancias por las experiencias de la mujer maltratada. Es común en estos casos que el hombre agrede brutalmente a la mujer que intenta terminar con la relación. Presa de su propio miedo, la víctima pierde toda esperanza de romper con el ciclo de violencia y se resigna a una vida de maltrato. Consiguientemente, en vista del síndrome, muchas mujeres maltratadas cesan de intentar dejar al agresor, a pesar de que ello probablemente aumenta el riesgo de que vuelvan a ser agredidas en el futuro. Los estudios dan cuenta de que las agresiones más feroces se dan en el momento en que la mujer intenta irse. El momento de la separación es reconocido como el periodo más peligroso en una relación de maltrato y se estipula que puede durar hasta dos años después de terminado el vínculo. La pretensión de independencia de la mujer, y específicamente el acto de la separación, es la que exacerba la violencia masculina. Por ello, las mujeres que abandonan a sus maridos enfrentan un riesgo mayor de ser lesionadas o asesinadas.

Por otra parte, desde la psicología se ha explicado que esta inacción –conocida como “desamparo aprendido”–, es consecuencia de que las mujeres víctimas de violencia, no solo pierden la capacidad de ejercer un control sobre sus propias vidas, sino que incluso pierden la capacidad de defenderse y no pueden detener las agresiones. La mujer permanece en la relación, no porque le guste, o porque en realidad no tema por su vida; no se va porque no cuenta con los recursos o la fuerza para hacerlo⁽¹⁸³⁾.

(183) DI CORLETO, Julieta. “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”. En: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. N° 5, Lexis Nexis, Buenos Aires, mayo de 2006.

Todos estos aspectos deben ser valorados, a través de las pericias respectivas para verificar la existencia de los elementos configurativos de una posible legítima defensa por parte de una mujer constantemente maltratada y que termina matando a su agresor.

Así, por ejemplo, debe ser tomada en cuenta para valorar la inminencia o actualidad de la agresión el ciclo de maltrato que sufre la víctima y, que hemos hecho mención líneas arriba (acumulación de tensión, episodio violento y fase de luna de miel o manipulación afectiva). Y es que en efecto, en algunos casos de mujeres golpeadas, no es tan fácil definir cuándo se está frente al fin de la agresión. En estos supuestos, se ha sugerido que el pasado de abuso sea utilizado para redefinir en forma adecuada el concepto de “inminencia” o para evaluar la razonabilidad de la percepción de la agresión como inminente⁽¹⁸⁴⁾.

Otra cuestión a resolver es hasta qué punto los supuestos objetivos pueden ser reemplazados por creencias o valoraciones de la persona que se defiende. Asimismo, valorar qué variables se tendrán en cuenta para juzgar, por un lado, la concurrencia efectiva del peligro, y por el otro,

(184) En cuanto a esta cuestión, un caso de difícil resolución es el de la mujer que mata a su marido golpeador mientras este duerme. Vale esta nota a pie para mencionar dos de los casos que en los Estados Unidos de Norteamérica han generado grandes debates. El primero es el caso de Peggy Stewart, quien en 1986 mató a su marido de un disparo mientras dormía. Desde el primer año de su matrimonio en 1974, Peggy Stewart había sido víctima de violencia y las agresiones habían ido en aumento, hasta alcanzar incluso ataques con palos y armas de fuego. Los abusos afectaron también a una de sus hijas quien sufrió agresiones sexuales y fuertes presiones psicológicas. En razón de los golpes recibidos, Peggy Stewart fue hospitalizada en varias ocasiones. El día del hecho, Stewart había sido obligada a practicar sexo oral en varias oportunidades y su marido la había amenazado de muerte. Durante el juicio la defensa solicitó que el jurado recibiera instrucciones sobre la aplicación de la legítima defensa. En instancia de apelación, la Corte, por mayoría, resolvió que no correspondía dar instrucciones sobre legítima defensa en razón de que no era razonable que una mujer golpeada temiera una agresión inminente para su vida cuando su marido estaba durmiendo. Aceptar esa posibilidad, sostuvo la Corte, era tanto como permitir una ejecución extrajudicial. Por su parte, el voto de la minoría argumentó que la opinión de la mayoría llevaba a negar la existencia de legítima defensa para los casos de privaciones ilegítimas de la libertad o secuestros, en el supuesto de que el agresor armado se durmiera (*State v Stewart*, 243 Kan 639, 763 P2d 572, 1988). El segundo caso es el de Judy Norman. Durante su relación matrimonial, Norman había sido sometida a todo tipo de tratos inhumanos. Su marido la golpeaba y la pateaba, apagaba cigarrillos sobre su cuerpo, la privaba de alimentos, la trataba como a un perro y por ello le daba comida para animales y la hacía comer en el piso. Judy Norman intentó buscar ayuda de la policía y médicos, pero todo fue en vano. Una noche, después de haber sido amenazada de muerte, mató a su marido mientras este dormía. Durante el juicio no se permitió que el jurado recibiera instrucciones sobre la aplicación del estándar de legítima defensa. Para llegar a tal solución se sostuvo que la prueba reunida no permitía argumentar que la acusada hubiera podido creer razonablemente que estaba frente a un peligro grave o inminente para su integridad física o su vida (*State v. Norman*, 324 N.C. 253, 378 S.E.2d 8, 1989). Véase DI CORLETO, Julieta. “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”. En: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. N° 5, Lexis Nexis, mayo, 2006.

las valoraciones realizadas por la persona defendida respecto de dicho riesgo. En relación con esta segunda cuestión, un aspecto sobre el cual corresponde indagar es qué percepción tuvo la persona acusada respecto de la inminencia y gravedad de la conducta lesiva, teniendo en cuenta los abusos sufridos con anterioridad.

Al respecto Chiesa apunta que: “Para la mujer maltratada, si no hay escapatoria, si no hay una ventana de alivio o una percepción momentánea de seguridad, el próximo ataque puede ser el último. Bien entendido el problema, la cuestión central no es si la amenaza era inminente, sino si la creencia de la acusada de que inevitablemente sufriría una agresión letal en el futuro de la cual no tendría oportunidad de escapar era [objetivamente] razonable”⁽¹⁸⁵⁾.

En una relación de pareja existen ciertos códigos de comunicación que son exclusivos e ininteligibles para quienes están afuera; dentro de una pareja ciertos gestos, palabras o tonos tienen significados muy claros que no son iguales de inequívocos para los demás. Para una mujer que vive violencia, una mirada, un movimiento, ya constituyen señales que le permiten prever la agresión que se desencadena. Con frecuencia, las mujeres golpeadas desarrollan un estado de hipervigilancia que lleva a que perciban una situación de peligro frente a gestos que, quienes no fueron sometidos a abuso, no reconocerían como antecedentes de un ataque. La inclusión de un informe de un especialista puede ser útil para explicar los riesgos que sufren quienes están sometidas a maltrato y las percepciones que tienen de ese riesgo⁽¹⁸⁶⁾.

En los casos de que la mujer mata a su agresor cuando este duerme, creemos que no se configura la legítima defensa, pero con ello no se niega alguna otra causa de justificación como el estado de necesidad o, en todo caso, puede presentarse una causa de exculpación, dependiendo de las circunstancias concretas.

(185) ERNESTO CHIESA, Luis. “Mujeres maltratadas y legítima defensa: la experiencia anglosajona”. Ob. cit., p. 55.

(186) DI CORLETO, Julieta. “Mujeres que matan. Legítima defensa en el caso de las mujeres golpeadas”. En: *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*. N° 5, Lexis Nexis, mayo, 2006.

La comprobación del síndrome de la mujer maltratada puede ser pertinente para establecer la concurrencia de una causa de exculpación como, por ejemplo, la eximente de miedo insuperable, o una causa de inimputabilidad como la incapacidad mental. También puede ser relevante para evidenciar la existencia de un trastorno mental que, sin excluir totalmente la culpabilidad del sujeto, la reduce a tal grado que procede atenuar su responsabilidad penal en virtud de la eximente parcial de imputabilidad disminuida⁽¹⁸⁷⁾.

V. LA LEGÍTIMA DEFENSA IMPERFECTA

En los casos en que no se presente una legítima defensa perfecta, la conducta sigue siendo antijurídica, pero podrá atenuarse la pena tal como lo dispone el artículo 21 del CP. Se trata de las llamadas eximentes incompletas en donde si bien no concurren todos los requisitos necesarios para hacer desaparecer completamente la responsabilidad penal, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena en razón de una situación cercana a la legítima defensa.

En este punto, cabe hacer la precisión de que la aplicación de la figura de la eximente incompleta requiere la presencia de cierta base mínima de situación de necesidad. En este sentido, es necesario que exista una agresión, o una apariencia de agresión imputable al agresor, y que se presente una necesidad, cuando menos abstracta, de defensa, pues de no ser así, no será posible ni siquiera aplicar la eximente incompleta⁽¹⁸⁸⁾.

(187) ERNESTO CHIESA, Luis. "Mujeres maltratadas y legítima defensa: la experiencia anglosajona". Ob. cit., p. 57.

(188) GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 593.

El estado de necesidad justificante

Jorge A. PÉREZ LÓPEZ^(*)

INTRODUCCIÓN

Resulta casi pacífica la afirmación de conceptualizar al delito como una conducta (o acción en sentido jurídico-penal) típica, antijurídica y culpable, cuyo estudio corresponde a la teoría del delito, en tanto es esta la que precisa los elementos que deben concurrir, como mínimo y con carácter general, para imputar responsabilidad penal, en procura de lograr una aplicación racional –o al menos coherente y previsible– de la ley penal a los casos concretos⁽¹⁾.

Si la teoría del delito tiene por finalidad conseguir una aplicación racional de la ley penal, entonces debe verificar –en los casos que se presenten– si están dados los presupuestos, generalmente aceptados, de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad para requerir de la agencia judicial una respuesta que habilite el ejercicio del poder punitivo; solo así se considerará que dicha actuación del poder punitivo del Estado no es irracional. Entonces, a efectos de la imputación penal, una vez comprobada la exigencia de una acción en sentido jurídico-penal, se procederá a verificar la tipicidad de dicha conducta; luego para ir completando el mencionado proceso de imputación resulta necesario determinar si esa conducta típica es antijurídica, o sea si es contraria al ordenamiento jurídico (antijuricidad formal) por haber puesto en peligro o lesionado un bien jurídico-penal protegido por dicho ordenamiento (antijuricidad material).

(*) Abogado por la Universidad de San Martín de Porres, con maestría en Ciencias Penales en dicha universidad. Docente universitario de Derecho Penal, Derecho Penal Internacional y Humanitario, Derecho Procesal Penal y Derecho de Ejecución Penal.

(1) Ver <http://www.derechoycambiosocial.com/revista025/legitima_defensa.pdf>.

La teoría de la antijuricidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria a derecho, es decir, el hecho no merece una desaprobación del orden jurídico; es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró⁽²⁾. Como refiere Quintero Olivares: “positivamente la antijuricidad supone que un acto (típico) ha ofendido material y formalmente a un bien jurídico, lo ha dañado, vulnerado, destruido o puesto en peligro; ese acto se corresponde con una de las especies de ataque a ese bien jurídico legalmente amenazadas de pena (tipos). Negativamente la antijuricidad se manifiesta a través de lo que se conoce como causa de justificación. Cuando una de esas concurre, aquel acto que por ser típico era, en principio (indiciariamente), antijurídico resultará justificado”⁽³⁾.

El estado de necesidad es probablemente la causa de justificación de mayor complejidad dogmática y, a la vez, presenta una gran profundidad ético-social, en la que aparecen implicados principios fundamentales que afectan no solo al comportamiento humano en su vertiente individual, sino que además tocan la fibra sensible de nuestro modelo de Estado. Mir Puig enseña que en sentido amplio, el estado de necesidad puede ser definido como una situación de peligro en la que la lesión de un bien jurídicamente protegido aparece como el único medio para salvar un bien del agente⁽⁴⁾. Este punto de partida revela que en todo estado de necesidad se tiene que responder a determinadas dudas, como por ejemplo: ¿De parte de quién se pone el ordenamiento jurídico-penal?, ¿cuáles son los intereses que el ordenamiento penal decide proteger?, ¿qué puede hacer un sujeto inmerso en esa situación de conflicto sin tener que responder penalmente de su conducta?, entre otras.

El estado de necesidad constituye una circunstancia eximente de pena, que excluye la responsabilidad penal, ante un peligro actual e

(2) Vide, BACIGALUPO Z, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. 3ª reimpresión. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 117.

(3) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 367.

(4) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 5ª edición, 1998, Barcelona, p. 450 y ss.

inminente y no causado o al menos no dolosamente por el agente, para un bien jurídico, que solo puede salvarse mediante el sacrificio de un bien ajeno. Existen dos supuestos distintos de estado de necesidad, en primer lugar estará el estado de necesidad justificante, en el que se busca salvar un bien jurídico determinado sacrificando otro de menor valor. Por otro lado, tendremos también el estado de necesidad exculpante, que busca salvar un determinado bien sacrificando otro bien de igual valor.

La distinción del estado de necesidad como causa de justificación del estado de necesidad como causa de exculpación tiene una importancia tanto teórica como práctica. Si se trata de una causa de justificación, por ejemplo, el sujeto que sufre el perjuicio no puede actuar en legítima defensa por no existir agresión ilícita. Por el contrario, sí puede invocarse la legítima defensa cuando el estado de necesidad solo excluye la culpabilidad. Además, en el estado de necesidad como causa de justificación es imposible la participación delictuosa; no así en el estado de necesidad como causa de exculpación (en virtud de la accesoriedad limitada de la participación criminal)⁽⁵⁾.

El presente trabajo tratará específicamente del estado de necesidad justificante, eximente de responsabilidad penal consagrada en el inciso 4 del artículo 20 de nuestro Código Penal de la siguiente manera:

“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, 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 jurídico resulta predominante sobre el interés dañado; y,
- b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro”.

(5) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. 3ª edición, Grijley, Lima, 2005, p. 548.

I. DEFINICIÓN

El estado de necesidad justificante es un estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente pueden conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no dan lugar a una legítima defensa, ni al ejercicio de un deber. El agente se ve “obligado” a elegir una conducta típica que lesiona el bien jurídico de menor valor⁽⁶⁾. Así, existe un interés preponderante, justificándose el sacrificio de otro bien jurídico, por lo que se excluye de esta forma la antijuricidad⁽⁷⁾. Debe remarcar-se que el agente no habría podido realizar un comportamiento distinto; además, no debe estar obligado jurídicamente a afrontar el trance y, por supuesto, tampoco debe haber provocado la situación⁽⁸⁾, pues quien pone deliberadamente en peligro un bien jurídico está realizando ya una conducta antijurídica cuya evitación no puede permitirse a costa de lesionar otro interés positivamente valorado por el derecho⁽⁹⁾. Se podrían citar los siguientes ejemplos de estado de necesidad justificante: el caso del misér-rimo padre de familia que sustrae de la vitrina de una farmacia una caja de aspirinas para combatir la elevada fiebre que aqueja a su menor hijo; el farmacéutico que en lugar de bicarbonato de sodio entrega por equi-vocación cianuro a un cliente y que, advirtiendo su error cuando este ya se ha retirado de la farmacia, utiliza sin permiso un automóvil ajeno para impedir que el comprador ingiera el veneno; el operar a una persona en inminente riesgo de muerte, aunque se oponga la familia del enfermo; el conducir un vehículo a velocidad excesiva, contra el tráfico o sin brevet-e, para salvar la vida a una persona herida.

En sentido amplio, el estado de necesidad puede ser definido como una situación de peligro en la que la lesión de un bien jurídicamen-te protegido aparece como el único medio para salvar un bien del agen-te⁽¹⁰⁾. En el estado de necesidad el bien lesionado y el bien preservado son

(6) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal. Parte general*. Santa Rosa, Lima, 2000, p. 217.

(7) MAURACH, Reinhard / ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte general 1. Teoría general del Derecho penal y estructura del hecho punible*. Trad. de la 7ª ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, pp. 468 ss.

(8) VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Trad. por Luis Jiménez de Asúa, 20ª edición, Reus, Madrid. 1927, p. 341.

(9) BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Ob. cit, p. 217.

(10) MIR PUIG, Santiago. Ob. cit, p. 450 y ss.

protegidos de la misma manera por la ley, y que el titular del bien jurídico que ha sido perjudicado es un tercero ajeno a la situación de peligro. En cambio, en la legítima defensa el bien jurídico lesionado pertenece a quien efectúa la agresión ilícita, haciéndose, en consecuencia, merecedor de tal lesión. Además, si el origen del peligro, en la legítima defensa, es siempre un comportamiento humano, en el caso del estado de necesidad también puede ser un fenómeno de la naturaleza⁽¹¹⁾.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

Como se ha señalado con anterioridad, el estado de necesidad justificante va a eliminar la antijuricidad del acto típico convirtiéndolo en un acto legítimo tutelado por la ley. Con respecto al conflicto de intereses y deberes que subyace en las situaciones de estado de necesidad, existen las denominadas **teorías unitarias o monistas**, que le asigna a tal supuesto la naturaleza de causa de justificación, o bien siempre de causa de inculpabilidad, frente a otro sector, mayoritario, que de acuerdo con la **teoría dualista**, distingue el supuesto de conflicto entre intereses desiguales, en cuyo caso se estaría ante un supuesto de justificación-estado de necesidad justificante⁽¹²⁾.

La doctrina mayoritaria considera al estado de necesidad justificante como una causa de justificación⁽¹³⁾ en la medida en que se den realmente los presupuestos objetivos (como la existencia real del peligro inminente) y los subjetivos (conocimiento por parte del agente de la situación de peligro y la voluntad de evitar el mal grave o salvar un bien jurídico mayor, propio o ajeno; por ejemplo: robar un pan para no morir de hambre). El necesitado tiene derecho a solventar el conflicto de bienes, salvaguardando el superior, aun a costa del sacrificio del interés jurídico de

(11) HURTADO POZO, José. Ob. cit, p. 549.

(12) Ver ARIAS EIBE, Manuel J. *Responsabilidad criminal: circunstancias modificativas y su fundamento en el Código Penal. Una visión desde la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. J.M. Bosch, Barcelona, 2008, pp. 105-106.

(13) Las causas de justificación son aquellas que eliminan la antijuricidad del acto realizado, convirtiendo así al acto típico en un acto lícito acorde al derecho.

entidad menos considerable⁽¹⁴⁾, verbigracia, si ante el ataque ilegítimo de que alguien es objeto por parte de una banda de asesinos, fuga a través de una plantación de rosas, destruyéndola, le amparará el estado de necesidad justificante; el bien dañado y el salvado son de valor desigual; el Derecho, al sopesarlos, se inclina en favor del más importante, que en el caso señalado sería la vida, pues está por encima del patrimonio.

Los supuestos en los que se baraja la posible aplicación de un estado de necesidad justificante tienen como base siempre un conflicto o colisión de intereses.

III. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO EN EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

El **sujeto activo**, en el estado de necesidad justificante, es toda persona que, ante la amenaza de un peligro actual, salva un bien jurídico propio o ajeno. La expresión “hecho destinado a”, utilizada en nuestro Código Penal, se refiere a la realización de una acción conjurante que debe ser típica y, por ende, humana. Los inimputables por anomalía psíquica o grave alteración de la conciencia y los menores de edad, según los incisos 1 y 2 del artículo 20⁽¹⁵⁾, también pueden ser sujetos activos en el estado de necesidad justificante. El agente debe ser consciente tanto de la situación de peligro como de la necesidad de proteger el interés preponderante. La protección de este interés debe constituir el fin decisivo de su comportamiento. Poco importa, sin embargo, que obre, por ejemplo, por ambición personal o para obtener una ventaja pecuniaria.

Es **sujeto pasivo**, la persona natural o jurídica que soporta los efectos de la acción típica realizada por el sujeto activo.

(14) JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *La ley y el delito. Principios del Derecho Penal*. 2ª ed., Sudamericana. Buenos Aires, 1954, p. 304.

(15) Código Penal
“Artículo 20.- 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; 2. El menor de 18 años (...)”.

Una misma persona no puede ser, simultáneamente, sujeto activo y sujeto pasivo; por ejemplo: si una persona, para salvaguardar su casa de un incendio, destroza la contigua que también le pertenece esperando en que, perjudicando la primera, impedirá la invasión del fuego en la segunda. Su conducta, de querer salvar su casa destruyendo otra que también es suya, no es típica y, por tanto, no soporta los efectos de una acción protectora. Cousiño⁽¹⁶⁾ señala que así como no existen delitos en contra de uno mismo, porque no puede ser sujeto pasivo de ellos el propio sujeto activo, tampoco el necesitado que destruye la cosa que le pertenece realiza una acción justificante, pues su hecho resultaría atípico.

Como solo pueden justificarse los comportamientos que son de hecho lesivos al bien jurídico de terceros, se requiere la presencia de alguien que se mueva por necesidad y de otro que soporte la injerencia agresiva del primero. No habrá lesión a la libertad ajena, en consecuencia, si “A” ingresa al domicilio de “B” con su consentimiento, aunque realmente se vea en peligro de muerte por la persecución de que es objeto por parte de una cuadrilla de criminales; falta, en este ejemplo, el “conflicto de bienes afectados” que exige el Código Penal. “B”, pese a la necesidad de salvamento de “A”, no sería sujeto pasivo.

IV. REQUISITOS DEL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

De la regulación legal del estado de necesidad justificante pueden derivarse los siguientes requisitos:

1. Situación de necesidad

El estado de necesidad justificante parte de una situación de conflicto: la situación de necesidad, que implica un peligro en el que el sujeto involucrado se enfrenta a la necesidad de lesionar típicamente un bien jurídico para salvar otro; esta situación es decisiva porque da origen a la eximente: sin ella no puede darse la causa de justificación; por ejemplo: quien por hambre se apodera de una oveja que no le pertenece y lo hace

(16) Ver COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal chileno. Parte general*. Tomo II. Edit. Jurídica de Chile, Santiago, p. 376.

después de haber intentado conseguir alimento por otras vías, como la mendicidad, el trabajo, etc.

La situación de necesidad es el primer requisito de esta causa de justificación. El peligro es un estado en el que se puede pronosticar que la lesión del bien no es improbable de acuerdo con el curso causal que se ha de esperar; cuando la ley exige que un bien se halle en peligro, significa que su titular debe encontrarse en una situación en la cual uno de sus bienes jurídicos puede resultar perjudicado. El peligro solo es relevante para un estado de necesidad si sobrepasa el riesgo vital general⁽¹⁷⁾; no es necesaria una probabilidad preponderante (o alta) de desenlace fatal⁽¹⁸⁾. El pronóstico de peligro para el bien jurídico concernido ha de realizarse objetivamente *ex ante* (antes del hecho); el juicio de apreciación debe ser formulado por un tercero según los conocimientos que, en el momento de la acción, se tenga de los factores presentes o con los que debería contarse en relación a la experiencia común. En ciertos casos, sin embargo, será necesario recurrir a expertos. Según Mir Puig⁽¹⁹⁾, para decidir si concurre la probabilidad inminente de peligro, el juez debe retrotraerse al momento en que actuó el agente (*ex ante*) y enjuiciar la situación según lo haría un hombre medio con sus conocimientos.

La ley exige la existencia de un **peligro actual** para los bienes jurídicos. Pues bien, el peligro importa una situación en virtud de la cual la lesión de intereses jurídicos se presenta como probable. Este puede provenir de un suceso de la naturaleza (como un tornado que genera la necesidad de penetrar en un domicilio ajeno), de sucesos de animales (como el ataque de un perro rabioso), de un hecho proveniente de una conducta humana, bien sea típica (como el incendio de una vivienda, provocado intencionalmente, que lleva inevitablemente a un sujeto a romper los vidrios de una ventana para escapar) o no (como el incendio de los sembríos cosechados, provocado por un campesino con la finalidad de iniciar la siguiente temporada que pone en peligro la vida de unos niños que

(17) No importa la intensidad del riesgo, desde que existe un peligro mínimo de probabilidad de que se produzca un daño.

(18) JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª ed., trad. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 500.

(19) Ver MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 7ª ed. B de f y Julio César Faira editor, Montevideo, 2004, p. 455.

juegan entre los altos matorrales) e, incluso, el peligro puede ser generado por supuestos de ausencia de conducta (como el ataque de un epiléptico dentro de una sala de operaciones y que está a punto de desplomarse sobre un artefacto que ayuda a respirar a un paciente)⁽²⁰⁾.

En la jurisprudencia peruana se reconoce al peligro como elemento del estado de necesidad justificante como se observa en la Ejecutoria Suprema del 19 de julio de 2004, Recurso de Nulidad N° 2538-2003-Ayacucho, en la que se señaló lo siguiente: “Se aprecia que la procesada fue coaccionada bajo amenaza de su integridad física a prestar colaboración a los elementos subversivos, a cuyo efecto colaboró en la preparación de alimentos; que, en consecuencia no existiendo prueba alguna que desvirtúe lo declarado por esta ni prueba que demuestre que haya participado en acciones subversivas, su conducta constituye una causal de exigencia comprendida en el inciso cuarto del artículo 20 del Código Penal, que señala: Está exento de responsabilidad penal: el que ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace su vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro”⁽²¹⁾.

La fórmula “peligro actual” debe ser interpretada con cierta amplitud. En primer lugar, significa que el desarrollo del suceso se dirige de manera inmediata a la producción del resultado, por ejemplo: en caso de un incendio, el peligro es inminente cuando el fuego no ha alcanzado aún las proporciones que lo caracterizan, pero las circunstancias muestran que hay riesgo serio de que próximamente se produzca un perjuicio.

La intervención puede tener lugar de manera inmediata, puesto que con posterioridad podría resultar muy problemática, en el sentido de que la amenaza sería conjurada con mucha dificultad. No es necesario entonces que la persona, por ejemplo, esté por sufrir efectivamente una lesión grave⁽²²⁾. El peligro también es actual cuando la situación riesgosa perdura y puede, aun cuando no de manera determinada, dar lugar a un daño,

(20) Ver VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos. “Estado de necesidad Justificante”. En: *Código Penal comentado*. T. I. Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 697.

(21) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*. Palestra, Lima, 2006, p. 283.

(22) HURTADO POZO, José. Ob. cit, p. 550.

por ejemplo: el estado ruinoso de un edificio, o el hecho de aterrorizar a una persona mediante actos de hostigamiento y violencia. La reacción de quien sufre la molestia y la violencia utilizada son justificadas si al regresar una noche a su casa, sorprende al responsable oculto en el jardín y dispara contra él, lesionándolo levemente⁽²³⁾.

Con respecto a los bienes jurídicos susceptibles de ser amparados bajo el estado de necesidad justificante, estos no están restringidos a la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico individual, aunque así lo exija una interpretación analógica del precepto; debe entenderse que dicha enumeración es meramente enunciativa. Bajo el estado de necesidad justificante no solo pueden protegerse bienes individuales, sino también bienes jurídicos colectivos; no es indispensable que los bienes estén protegidos por el Derecho Penal, es suficiente que gocen de reconocimiento o protección por parte de cualquier sector del ordenamiento jurídico; sin embargo, no procede el estado de necesidad frente a conductas justificadas, de lo contrario, se caería en una inadmisibles situación en la que quien ampara un estado de necesidad puede ser repelido por otro que actúa bajo la misma eximente, cayendo en un círculo vicioso en el que la solución del conflicto pesaría en las manos del más fuerte⁽²⁴⁾.

Los bienes jurídicos involucrados en una situación de necesidad no solo pueden ser propios, sino también ajenos; serán de una persona natural, jurídica o, incluso, del Estado; esta es una de las características que diferencian esta causa de justificación con la legítima defensa, que no podría amparar bienes jurídicos colectivos.

2. Que el bien protegido resulte predominante sobre el interés dañado

La ponderación de los bienes involucrados en la situación de necesidad no debe limitarse al valor abstracto de los mismos —que viene referido por las penas previstas en los tipos penales en concreto—⁽²⁵⁾, sino que también es necesario tener presentes las diferentes particularidades de la

(23) Ídem.

(24) Ver VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos. Ob. cit, p. 698.

(25) Las penas amenazadas en la legislación penal no son sino un indicio de los efectos de la determinación de la jerarquía de los bienes.

situación, como la intensidad de la afectación de los bienes jurídicos; es decir, si estos solo han sido puestos en peligro o, por el contrario, están siendo lesionados, también la proximidad y gravedad del peligro (actuará justificado quien a excesiva velocidad conduce al hospital a un herido que morirá si no es atendido inmediatamente)⁽²⁶⁾, la importancia social de los bienes en conflicto (excluyendo este criterio se llegaría a soluciones materialmente injustas y no acordes con la realidad social; así, frente a la destrucción de la vivienda de un pobre campesino y la cabaña de un multimillonario, será preferible dañar esta última), la idoneidad de la acción salvadora, la finalidad perseguida por el agente, la irreparabilidad o no de la lesión, si el peligro proviene o no del sujeto afectado con la acción salvadora, etc.⁽²⁷⁾ En muchas ocasiones, la pena conminada para determinados ilícitos varía de acuerdo a las modalidades de su comisión, a la gravedad de la culpabilidad e, incluso, a decisiones político-criminales o coyunturales, por eso no debe limitarse la ponderación de bienes jurídicos a solo la sanción que les correspondería.

En la ley se dispone expresamente que debe tenerse en cuenta la intención del peligro que amenaza el bien jurídico protegido. En esta perspectiva hay que considerar, por ejemplo, la posibilidad de proteger el bien jurídico en la situación concreta, el tipo de perjuicio real que lo afectará para salvarlo, la amplitud del perjuicio concreto que amenaza a los bienes jurídicos en conflicto. Así, no se puede excluir del todo el sacrificio de la vida de una persona (rehén en poder de terroristas) para salvar diversos e importantes intereses del Estado⁽²⁸⁾; tampoco se puede excluir lesionar de modo leve a un individuo para evitar un daño patrimonial de gran magnitud. Además de la importancia del bien, también hay que tener presente la gravedad del ataque, ya que lo esencial es que el mal a evitar sea mayor que el mal que se infiere⁽²⁹⁾.

También se protege el interés preponderante cuando el agente descarta un peligro concreto creando un peligro abstracto. Es decir, cuando causa un mal menor con la convicción de que, si se abstiene de actuar,

(26) Ver VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos. Ob. cit, p. 700.

(27) *Ibidem*, p. 699.

(28) Roxin citado por HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 555.

(29) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal. Parte general*. 3ª edición, Barcelona, Ariel, 1989, p. 221.

se producirá con mucha probabilidad un resultado más grave. Así, el que conduce un automóvil en estado de ebriedad (artículo 274 del Código Penal) para transportar a un lesionado (peligro para la integridad corporal o la vida). La duda surge, sin embargo, cuando se piensa que el conductor ebrio pudo haber escogido otro medio para neutralizar el peligro: por ejemplo, solicitar auxilio a la policía o los servicios de un taxista⁽³⁰⁾. También actúa lícitamente el conductor que, para alertar al chofer del coche que le precede del mal estado de una de sus ruedas, sobrepasa el límite de velocidad; el médico que no respeta la luz roja para poder llegar a tiempo y poder atender a una persona herida de gravedad; o quien le quita al propietario las llaves de su automóvil para impedirle conducir en estado de embriaguez⁽³¹⁾. Sin embargo, y sobre todo en los casos referentes a la circulación, hay que asegurarse que el comportamiento del agente no cree un peligro concreto respecto a terceros.

La ausencia de provocación de la situación también debe ser incluida para la ponderación de los intereses, constituyendo la dignidad humana, una referencia ineludible. La provocación debe estar referida al peligro y no a la preordenación de una situación en que se presente como inevitable la protección de un bien jurídico a costa de otro de menor valor, ya que ambas implican diferentes niveles de desvaloración.

En los casos de estado de necesidad en los que se salvan bienes jurídicos propios, el provocador siempre será el necesitado. En los supuestos de estado de necesidad en el que se salvaguardan bienes ajenos, el provocador, ha de ser quien realiza la conducta típica salvadora de intereses ajenos, pues solo de esta manera se arribarían a soluciones más justas; se presentan aún dos soluciones problemáticas: por un lado, quien protege el interés de mayor valor en una situación de peligro que ha sido provocado por el tercero beneficiado (un sujeto que, sin saber nadar, penetra en aguas profundas de un río y está a punto de perecer ahogado, y es salvado por otro que hace uso de un bote ajeno), y, por otro, quien protege un bien jurídico de un tercero en una situación de peligro generada por él mismo (un sujeto arroja a un profundo lago a otro que carece de conocimientos de natación, tomando un bote ajeno para salvarlo, luego de que

(30) Roxin citado por HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 555.

(31) *Ibidem*, p. 555 y ss.

los hechos han escapado de su control); en la primera situación, la conclusión es la apreciación de una eximente plena; en la segunda hipótesis, considerar antijurídica y prohibida la conducta salvadora (el uso del bote ajeno) a favor de quien nada tiene que ver con la provocación resulta, a todas luces, insatisfactorio, pues ello ocasionaría que el sujeto provocador se abstenga de proteger el interés en peligro; declarar conforme a derecho e impune la conducta salvadora que supone la lesión de un bien jurídico tampoco es acertado, pues la situación de peligro es imputable a la conducta del agente. La solución correcta discurre por la sanción de la conducta generadora del peligro (exposición de personas en peligro⁽³²⁾), mas no por el comportamiento típico salvador⁽³³⁾. El provocador que no ha logrado su cometido, amparándose maliciosamente en un estado de necesidad no puede ser ni medianamente justificado, su conducta es plenamente antijurídica.

Sin embargo, existen casos que hay que tomar en consideración; así, por ejemplo, quien luego de ingerir un veneno, abandona la idea de suicidarse; y, para salvarse, obliga mediante amenazas a un taxista para que lo conduzca a la asistencia pública (artículo 151 del Código Penal), podrá alegar que obró de modo justificado en estado de necesidad. Su bien jurídico “vida” es más importante que el bien jurídico “libertad individual” del chofer coaccionado, ponderación que es además conforme a la intensidad del peligro. A pesar de la intencionalidad con la que el sujeto se suministró el veneno, sus bienes no pierden la protección que merecen según su importancia. Con mayor razón, debe aceptarse la misma solución si la situación de peligro fue creada por imprudencia⁽³⁴⁾.

Uno de los argumentos a los que ha recurrido la doctrina para responsabilizar a quien causa un daño a consecuencia de un estado de peligro que él mismo ha creado intencional o imprudentemente, ha sido el criterio de la *actio illicita in causa*, según la cual la producción del perjuicio

(32) Código Penal

Artículo 125.- El que expone a peligro de muerte o de grave e inminente daño a la salud o, abandona en iguales circunstancias 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.

(33) Ver VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos. Ob. cit., pp. 701-702.

(34) HURTADO POZO, Josè. Ob. cit., p. 558.

de los bienes de terceros ha sido puesta en marcha por dicho comportamiento previo⁽³⁵⁾.

Dicho criterio tiene el inconveniente de solo de poder aplicarse a los delitos de resultado. En caso de delitos formales o de pura actividad no es posible imaginar que el inicio de la ejecución es el momento en que el agente crea la situación de peligro. Por ejemplo, cuando un andinista, sin tomar las precauciones necesarias comienza a ascender y, luego, sorprendido por el mal tiempo, debe penetrar en un refugio privado, sin la autorización respectiva, para poner a salvo su vida o integridad física. El hecho de crear el peligro previo no puede ser calificado como comienzo de la ejecución del delito de violación de domicilio (artículo 159 del Código Penal)⁽³⁶⁾.

El criterio de la *actio illicita in causa* revela su deficiencia también en el caso del conductor que provoca por culpa un accidente y no permanece en el lugar de los hechos porque quiere escapar a la reacción violenta de las personas que han presenciado lo sucedido. Su huida constituye una falta según las reglas de tránsito, pero no puede decirse que su realización comenzó con la creación del peligro mediante culpa. La falta puede ser justificada si se comprueba que su integridad corporal es el bien preponderante frente a la salud del accidentado. Reprimirlo significaría entonces que su acción imprudente equivale a la de huir o alejarse del lugar del accidente. La culpa en que incurre el agente al crear la situación de peligro no debe excluir de manera absoluta el estado de necesidad. Ella solo constituye un factor, aunque importante, que debe ser considerado al determinar la proporcionalidad de los intereses en conflicto⁽³⁷⁾.

La obligación de soportar ciertos riesgos derivados del ejercicio de determinadas profesiones u oficios también es un criterio a tener en cuenta en la ponderación; por ejemplo: el bombero no debe rehuir a su obligación de salvar vidas, arguyendo la existencia de un peligro para su vida o integridad física; el agente de policía debe asumir el riesgo de que un

(35) Ídem.

(36) *Ibidem*, p. 559.

(37) Ídem.

delincuente responda violentamente a su detención, etc⁽³⁸⁾. Dichos sacrificios hallarán sus límites en los preceptos jurídicos que regulan su ejercicio y en lo exigible para cada función.

La elección del mal menor, el sacrificio de los intereses menos importantes a favor de los más importantes, son pautas o principios ordenadores de la convivencia humana que deben ser considerados en el caso concreto para valorar globalmente si la acción realizada estuvo en los márgenes jurídicamente correctos. Pero el estado de necesidad justificante no puede ser utilizado como la panacea justificativa de todos los conflictos entre bienes jurídicos; por ejemplo: quien secuestra un avión de pasajeros para escapar de la persecución política en su país, no puede invocar el estado de necesidad justificante frente a los pasajeros inocentes⁽³⁹⁾. En algunos casos, el estado de necesidad se emplea como sustituto de la legítima defensa para justificar la protección de bienes jurídicos frente a ataques de inimputables o frente a actuaciones de quienes creen razonablemente que están siendo atacados y lesionan a un tercero inocente⁽⁴⁰⁾.

El interés protegido debe ser determinado teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto⁽⁴¹⁾. Esto implica un rechazo neto del tradicional criterio de la conspiración abstracta de los bienes en conflicto, pero también la imposibilidad de establecer una regla absoluta aplicable a todos los casos particulares; los diversos criterios que se establezcan serán, pues, siempre de aplicación parcial y nunca producirán las mismas consecuencias respecto a todos los hechos. Además, como en toda apreciación de valor, los criterios personales y las directivas de política criminal que se acepten desempeñan un papel importante⁽⁴²⁾.

El estado de necesidad justificante también entra en consideración cuando dicho conflicto se presenta entre intereses pertenecientes al mismo individuo. El caso citado con más frecuencia, es el del bombero

(38) VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos. Ob. cit., p. 702.

(39) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte general*. 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 374-375.

(40) *Ibidem*, p. 375.

(41) MIR PUIG, Santiago, Ob. cit., pp. 470-471.

(42) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 554.

que se enfrenta a la disyuntiva de lanzar o no a un niño sobre la lona de salvamento para evitar su muerte segura, pero con el riesgo de causarle una lesión. Si esto último sucede, el bombero habrá actuado en estado de necesidad justificante⁽⁴³⁾.

En la jurisprudencia nacional, el requisito de que el bien protegido sea predominante sobre el bien dañado, es reconocido de la siguiente manera: “Hay estado de necesidad justificante cuando el agente lesiona un bien jurídico penalmente tutelado de menor importancia como la tranquilidad pública para salvar otro bien jurídico de mayor jerarquía como la vida humana”⁽⁴⁴⁾.

3. Empleo de un medio adecuado para vencer el peligro

El texto legal (“cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro”) parece referirse a los instrumentos y modos de actuar a los que recurre el agente para descartar los riesgos que corre uno de sus bienes jurídicos.

Un sector de la doctrina sostiene que de la regulación del estado de necesidad justificante se deducen dos niveles de valoración; por un lado, la ponderación de los intereses en juego, y por otro, la valoración ético-social de la acción salvadora; en este segundo nivel valorativo, se determinaría si la conducta de quien obra en estado de necesidad justificante es conforme o adecuada a las concepciones valorativas reconocidas por la comunidad⁽⁴⁵⁾. La cláusula del medio adecuado garantiza al Estado de Derecho en sentido formal frente a la libre optimización de la utilidad mediante la ponderación de intereses. La realización del acto típico debe ser el medio para evitar el peligro, no existiendo para ello un camino menos lesivo; el bien jurídico salvado debe ser mayor al que se sacrifica.

La acción realizada en estado de necesidad solo resultará justificada cuando la desproporción entre el interés que se salva y el que se sacrifica sea esencial (tiene que haber una marcada diferencia a favor del interés que se salva). La comparación de bienes o intereses no autoriza, sin embargo, la realización de acciones que afecten bienes individuales

(43) *Ibidem*, p. 564.

(44) Ejecutoria N° 281-95 Junín del 20 de setiembre de 1996. En: CARO CORIA, Dino Carlos. *Código Penal*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 160.

(45) Ver VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos. *Ob. cit.*, p. 703.

como, por ejemplo, extraer un riñón a uno para trasplantarlo a otro a quien se le salva la vida. En este caso la vida salvada es de mayor jerarquía que la integridad corporal, pero el límite frente a los bienes individuales excluye la posible aplicación del estado de necesidad justificante⁽⁴⁶⁾. La razón de limitación reside en que la acción necesaria en el estado de necesidad, debe constituir un medio adecuado socialmente⁽⁴⁷⁾. En otras palabras, la sola preponderancia de un interés no es suficiente para la justificación; se requiere además de un juicio sobre la adecuación social del medio utilizado para resolver el conflicto de intereses. En todo caso, la diferencia valorativa de los intereses en juego debe ser esencial; en el caso del trasplante que hemos analizado antes faltaría esa característica.

Una sociedad solidaria no puede dejar de exigir un mínimo de disponibilidad individual a sacrificarse en pro de terceros. Pero, al mismo tiempo, tampoco puede dejar de garantizar que el núcleo de los derechos humanos será salvaguardado. En esta perspectiva, la cláusula de la adecuación favorece a que se tengan debidamente en cuenta los intereses personales cuando hay que establecer las relaciones entre el derecho a la autodeterminación y el principio de solidaridad. Un caso muy discutido es el de la extracción de sangre a una persona sin su consentimiento para salvar a otra que está en peligro de muerte⁽⁴⁸⁾.

La cuestión consiste, por último, en precisar si el Estado de Derecho debe o no dejar en manos de cada individuo la libertad de decidir sobre los conflictos morales que afectan directamente a su dignidad personal. Esto lleva a plantearse que si bien no hay que reconocer un deber general de ayuda a terceros, resulta a veces conveniente aceptarlo en casos particulares o excepcionales (por ejemplo, entre cónyuges, padres e hijos, soldados en el frente de guerra). Sin pretender establecer reglas absolutas, debido a las circunstancias peculiares de las situaciones concretas, hay que admitir que cuando se trata de bienes jurídicos individuales, el derecho a la autodeterminación juega un papel decisivo. Y este derecho pesa a favor del bien jurídico atacado y en contra del bien a salvarse⁽⁴⁹⁾.

(46) BACIGALUPO Z., Enrique. Ob. cit., pp. 129-130.

(47) Lo decisivo será, no la realización jerárquica de bienes, sino el merecimiento de protección de un bien concreto en una determinada situación social.

(48) HURTADO POZO, José. Ob. cit., p. 563.

(49) *Ibidem*, pp. 563-564.

Pero la importancia de la autonomía de disponer de un bien jurídico no siempre constituye el criterio decisivo en la ponderación de los intereses en conflicto. En ciertas ocasiones de poca importancia, puede reconocerse la preponderancia al hecho de salvarlo aun cuando el acto suponga tanto la lesión de otro, así como la violación del derecho a disponer de él; por ejemplo, el caso de la extracción no consentida de la sangre de un grupo sanguíneo específico para salvar la vida de otra persona. A favor de esta excepción cuenta el hecho de que el mismo ordenamiento jurídico estatuye limitaciones al ejercicio del derecho a la libertad de decidirse, consagrado en la Constitución, con respecto a los bienes salud e integridad corporal. En el Título preliminar del derogado Código Sanitario (artículo VI) se disponía que ninguna persona podía eximirse de las obligaciones impuestas por las normas de salud, se mencionaba, por ejemplo, el empleo de la fuerza pública para el cumplimiento de las medidas ordenadas a efectos de hacer posible su acción sobre las personas y las cosas. En contra, se argumenta que de esta manera se utiliza a la persona como simple medio; lo que constituye un grave atentado contra su dignidad. Esta objeción supone, sin embargo, una hipertrofia del respeto de la dignidad humana que contradice el mismo derecho de salvar bienes jurídicos fundamentales causando perjuicios insignificantes. En el caso de la extracción de sangre no consentida, significaría entonces que habría que dejar morir al individuo en peligro. La dignidad de la persona no es siempre lesionada por actos coercitivos de poca importancia que son realizados para proteger ciertos bienes jurídicos fundamentales⁽⁵⁰⁾.

El medio adecuado se refiere a los instrumentos y modos de actuar a los que recurre el agente para descartar el riesgo que corre uno de sus bienes jurídicos; se ha de comprobar si la acción realizada para salvar es la apropiada con relación al peligro. Esta es una forma de proteger los derechos de la persona, y no sobrepasarlos.

4. Inevitabilidad

El Código Penal hace referencia expresa a este requisito al señalar que el peligro debe ser “insuperable de otro modo”. Como vemos, el estado de necesidad justificante es subsidiario porque el necesitado está

(50) *Ibidem*, p. 564.

en el deber de evitar el mal mediante el uso de cualquier otra vía (pacífica o agresiva, pero, en este último caso, valiéndose del medio menos perjudicial). Dicho en otros términos, cuando se puede eludir el daño que nos amaga valiéndonos de un medio que no signifique perjuicio a los bienes jurídicos de terceros y no actuamos así, no hay estado de necesidad. Si el mal fue evitable, desaparece la necesidad de superarlo⁽⁵¹⁾.

Si el sujeto, no obstante disponer de medios menos lesivos, hace uso de los más dañosos, solo es posible la apreciación de una eximente incompleta. Es preciso que la realización del mal o la infracción de un deber, que el sujeto realiza para evitar un mal a sí mismo o a un tercero, sea el único camino posible para conseguir la meta salvadora: la comisión del tipo de injusto de un delito que la lesión de un bien jurídico o la infracción de un deber jurídico realizan, ha de ser, por tanto, necesaria; es decir, la evitación del mal que amenaza al bien jurídico solo puede ser conseguida realizando otro mal. Igualmente, la necesidad debe ser también valorada de un modo objetivo, aunque lógicamente teniendo en cuenta la situación concreta en la que se encuentra el sujeto y las circunstancias y medios de que dispone⁽⁵²⁾.

Cuando la única forma de evitar el peligro que nos amenaza sea la realización de un hecho típico ejecutado mediante coacción, habrá estado de necesidad justificante si de la valoración del peligro, el bien protegido resulta predominante sobre el perjudicado; verbigracia, cuando el coactado causa un daño menor que el que podría haber recibido del coaccionante (si “A” sustrae el reloj de “X”, obligado por “C”, quien, pistola en mano, lo amenaza de muerte).

A criterio de Mir Puig⁽⁵³⁾, para que concurra un estado de necesidad es preciso que no haya un modo menos lesivo de evitar el mal que amenaza; verbigracia, si es posible huir de la situación de peligro, debe hacerse. Una interrupción del embarazo para eliminar el peligro de suicidio no estaría justificada si el peligro se puede eliminar de otro modo mediante una ayuda fácil de prestar.

(51) Así BACIGALUPO Z, Enrique señala “(...) la acción no es necesaria si el peligro podía evitarse de otro modo”. Ob. cit., p. 233.

(52) MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. cit., p. 376.

(53) MIR PUIG, Santiago. Ob. cit., p. 460.

La reprobación deja de existir y no hay delito que reprimir, cuando dadas las circunstancias en que se encontraba el agente, una conducta diversa no podría ser exigida (última ratio). Si la búsqueda de ayuda o la huida importan una lesión desproporcionada para el necesitado, la situación de necesidad aún estará presente. Así, quien se encuentra en peligro debe determinar, antes de lesionar el bien jurídico de un tercero, si fuera posible preservar el suyo sea causando un perjuicio menor, sea alejándose del apremio en el que se encuentra, o solicitando ayuda a terceros. De las diversas posibilidades que tiene para salvaguardar su bien debe elegir aquella que no implique perjudicar al tercero o inocente que constituya el mal menor.

En la ley no se dispone, expresamente con relación al estado de necesidad justificante, que el agente deba aceptar o soportar el peligro cuando está “obligado por una particular relación jurídica”. La obligación de soportar ciertos riesgos, no de sacrificarse, es de índole jurídica y no moral ni siempre legal. Si fue de carácter moral significaría entonces que el orden jurídico exige que las personas concernidas se comporten como héroes o santos; esto no sería proporcional ni humanitario. En la mayor parte de las situaciones, sin embargo, el deber de asumir el peligro es un factor que debe tenerse en cuenta para decidir sobre la proporcionalidad de los intereses en el caso concreto.

Una situación especial se da cuando la persona en peligro no puede disponer del bien jurídico que debe sacrificarse para salvar otro de sus bienes. Por ejemplo, el médico que debe practicar una transfusión de sangre a una persona, quien, por convicciones religiosas, no admite dicha intervención. En este caso análogo al estado de necesidad, el acto necesario afecta la esencia o núcleo intangible de la libertad de creencia, la cual constituye un aspecto sustancial de la dignidad personal⁽⁵⁴⁾.

Si los requisitos exigidos en el estado de necesidad no se dan, trataremos un caso de exceso. Los errores del autor sobre las condiciones objetivas y sobre sus límites de existencia serán apreciados conforme a ley.

(54) HURTADO POZO, Juan. Ob. cit., p. 565.

V. FUNDAMENTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

Actualmente, la doctrina⁽⁵⁵⁾, admite como fundamento del estado de necesidad justificante la preservación del **interés preponderante**. Lo que determina la exclusión de la antijuricidad es, según este punto de vista, la necesidad de la lesión unida a la menor significación del bien sacrificado respecto del salvado. La necesidad de la lesión, por sí sola, solo determinaría, bajo ciertas circunstancias, la exclusión de la culpabilidad⁽⁵⁶⁾. La contrapartida de la justificación otorgada al autor es, naturalmente, el **deber de tolerar**⁽⁵⁷⁾ impuesto al titular del bien sacrificado, que se ha **denominado también deber de solidaridad recíproca**⁽⁵⁸⁾, por ejemplo: Germán se encuentra en una persecución, escapando de Miguel (un psicópata) entonces observa que María está saliendo de su auto por lo que la empuja y se lleva el vehículo con el fin de escapar de una muerte segura.

Para fundamentar la justificación se invocarían las siguientes razones: Por un lado, que no podría ser considerado ilícito el acto típico que constituye el medio adecuado para alcanzar un fin establecido por el Estado, que sería la defensa de los bienes jurídicos (**Teoría del fin**), y por otro, que no actúa ilícitamente quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico para salvar otro de mayor valor (**Teoría de la ponderación de bienes**).

El interés jurídicamente reconocido sobre el bien puede verse reducido o contrapesado por el deber de asumir el peligro. Dicho deber puede consistir en un deber especial de una profesión (ejército, policía, bomberos), o parte de una posición de garante ante un bien; por ejemplo: el peligro para la vida de un soldado no justifica su desertión mediante

(55) JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal*. Parte general. Tomo I. Trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981, p. 492; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte general. Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 249.

(56) RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo / UGAZ ZEGARRA, Ángel Fernando / GOMERO CALERO, Lorena Mariana / SCHÖNBOHM, Horst. *Manual de casos penales. La teoría general del delito y su importancia práctica en el marco de la reforma procesal penal*. EBRA, Lima, 2009, p. 77.

(57) Que determina que el afectado o agraviado adopte una actitud de tolerancia frente a la necesidad de su semejante, siempre y cuando que los intereses salvaguardados sean relevantemente más valiosos que los intereses sacrificados.

(58) BACIGALUPO Z., Enrique. Ob. cit., p. 128.

el estado de necesidad; un guía de alta montaña no puede abandonar al grupo en una tormenta invocando el peligro que él corre⁽⁵⁹⁾.

El mismo efecto que la obligación de soportar tiene la voluntad de soportar; en la medida en que el bien sea disponible, la renuncia a la salvación excluye la justificación de la salvación emprendida a pesar de ello, por ejemplo: si la embarazada está dispuesta a soportar incluso graves daños somáticos, no está justificada la interrupción del embarazo. Si el bien no es (enteramente) disponible (por ejemplo: la vida), la salvación emprendida en contra de la renuncia (por ejemplo: al tratamiento médico de una enfermedad) puede constituir un medio inadecuado y por tanto ser antijurídico (tratamiento forzado de una enfermedad).

VI. ESTADO DE NECESIDAD IMPERFECTO Y PUTATIVO

El estado de necesidad justificante, señala Bustos Ramírez⁽⁶⁰⁾, no será aplicable para el caso de una situación de necesidad imaginaria, que deberá resolverse de acuerdo a las reglas del error de prohibición (estado de necesidad putativo)⁽⁶¹⁾. Se está ante este supuesto cuando se da una situación de peligro imaginario. Es en estos casos que habría que analizar si el agente, que cree en la presencia de una justificante, puede superar el error.

Cuando no concurra la circunstancia material del estado de necesidad (situación de peligro) no cabe aplicar el artículo 21 del Código Penal⁽⁶²⁾, pues, este resulta válido solo cuando se trata de un estado de necesidad incompleto, es decir, cuando existe un estado de peligro (circunstancia material) pero no concurre uno de los elementos del estado de necesidad; es en estos casos que habría que analizar si el agente, que cree en la presencia de una situación de peligro que podría dar lugar a un estado de necesidad justificante, puede superar los errores; los que, por lo demás, deberían ser tratados según las reglas del error de tipo; pero no así

(59) Ver JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 511.

(60) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Obras completas*. Tomo I (Derecho Penal parte general) Afa, Lima, 2004, p. 922.

(61) Ídem.

(62) Artículo 21 del Código Penal peruano.- En los casos del artículo 20, cuando no concurra alguno de los requisitos para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal.

cuando los errores recaigan sobre los límites del estado de necesidad, que son de prohibición⁽⁶³⁾.

Los casos denominados “excesos” en el estado de necesidad constituyen situaciones de necesidad imperfectas y se hallan previstos en el artículo 21 del Código Penal. Se distinguen en **exceso extensivo** y el **intensivo**; el primero existe cuando el agente se encuentra en una situación de necesidad imaginaria y, para “salvarse”, perjudica un interés ajeno; el segundo, si se utiliza un medio más lesivo del que correspondía en el caso concreto. En los casos del artículo 20, se estatuye el artículo 21 del Código Penal, cuando **no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad**; el juez, ante estos casos, podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal. Esta disposición no se refiere al **peligro que amenaza**; pues, la ausencia de este requisito excluye el estado de necesidad perfecto e imperfecto por ser médula y vértebra del instituto en comento.

(63) HINOSTROZA PARIACHI, César. *Manual de Derecho Penal*. APECC. Lima, 2006, pp. 175-176.

El estado de necesidad como causa de justificación

Ariana BASSINO BALTA^(*)

INTRODUCCIÓN

Conforme al esquema de la teoría del delito⁽¹⁾ para la determinación de la responsabilidad penal de una persona no basta con que la conducta que lleva a cabo se encuentre prevista como delito por la ley penal, sino que se requiere adicionalmente que esta conducta sea antijurídica⁽²⁾, esto es, que no se verifique la concurrencia de alguna causa de justificación, y que sea culpable⁽³⁾.

En nuestro ordenamiento jurídico, las causas de justificación se encuentran incluidas en el artículo 20 del Código Penal, conjuntamente con las causas de exclusión de la imputación personal⁽⁴⁾ y las causas de ausencia de acción⁽⁵⁾, estableciéndose que en caso de que se verifique

(*) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho y Ciencias Penales por la Universidad de Barcelona y Universidad Pompeu Fabra (España). Socia de Sánchez Málaga & Bassino Asociados S.A.C.

(1) Conforme lo señalan los profesores Manuel Cancio Meliá e Iñigo Oriz de Urbina Gimeno, la teoría del delito, en sus diferentes formas, constituye una “teoría sistemática” aplicable mayoritariamente en los países influidos por el Derecho penal alemán, sin embargo, no puede negarse la existencia de nuevos planteamientos de atribución de responsabilidad penal como el efectuado por Paul H. Robinson que parte del análisis de la función de la pena (Cfr. ROBINSON, Paul H. *Principios distributivos del Derecho penal*. Marcial Pons, 2012.)

(2) El profesor Santiago Mir Puig define la antijuridicidad como “objetiva contrariedad al Derecho penal” (MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 9ª Edición, Ed. Reppertor, 2011, p. 138).

(3) La culpabilidad como elemento de la teoría del delito debe ser entendida como la “posibilidad de imputación personal del hecho antijurídico a un sujeto responsable” (Ibídem, p. 138).

(4) Tal es el caso de los incisos: 1, referido a anomalías psíquicas; 2, referido a la minoría de edad del autor; 5, referido al estado de necesidad disculpante; y, 7, referido al miedo insuperable.

(5) La doctrina define las causas de ausencia de comportamiento humano como “supuestos de hechos del hombre no guiados por una voluntad (no finales): la fuerza física irresistible, la inconsciencia y los actos

alguna de estas causales en la conducta de los sujetos, estos se encontrarán exentos de responsabilidad penal. Del texto de este artículo, se puede afirmar que las causas de justificación que tienen amparo en el ordenamiento jurídico penal peruano son la legítima defensa, el estado de necesidad, el obrar por disposición de una ley, en cumplimiento de un deber o en ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo y el consentimiento.

Nuestro ordenamiento jurídico, al igual que el español, no distingue expresamente entre las eximentes de la antijuridicidad y de la imputación personal; sin embargo, la naturaleza que se otorgue a cada numeral del artículo 20 del Código Penal es importante en atención a sus efectos. En el caso de concurrencia de las eximentes de la antijuridicidad, la consecuencia es la justificación del hecho, mientras que en el caso de la eximentes de la culpabilidad, la consecuencia es la exculpación o disculpa, la misma que no tendrá efectos respecto de los partícipes del hecho de conformidad con la teoría mayoritaria de la accesoriedad limitada en la participación⁽⁶⁾. Asimismo, es correcto afirmar que una conducta no culpable (al concurrir una causal de ausencia de imputación personal) constituye un supuesto de carácter excepcional en el que la ley prevé y dispone disculpar al autor de una conducta que no deja de ser desaprobada.

Relación entre tipicidad y antijuridicidad

El contenido del juicio de antijuridicidad, que permite determinar si una conducta resulta contraria a derecho o no, dependerá del sistema de

reflejos”, en el numeral 6 del artículo 20 del Código Penal se recoge la fuerza física irresistible. Dentro del análisis de la inconsciencia se distingue de esta la figura del *actio libera in causa* en la que “la producción de la lesión sin acción tiene lugar por virtud de una conducta precedente que el sujeto realizó queriendo provocar aquella lesión sin acción o debiendo preverla y evitarla” (Ibídem, pp. 214-215)

(6) Así, por ejemplo, en el caso de la concurrencia de un estado de necesidad justificante, al descartarse la antijuridicidad de la conducta, se desestimará también la responsabilidad de los partícipes de la conducta, al no existir una conducta principal que supere el juicio de antijuridicidad. Por el contrario, en el caso de la aplicación del estado de necesidad como una causa de exclusión de la imputación personal, que descarte el elemento de la “culpabilidad” del esquema de la teoría del delito, sí es posible afirmar la responsabilidad penal de los partícipes porque existe una conducta principal atribuida al autor calificada como antijurídica. Respecto de los requisitos para la punibilidad de la conducta del partícipe, y específicamente en lo que se refiere a afirmar la responsabilidad en delitos especiales en los que el partícipe es *extraneus*, se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo Español del 30 de abril de 2003, ponente José Jimenez Villarejo.

teoría del delito que se asuma⁽⁷⁾, ya que el mismo determinará la relación entre la tipicidad y la antijuridicidad.

Al respecto, los sistemas clásicos son dos:

1. El sistema tripartito

Este sistema comprende tres análisis a realizar como parte de la teoría del delito: el juicio de tipicidad, el de antijuridicidad y el de culpabilidad. En este sistema, la tipicidad y el análisis de la concurrencia de causas de justificación constituyen dos juicios autónomos e independientes con contenido propio⁽⁸⁾. El juicio de tipicidad determinará si la conducta infringe una norma impuesta por el sistema, es decir, si constituye una conducta prohibida por la legislación, aunque posteriormente –en el juicio de la antijuridicidad– se advierta que se trata de un comportamiento permitido, sin que deje de ser típico. Asimismo, al ubicar al dolo en el tipo, la infracción de la norma es per se una de naturaleza dolosa, dolo que no se elimina cuando concurre una causa de justificación.

Para esta teoría, “el tipo se concibe como materia de prohibición, como la materia prohibida. Las causas de justificación no excluyen la prohibición de la norma, sino que permiten su infracción”⁽⁹⁾.

2. El sistema bipartito

Este sistema tiene su origen en la teoría de los elementos negativos del tipo y en los postulados del neokantismo⁽¹⁰⁾. Conforme al mismo la tipicidad implica siempre la antijuridicidad y viceversa. Se trata de un juicio unitario, por lo que las causas de justificación excluyen la

(7) Si se opta por asumir alguno (ver nota 2).

(8) Para Beling, el creador del concepto de tipo, la tipicidad se definía como “la constatación lógica de que el mismo (el hecho) es subsumible en una figura de delito” sin que exista en esta categoría ningún juicio de desvalor. Posteriormente, con el surgimiento del neokantismo, siendo uno de sus principales exponentes Mezger, se otorgó a la tipicidad la calidad de juicio provisional de desvalor. Ambas posiciones darían lugar a las actuales teorías del finalismo y de los elementos negativos del tipo, respectivamente. (MIR PUIG. Ob. cit., pp. 155-156).

(9) *Ibidem*, p. 157.

(10) En la actualidad, son diversos los autores que siguen este sistema bipartito sin ser defensores de la teoría de los elementos negativos del tipo. (Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. 2ª edición, B de F, 2010).

tipicidad, ostentando el tipo una parte positiva que equivale al concepto tradicional del tipo, es decir, a la concurrencia de los elementos del injusto, y una parte negativa, que valora la concurrencia de causas de justificación.

Los defensores de un sistema bipartito de teoría del delito, sostienen la necesidad de que la misma comprenda dos análisis: el de la antijuridicidad y el de la culpabilidad. En este sistema, la conducta solo podrá valorarse como prohibida cuando se ha verificado que cumple los elementos que exige el tipo de injusto y, adicionalmente, no concurren causas de justificación. El tipo subjetivo –dolo– debe referirse a todo el contenido del juicio de la antijuridicidad, incluyendo al denominado tipo negativo.

La diferencia principal entre ambas teorías es que mientras para el finalismo no es adecuado tratar una conducta realizada dentro de los supuestos de una causa de justificación de igual forma que una conducta absolutamente atípica debido a que en la primera sí existe un reproche que debe ser valorado y que no elimina el dolo, aun cuando en el caso particular se pueda justificar; en la teoría de los elementos negativos del tipo, la conducta que se realiza encontrándose dentro del supuesto de una causa de justificación se valora como correcta, sin afirmarse el quebrantamiento del ordenamiento jurídico.

Esta diferencia lleva todavía a un sector importante de la doctrina a valorar que existe una contradicción en el juicio que se realiza conforme a la teoría tripartita, toda vez que la misma permite afirmar que un comportamiento se encuentra prohibido por el ordenamiento, pero que puede permitirse en determinadas circunstancias, resultando, en mi opinión, innecesario el reproche que se formula inicialmente al verificar la concurrencia de los elementos del tipo penal –tipicidad⁽¹¹⁾–, cuando existe una causal de ausencia de antijuridicidad que se conoce desde la valoración del hecho.

(11) Existen autores como el profesor Ricardo Robles Planas que consideran, como en la teoría de los elementos negativos del tipo, que la antijuridicidad debe ser un juicio conjunto, sin embargo, reconocen al finalismo que con la tipicidad de una conducta, si bien no existe la vulneración de una norma, si puede afirmarse una “alteración o perturbación del Estado de cosas que el Derecho quiere proteger”, perturbación a la que otorgan carácter jurídico, mas no normativo, que permite que se “enciendan alarmas” y se inicie una investigación en las que se determinará la concurrencia o no de causas de justificación.

Adicionalmente, desde el punto de vista procesal, el sistema bipartito permite, al negar la antijuridicidad desde el inicio del análisis de la imputación, que en casos en los que se actúa amparado en una causa de justificación se obtenga el sobreseimiento sin la necesidad de llegar a juicio y esperar hasta su conclusión para determinar la ausencia de responsabilidad penal, lo que en un sistema tripartito que afirma la tipicidad y deja para luego el análisis de la antijuridicidad no es posible.

I. FUNDAMENTO DE LA JUSTIFICACIÓN

Para comprender el fundamento en el que se basan las causas de justificación que recogen los distintos ordenamientos jurídicos, es importante partir en, primer lugar, de la legitimidad del Derecho Penal para la restricción y prohibición de conductas, y la imposición de las penas en caso de cometerse.

Conforme lo define el profesor Santiago Mir Puig, el Derecho Penal constituye un medio de control social altamente formalizado y monopolizado por el estado, en virtud de la gravedad de sus consecuencias (restricciones de derechos fundamentales). Refiere además que desde la Revolución francesa⁽¹²⁾ se instauró la exigencia de que el Derecho Penal observara garantías del ciudadano⁽¹³⁾, afirmando que “el poder punitivo, reservado al Estado, solo pueda ejercerse de acuerdo con lo previsto por determinadas normas legales, a aprobar por los representantes del pueblo en los países democráticos⁽¹⁴⁾” Asimismo, conforme a la exigencia de respeto de las garantías de los ciudadanos, agrega que las normas, que constituyen el Derecho Penal, deben determinar con la mayor precisión posible qué conductas pueden considerarse constitutivas de delito y qué penas pueden sufrir quienes las realicen. Es lo que conocemos con la expresión “principio de legalidad”, y en ello consiste el carácter

(12) La Revolución Francesa es consecuencia de un contexto en el que se imponen las ideas de racionalidad y justicia, lo que conlleva no solo al fin del feudalismo, sino a un reclamo por una reforma en la legislación penal y la humanización de las penas, que se plasmó en la obra “De los delitos y de las penas” de Cesare Beccaria (Cfr. BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. 3ª edición, Alianza Editorial, 2014.)

(13) MIR PUIG. Ob. cit., p. 40.

(14) Ídem.

eminentemente formalizado que distingue al Derecho Penal de otros medios de control social”⁽¹⁵⁾.

En tal sentido, se advierte que el autor referido plantea la legitimación del Derecho Penal desde las garantías del ciudadano que son exigibles en un Estado democrático de Derecho.

En el ámbito nacional, en su última obra⁽¹⁶⁾, el profesor Iván Meini ha coincidido en partir del modelo de Estado establecido en la Constitución Política del Perú, para fundamentar la legitimidad de prohibición de conductas bajo amenaza de una sanción, y con ello la restricción del derecho a la libertad de las personas, que lleva a cabo el Derecho Penal. Así, este autor afirma: “la definición formal de Derecho Penal y la descripción de dónde y cómo se regulan las infracciones penales y las penas, sin embargo, no expresan la razón que legitima acudir a la coacción para restringir la libertad de actuación de las personas⁽¹⁷⁾”; conforme al artículo 2 de la Constitución Política del Estado, que reconoce a toda persona como sujeto de diversos derechos fundamentales: “la máxima que reza que el único límite a la libertad individual es el respeto a la libertad ajena, conlleva consecuencias trascendentales para la configuración del Derecho Penal en un Estado constitucional de Derecho: nadie, ni siquiera el Estado, puede prohibir ni sancionar por un comportamiento que no implique un menoscabo en la libertad de un tercero”⁽¹⁸⁾.

En este contexto de legitimación de la actuación del Derecho Penal, dentro de los parámetros que establece la Constitución, es que se debe apreciar el fundamento de la justificación de determinadas conductas que analizadas de manera aislada, podrían, erróneamente, ser consideradas contrarias a derecho, pero en el contexto en el que se llevaron a cabo, determinan la necesidad de un análisis global del hecho para conocer si constituyen conductas reprochables desde el punto de vista jurídico penal.

(15) Ídem.

(16) Cfr. Meini, Iván. *Lecciones de Derecho Penal – Parte General. Teoría jurídica del Delito*. Fondo Editorial de la PUCP, 2014.

(17) *Ibidem*, p. 26.

(18) Ídem.

Cuando hablamos de justificación, siempre estamos hablando de dos intereses, libertades, bienes, etc, que en determinada situación se encuentran en conflicto y es en virtud de las reglas establecidas en el ordenamiento jurídico que este conflicto se resuelve a favor de uno, sacrificándose el otro. El sacrificio de este interés determinará una conducta que configure la realización de un tipo, pero no se tratará, en el caso concreto, de una afectación que constituya una pérdida jurídico penalmente relevante, sino que se tratará de una pérdida tolerada por el ordenamiento jurídico. En cada caso concreto existirá un interés preponderante. La determinación de cuál es el interés que debe privilegiarse se realiza a partir de dos perspectivas:

- a) La que actualmente es la perspectiva mayoritaria en la doctrina y tiene una particular aceptación en el Derecho anglosajón⁽¹⁹⁾, que lleva a cabo una ponderación de carácter utilitarista: ante un conflicto de intereses se debe elegir la conducta que permita la mayor cantidad de bienes salvados y que permita que se salven los bienes más importantes⁽²⁰⁾.
- b) La deontológica que se basa en principios básicos del Derecho: responsabilidad o autonomía y autorresponsabilidad, en virtud de los cuales, cada persona goza de una esfera de libertad que el derecho le concede conjuntamente con la facultad de excluir a los demás de esta esfera; sin embargo, con este espacio de libertad que el Derecho garantiza a cada persona, impone también la obligación a cada persona de no llevar a cabo conductas lesivas para terceros, ya que en este caso, la persona responderá por el daño

(19) Así lo refiere el profesor Luis E. Chiesa al afirmar: “La aprobación casi unánime a lo resuelto en el caso de *La Mignonette* (en el que no se aceptó la justificación del asesinato de un niño náutico para salvar la vida de otros que se encontraban en la misma situación de naufragio) en los países de tradición jurídica anglosajona comenzó a desmoronarse para mediados del s. XX, principalmente debido a la posición que adoptaran los redactores del influyente Código Penal Modelo aprobado por el Instituto Jurídico Americano (American Law Institute) con relación al asunto que aquí se trata (...) expresaron que el estado de necesidad justificante debe poder invocarse como causa de exclusión de responsabilidad aun cuando el delito imputado es homicidio, siempre y cuando la conducta del actor haya salvado más vidas que las sacrificadas. Se trata de un argumento de naturaleza evidentemente consecuencialista en el cual se sopesan las vidas en juego y se justifica la conducta si se evitan más muertes de las que se causan”. (CHIESA, Luis E. *Caso La Mignonette en: Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*. Coord. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. 2ª edición, Editorial La Ley, 2011, pp. 101-102.)

(20) Para el profesor Ricardo Robles Planas, esta perspectiva resulta errónea, toda vez que lleva a soluciones que ni se practican ni se defienden. Señala este autor que las soluciones que ofrece esta perspectiva rompen las concepciones de la dignidad humana.

que genere en ejercicio de la libertad que le concedió el ordenamiento jurídico. En tal sentido, quien se vio afectado puede ingresar a la esfera del agresor y servirse de sus bienes, los mismos que el propio agresor, con su ataque, ha puesto a disposición del afectado en atención al principio de autorresponsabilidad, que lo obliga a asumir las consecuencias de sus propios actos contrarios a Derecho. En el caso del estado de necesidad, en el que el afectado no ha realizado una conducta en ejercicio de su libertad que le obligue a asumir las consecuencias, se considera como fundamento de la justificación el principio de solidaridad⁽²¹⁾ que puede llevar en determinadas situaciones a obligar a que el atacado tolere que quien actúa en estado de necesidad se sirva de sus bienes.

A pesar de que el alcance de las causas de justificación se determina en cada sociedad que proporciona los parámetros para su concepción y aplicación, existen algunas ideas previas, ajenas a lo social, basadas en preferencias normativas que dan lugar a dos grupos de teorías: las teorías monistas y las teorías pluralistas. Las teorías monistas se basan en la “fórmula del motivo bien fundado”⁽²²⁾, mientras las teorías pluralistas combinan el principio del interés preponderante con el de ausencia de injusto.

Partiendo de este último grupo de teorías, el profesor Günther Jakobs⁽²³⁾ realiza una clasificación de las causas de justificación en tres grupos:

1. Aquellas en las que la justificación es consecuencia de un comportamiento de organización de la víctima de la intervención.

(21) Al igual que en el ordenamiento jurídico español, una manifestación del principio de solidaridad la encontramos en el artículo 127 del Código Penal que sanciona al que pudiendo socorrer a una persona que encuentra en peligro, no lo hace. Igual exigencia se encuentra en el artículo 195 del Código Penal español.

(22) El profesor Günther Jakobs precisa: “Las teorías monistas señalan como principio rector: el empleo del medio adecuado para el fin justo, o la ponderación de valores en el conflicto de valores, o el respeto de la pretensión prevalente a un bien en la situación concreta, o la regulación socialmente conveniente de los intereses o contrainteresses. Todo esto no significa nada más que la fórmula del motivo bien fundado” (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General, fundamentos y teoría de la imputación*. 2ª edición, Ed. Marcial Pons, 1997, p. 420.)

(23) *Ibidem*, p. 421.

Es decir, causas de justificación que encuentran su fundamento en el principio de autorresponsabilidad que obliga a quien infringe el derecho a soportar la intervención del afectado por su conducta ilícita. Es el caso de la legítima defensa⁽²⁴⁾.

La naturaleza de la legítima defensa y su correspondiente clasificación dentro de este grupo se evidencian de la definición de la misma. La doctrina la define afirmando que “en ella se enfrentan dos sujetos que se encuentran en diferente situación ante el Derecho: mientras que el agresor infringe el derecho, el defensor se halla en una situación legítima respecto de su agresor”⁽²⁵⁾.

Se advierte, entonces, que lo fundamental de esta causa de justificación se halla en la conducta contraria al derecho de quien ataca ilegítimamente los intereses de un tercero que, como se ha referido previamente, puede servirse de los bienes jurídicos del atacante que actuó en ejercicio de su libertad para defender los propios sin realizar una conducta que merezca un reproche desde el punto de vista penal.

En estos casos, conforme lo señala el profesor Ricardo Robles Planas, la conducta del afectado por la agresión ilegítima es típica, pero está justificada y el fundamento de la justificación será precisamente el principio de autorresponsabilidad que obliga al agresor a tolerar la conducta del agredido como respuesta a su agresión previa.

2. Aquellas en las que la víctima como titular de sus propios intereses administra sus bienes y acepta la intervención, como es el caso del consentimiento⁽²⁶⁾.

(24) En la legítima defensa se otorga a quien sufre una agresión ilegítima el derecho de poder repelerla, siendo que quien llevó a cabo el ataque ilegítimo debe asumir las consecuencias de su acción contraria al ordenamiento jurídico. Esta causa de justificación ha sido recogida por el numeral 3 del artículo 20 del Código penal anteriormente citado.

(25) MIR PUIG. Ob. cit., p. 458.

(26) Debiendo entenderse el consentimiento en sentido estricto, esto es, conforme lo señala el profesor Mir Puig, lo que la doctrina alemana denomina *Einwilligung*, distinguiéndose de la figura del acuerdo, en la que, al desaparecer toda lesividad por la ausencia de oposición del sujeto pasivo, se excluye la tipicidad del hecho. (Ibidem, pp. 516-517).

Conforme a la doctrina, habrá consentimiento “cuando el sujeto pasivo acepta, en determinadas condiciones, que el autor realice la conducta que constituiría delito sin dicho consentimiento”⁽²⁷⁾.

De esta definición, se desprende que lo que caracteriza esta causa de justificación es la aceptación, por parte del afectado, de menoscabo de sus propios intereses o bienes jurídicos, por lo que también en este caso podríamos hablar del principio de autonomía o incluso del ejercicio del derecho a la libertad del supuesto afectado.

3. Aquellas en las que el fundamento es el principio de solidaridad, en virtud del cual se solicita a la víctima de la intervención el sacrificio de sus intereses en beneficio de los de otro⁽²⁸⁾, como es el caso del estado de necesidad.

En este “entran en conflicto sujetos que se hallan frente en la misma posición frente al Derecho: ninguno de ellos es aquí un injusto agresor”⁽²⁹⁾.

Así, mientras en la legítima defensa nos encontrábamos frente a un agresor ilegítimo que ponía, con su agresión, a disposición del afectado sus propios bienes jurídicos, otorgándole con su actuación contraria a derecho la facultad de lesionarlos; en el estado de necesidad, en principio⁽³⁰⁾, no existirá por parte de ninguno de los dos sujetos, una actuación contraria a derecho que legitime una conducta que repela este ataque, no nos encontramos, como se ha señalado anteriormente, frente a una expresión del principio de autorresponsabilidad, sino del principio de solidaridad.

(27) *Ibidem*, p. 515.

(28) Conforme lo precisa el profesor Günther Jakobs, para poder utilizar el fundamento del principio de solidaridad y pedir a la víctima de la intervención que soporte el ataque a sus intereses no solo se exige que el saldo de la ponderación entre el interés amenazado que se pretende salvaguardar y el sacrificado sea positivo, sino que además el saldo debe ser relevante. (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General, fundamentos y teoría de la imputación*. Ob. cit., p. 422).

(29) MIR PUIG. Ob. cit., p. 458.

(30) Al analizar los tipos de estado de necesidad, se advertirá que en el estado de necesidad defensivo –figura considerada intermedia entre la legítima defensa y el estado de necesidad– si existe una aproximación al principio de responsabilidad.

A continuación se analizará el estado de necesidad como causa de justificación conforme a la doctrina y a la legislación nacional e internacional.

II. EL ESTADO DE NECESIDAD

El estado de necesidad es definido por el profesor Santiago Mir Puig como el “estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de los intereses legítimos ajenos y que no da lugar a la legítima defensa ni al ejercicio de un deber”⁽³¹⁾.

Esta causa de justificación se distingue de la legítima defensa en que en esta última existe un ataque antijurídico que permite la acción defensiva con la finalidad de repelerlo, mientras que en estado de necesidad es posible la lesión de bienes o intereses de una persona que no realizó conducta antijurídica alguna. Así, es unánime en la doctrina la afirmación de que para el ejercicio de la legítima defensa debe verificarse el cumplimiento del principio de necesidad⁽³²⁾, mientras que en el estado de necesidad corresponde la exigencia del principio de proporcionalidad de los intereses en conflicto⁽³³⁾.

La estructura del estado de necesidad también resulta similar a la del cumplimiento de un deber, que se suele afirmar que se encuentra entre la legítima defensa y el estado de necesidad, al permitir lesionar bienes más importantes que los que se defiendan siempre en cumplimiento del principio de necesidad –como la legítima defensa–, pero al mismo tiempo se coloca como límite el principio de proporcionalidad, como es propio del estado de necesidad.

(31) MIR PUIG. Ob. cit., p. 457.

(32) Al respecto, el profesor Santiago Mir Puig señala: “Ante el injusto agresor el defensor, amparado por el Derecho, puede reaccionar en principio con todos los medios que sean necesarios para evitar que el injusto triunfe sobre el Derecho” (Ibídem, p. 458).

(33) Atendiendo a que ambas personas se encuentran frente a una situación igual ante el Derecho –no existe un agresor ilegítimo que haya actuado de forma contraria al ordenamiento jurídico– es la diferencia de la importancia de los bienes o intereses en conflicto lo que determinará cuál es el que goza de mayor protección y, por lo tanto, su defensa puede justificar la lesión del otro.

También es posible incluir dentro de los supuestos de estado de necesidad el de la colisión de deberes, tomando una definición amplia de “intereses”. En esta, necesariamente el sujeto obligado debe llevar a cabo una conducta –comisiva u omisiva– en ejercicio de su deber de proteger bienes o intereses personales o colectivos. Así, en los casos de colisión de deberes, existe por parte del sujeto un deber de actuar, precisamente en cumplimiento de alguno de estos deberes (el que se deba privilegiar en el caso concreto), mientras que en los demás supuestos de estado de necesidad lo que existe es una potestad del sujeto de defender un bien o interés de mayor valor que el que se lesiona⁽³⁴⁾.

1. Clases de estados de necesidad

Quienes siguen el planteamiento del profesor Günther Jakobs, reconocen la existencia de dos clases de estados de necesidad: el estado de necesidad defensivo y el estado de necesidad agresivo.

- a) Estado de necesidad defensivo: existe un sujeto denominado “cuasi agresor” toda vez que el mismo no tiene las cualidades para ser considerado un agresor frente al cual poder actuar en legítima defensa. Esto se puede dar en virtud de que su conducta sea imprudente, se trate de una actuación en ausencia de acción o se trate de una conducta amparada por el riesgo permitido, es decir, de supuestos de responsabilidad pero disminuida que hacen que el cuasi agresor deba tolerar la conducta típica de quien ve sus bienes jurídicos o los de un tercero en peligro y decide actuar en salvaguarda de los mismos. En estos supuestos el “necesitado” reconduce el peligro que genera el cuasi agresor hacia los bienes jurídicos de este último. La doctrina entiende a esta clase de estado de necesidad como un supuesto intermedio entre la legítima defensa y el estado de necesidad agresivo, en el que se permite

(34) Se entiende que debe exigirse un mayor valor y descartarse la justificación cuando se trate de valores iguales, aun cuando en el ordenamiento jurídico español se acepten ambas posibilidades, ya que en el supuesto de igualdad de valores no nos encontraríamos ante una causa de justificación, por ser imposible la ponderación ante bienes de igual valor, sino que estaríamos frente a un supuesto de exclusión de imputación personal, que si bien en nuestro ordenamiento tiene una regulación expresa y separada del estado de necesidad que constituye una causa de justificación, en la legislación española no es así. Señala el profesor Mir Puig que en la doctrina alemana se admite en la figura de colisión de deberes la justificación de un deber igual al que se respeta, sin embargo, esto no es acogido por la doctrina española. (MIR PUIG. Ob. cit., p. 460).

una actuación defensiva mayor que en estado de necesidad agresivo, pero menor que en la legítima defensa, permitiéndose que el bien jurídico que se busca salvar sea igual o, incluso, hasta ligeramente menor que el bien jurídico que se sacrifica⁽³⁵⁾.

Un ejemplo que se suele poner de estado de necesidad defensivo es el de persona que dispara al conductor imprudente que lo va a atropellar. Si bien se trata de un supuesto en el que existe una responsabilidad disminuida por tratarse de una conducta imprudente, es precisamente la inobservancia de los deberes de su competencia como conductor la que obliga al cuasi agresor a tolerar el peligro a sus propios intereses que surge con la respuesta del necesitado ante su actuación.

- b) Estado de necesidad agresivo: existe un sujeto necesitado y un sujeto afectado. El peligro que amenaza el bien jurídico del necesitado o de un tercero no proviene del afectado, sino de la naturaleza o de otra persona. El necesitado se sirve de los bienes jurídicos del afectado sin que este último haya provocado la situación de peligro haciendo ejercicio de su derecho a la libertad. En este caso, no es posible hablar del principio de autorresponsabilidad, sino del deber de tolerancia o principio de solidaridad, en atención a que el bien salvado es radicalmente mayor que el sacrificado. Así, se afirma la causa de justificación, por ejemplo, cuando se sacrifica un bien jurídico de carácter patrimonial para salvaguardar un bien jurídico de carácter fundamental como la libertad, la vida o la integridad.

Un ejemplo que se utiliza para explicar esta clase de estado de necesidad es el de la persona que para llevar a alguien al hospital y salvarle la vida luego de un accidente toma el auto de un tercero que ninguna participación tuvo en el accidente –situación que colocó en riesgo la vida de la persona a la que se busca auxiliar– y, sin embargo, debe tolerar el uso de su bien en beneficio de la salvaguarda de la vida de quien ha sido socorrido.

(35) No se configurará la eximente, en cambio, en el caso en el que el bien jurídico sacrificado sea relevantemente mayor al que se busca salvaguardar, porque no se verificará la ponderación en la que se basa esta causa de justificación.

2. Delimitación del estado de necesidad como causa de justificación y como causa de exclusión de la culpabilidad

Para determinar los tipos de estado de necesidad que se reconocen en los distintos ordenamientos jurídicos, existen dos teorías principales⁽³⁶⁾: la teoría unitaria o de la colisión y la teoría diferenciadora o de la diferenciación.

2.1. La teoría de unitaria o de la colisión, que surgió con el planteamiento de Hegel, sostiene que el fundamento del estado de necesidad se encuentra en el mayor valor objetivo de los bienes salvados en comparación de los que se sacrifican. Es en virtud de ese mayor valor que la conducta puede ser considerada objetivamente correcta y, por lo tanto, justificada y no solo disculpada.

2.2. La teoría diferenciadora o de la diferenciación es la dominante en la doctrina y distingue entre dos tipos diferentes de estado de necesidad. Por un lado, aquel que se da en los supuestos en los que se trata de la salvación de un bien o interés objetivamente más importante frente a uno inferior, afirmándose la concurrencia de un estado de necesidad justificante como causa de justificación. Por otro lado, aquel que se da en los supuestos en los que el bien o interés lesionado es igual o incluso mayor al que se salva, en los que, debido a la situación de conflicto en la que se encuentra el sujeto, su conducta puede ser disculpada porque no le es exigible⁽³⁷⁾ que deje de sacrificar el bien o interés lesionado, configurándose un estado de necesidad exculpante o disculpante que excluye la imputación personal.

3. El estado de necesidad en las legislaciones comparadas y peruana

El ordenamiento jurídico penal alemán consagra la teoría diferenciadora, al recoger y distinguir expresamente entre ambas modalidades

(36) El profesor Santiago Mir Puig desarrolla una tercera teoría denominada “Teoría de la adecuación” señalando que la misma “parte de la idea de que la acción realizada en estado de necesidad no es conforme a Derecho, no es jurídicamente correcta, pero no puede castigarse por razones de equidad (de ahí su nombre), habida cuenta de la situación de coacción psicológica en la que actúa el sujeto. Procede de Kant” (MIR PUIG. Ob. cit., p. 460).

(37) Se trata de una de las manifestaciones de la inexigibilidad como parte del análisis de la responsabilidad penal, que se analiza en la categoría de la culpabilidad de la teoría del delito.

de estado de necesidad en los párrafos 34 –como causa de justificación– y 35 del Código Penal –como causa de exclusión de la imputación personal–.

La doctrina española mayoritaria, por su parte, recoge también la teoría diferenciadora, pero en una concepción distinta a la alemana. Así, si bien el estado de necesidad solo está regulado en el artículo 20.5 del Código Penal español⁽³⁸⁾, al recogerse en esta disposición como requisito para la exclusión de la responsabilidad que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar se ha interpretado que existen dos supuestos regulados por esta misma norma: uno en el que el bien o interés que se salva es superior al que se sacrifica, y por lo tanto, constituye un estado de necesidad justificante; y otro, que conforme al texto expreso de la norma no entraría en los supuestos de justificación al ser los bienes o intereses en conflicto de igual valor, debiendo acudir en estos casos al estado de necesidad exculpante. Sin embargo, existen autores que se oponen a esta construcción de estado de necesidad exculpante⁽³⁹⁾, sosteniendo que, conforme a la legislación, lo más adecuado resulta incluir los supuestos de estado de necesidad disculpante dentro del artículo 20.6⁽⁴⁰⁾ referido a la eximente del miedo insuperable que constituye la mayor manifestación de la inexigibilidad dentro de ese ordenamiento jurídico.

Además de los supuestos recogidos en los ordenamientos jurídicos indicados, existe la discusión en la doctrina respecto de la posibilidad de atender a supuestos supralegales de causas de exclusión de la responsabilidad penal⁽⁴¹⁾.

(38) **Artículo 20.- Están exentos de responsabilidad penal**

5. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesiones un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

(39) Cfr. MIR PUIG. Ob. cit.

(40) **Artículo 20.- Están exentos de responsabilidad penal**

6. El que obre impulsado por miedo insuperable.

(41) Así, un sector de la doctrina alemana entiende la necesidad de incluir supuestos de inexigibilidad que escapan a los alcances de sus preceptos legales (párrafos 34 y 35 del Código Penal) como supuestos de exculpación (Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo. *Caso del Leinenfänger en: Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*. Coord. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. 2ª edición, Editorial La Ley, 2011, pp. 119-120).

De lo expuesto, se advierte que es del propio ordenamiento jurídico del que se debe determinar cuál es la teoría por la que ha optado el legislador en cada caso. En nuestro ordenamiento jurídico, el legislador ha optado por un modelo diferenciador, al recoger en el artículo 20 del Código Penal peruano, el estado de necesidad tanto como una causa de justificación conforme al numeral 4, como una causa de exclusión de la imputación personal, prevista en el numeral 5 del mismo artículo:

“Artículo 20.- 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, 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 jurídico resulta predominante sobre el interés dañado; y
 - b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro.
5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica”.

Aun cuando la norma no distingue entre la causal que lleva a la exclusión de la antijuridicidad (numeral 4 que constituye una causa de justificación) y la exclusión de la imputación personal (numeral 5), refiriendo simplemente que no habrá responsabilidad penal en ninguno de los dos casos, de la lectura de ambos numerales se advierten las diferencias que permiten su clasificación como causa de justificación y causa de exculpación respectivamente. En primer lugar, en lo que se refiere a los bienes jurídicos que se encuentren en situación de peligro actual que no

sea posible detener de otro modo, en el estado de necesidad justificante la norma permite actuar en defensa de cualquier bien jurídico, mientras que la norma que regula el estado de necesidad exculpante o disculpante contiene un catálogo cerrado de bienes jurídicos que se puede defender (vida, integridad y libertad). En segundo lugar, la norma que regula el estado de necesidad exculpante o disculpante exige que el bien jurídico en peligro que se busca proteger sea de quien actúa en su defensa, o de una persona con la que esta tenga una estrecha vinculación, mientras que en la norma del estado de necesidad justificante no se da tal exigencia. En tercer lugar, el estado de necesidad justificante tiene requisitos para su configuración⁽⁴²⁾, que el estado de necesidad exculpante o disculpante no recoge, esto es, el mayor valor del bien jurídico que se busca salvaguardar sobre el interés que se decide afectar –proporcionalidad– y el empleo de un medio adecuado para vencer el peligro-necesidad.

4. El estado de necesidad justificante en nuestro ordenamiento jurídico

Presupuesto fáctico y requisito esencial.- Como causa de justificación, el estado de necesidad conforme está regulado en nuestro ordenamiento jurídico, contiene un presupuesto fáctico necesario para la configuración de la eximente, sin el cual no podrá configurarse la causa de justificación⁽⁴³⁾. Se trata del peligro actual e insuperable de otro modo que amenace el bien jurídico propio o ajeno.

Para la configuración del presupuesto fáctico de esta causa de justificación, debe valorarse el peligro más que la sola posibilidad; debe existir una inminencia para poder hablarse de un peligro “actual”, ya que si se trata de un peligro no real, se podrá afirmar la concurrencia de un estado de necesidad putativo⁽⁴⁴⁾.

Respecto de la valoración de la inminencia, señala la doctrina que “el juez debe retrotraerse al momento en que actuó el agente (ex ante)

(42) Requisitos que conforme a la doctrina deben ser entendido como inesenciales, por lo que su incumplimiento daría lugar a una eximente incompleta, a diferencia de la ausencia del requisito esencial o presupuesto fáctico que daría lugar a la negación de la concurrencia de la causa de justificación.

(43) Aunque se trata del presupuesto fáctico de esta causa de justificación, se ha admitido en la jurisprudencia española la concurrencia de una eximente incompleta en casos de ausencia de inminencia de peligro (STS 3 de abril de 78). (MIR PUIG. Ob. cit., p. 467).

(44) *Ibidem*, p. 483.

y enjuiciar la situación según lo haría un hombre medio con sus conocimientos y con los que personalmente pudiera tener el agente²⁷⁽⁴⁵⁾.

El peligro actual e inminente que constituye el presupuesto fáctico de esta causa de justificación no puede provenir de una agresión ilegítima, caso en el cual nos encontraríamos frente a un supuesto de legítima defensa y no de estado de necesidad.

La norma que recoge el estado de necesidad como causa de justificación, faculta la defensa de intereses de terceros, por lo que el peligro real e inminente que constituye presupuesto fáctico de esta causa de justificación puede darse tanto sobre bienes jurídicos personales del necesitado, como respecto de un tercero a quien otra persona decida socorrer.

La norma que recoge el estado de necesidad justificante, hace referencia a que el peligro sea “insuperable de otro modo” lo que nos lleva al requisito esencial de la necesidad. En términos generales, el Tribunal Constitucional ha afirmado que la necesidad se verifica cuando “estén ausentes otros medios alternativos que revistan, cuando menos, la misma idoneidad para lograr el objetivo constitucionalmente legítimo y que sean más benignos con el derecho afectado”⁽⁴⁶⁾.

En la legítima defensa el requisito de necesidad se verificaba ante la inexistencia de un medio alternativo, menos lesivo, pero igualmente eficaz. En el estado de necesidad se debe afirmar que no existan vías o canales institucionalizados a los que el sujeto necesitado pudiera recurrir para superar la situación de necesidad en vez de lesionar el bien jurídico del afectado⁽⁴⁷⁾.

Con la verificación de este requisito, se delimita el ámbito de aplicación del estado de necesidad justificante, el que se circunscribirá a aquellas situaciones en las que no existan procedimientos institucionales o por la inminencia del peligro, el Estado no pueda prestar la ayuda que se requiere.

(45) *Ibidem*, p. 467.

(46) STC Exp. N° 0014-2006-PI/TC.

(47) Cfr. MIR PUIG. *Ob. cit.*

La necesidad constituye un requisito esencial del estado de necesidad como causa de justificación porque en caso de que no se verifique su concurrencia no habrá lugar a eximente, ni completa ni incompleta.

Elemento subjetivo de la causa de justificación.- Existe discusión en la doctrina respecto a la necesidad de que concurra el elemento subjetivo de la causa de justificación, respecto de si se exige que el sujeto actúe con conocimiento de que se encuentra frente a una situación justificada por el derecho⁽⁴⁸⁾. Al respecto, considero que, aun cuando no concurra el elemento subjetivo, objetivamente la conducta del sujeto que actúa bajo una causa de justificación sin saberlo, actúa conforme a Derecho, dentro de lo que el ordenamiento jurídico le permite, a pesar de que el plan criminal que buscaba llevar a cabo no se encuentra amparado por el Derecho. Ello, toda vez que este plan criminal del sujeto no es el que se consuma, sino que queda en tentativa, pudiendo afirmarse incluso, que el curso causal en el que se realizó la tentativa del delito no fue apto para alcanzar el resultado⁽⁴⁹⁾.

En lo que se refiere al error respecto del presupuesto objetivo o elemento fáctico de la causa de justificación, la doctrina se encuentra dividida entre quienes consideran que se trata de un error de tipo y quienes, por el contrario, advierten un error de prohibición⁽⁵⁰⁾. Al respecto, en mi opinión, resulta más adecuado el tratamiento de este error como un error de tipo⁽⁵¹⁾, toda vez que se refiere a la parte fáctica de la situación de peligro, en el caso del estado de necesidad que nos ocupa, supone un error

(48) En nuestro ordenamiento jurídico la norma no precisa la exigencia de este conocimiento. En el caso del ordenamiento jurídico español, antes de la redacción hasta hoy vigente de 1995 se recogía que el sujeto actuará “impulsado por” un estado de necesidad, redacción que daba cuenta de una exigencia subjetiva que a la fecha no existe más. Sin embargo, aun en la doctrina existen autores que sostiene que es posible exigir el conocimiento de que se actúa dentro del presupuesto fáctico del estado de necesidad para considerar que desaparece todo reproche, y con ello, negar la antijuridicidad del hecho típico. El profesor Santiago Mir Puig realiza esta observación, precisando, sin embargo, que la nueva redacción del tipo penal lleva a afirmar “que no es preciso que el estado de necesidad constituya el único motivo del hecho, sino que puede coexistir con otras motivaciones, incluso ilegítimas”. (MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte General*. Ob. cit., p. 474).

(49) Conforme a la doctrina española nos encontraríamos, por ello, frente a un caso de tentativa inidónea, que en ese ordenamiento jurídico es punible.

(50) El Tribunal Supremo español aplica en estos casos la teoría de la culpabilidad, considerando que concurre un error de prohibición, asegurando con ello que no haya impunidad en supuestos de vencibilidad en los que el error de tipo lleva a la aplicación del tipo imprudente, que en la mayoría de tipos penales no existe, no siendo posible la imposición de una sanción.

(51) Es decir, que se trataría de un error que excluye el dolo.

respecto de la realidad y no respecto de la prohibición por parte del ordenamiento jurídico o error de derecho. No se trata del desconocimiento de la prohibición, sino de la actuación de una persona bajo la creencia errónea de que se encuentra en la situación en la que sabe que el derecho permite la actuación en defensa de sus bienes jurídicos.

Requisitos inesenciales.- Conjuntamente con el presupuesto fáctico del estado de necesidad –peligro real e inminente– y con el requisito esencial –necesidad o “insuperable de otro modo”– el numeral 5 del artículo 20 del Código Penal recoge requisitos inesenciales, sin los cuales, se podrá afirmar la configuración de una eximente incompleta que lleve a la disminución de la pena a imponerse⁽⁵²⁾.

El primero de los requisitos que recoge nuestra legislación, es el de proporcionalidad, que en su rol respecto del análisis de la antijuridicidad servirá como herramienta que permita la ponderación de intereses y determinar si el bien jurídico que se busca salvaguardar con la conducta justificada realizada en estado de necesidad es predominante sobre el interés que se daña.

Existen distintas formulaciones respecto a la fórmula que permita, en general, la ponderación o principios en el Derecho Penal⁽⁵³⁾. En la doctrina, el análisis de proporcionalidad se define afirmando que se aplica “con el fin de determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar⁽⁵⁴⁾”.

Conforme al texto expreso que recoge este requisito del estado de necesidad como causa de justificación, para su concurrencia debe atenderse tanto a los bienes jurídicos en conflicto –valor reconocido en la

(52) Ello, conforme lo establece el artículo 21 del Código Penal: “En los casos del artículo 20, cuando no concorra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal”.

(53) Cfr. CARBONELL, Miguel y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Coord.). *El Principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Palestra, 2010.

(54) González-Cuellar en: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Tiempos de Derecho Penal*. Edisofer 2009, p. 225.

Constitución— como a la intensidad del peligro que amenaza a uno de ellos y que genera la situación de necesidad; criterios con los que se analizará si la acción salvadora, y consecuente lesión de un interés en salvaguarda del privilegiado, constituye una conducta justificada y, por ende, carente de reproche penal.

El segundo requisito inesencial del estado de necesidad como causa de justificación es que se emplee un medio adecuado para vencer el peligro, lo que se traduce en la idoneidad de la conducta justificada que se lleva a cabo en la situación de necesidad. El Tribunal Constitucional ha precisado que el análisis de la idoneidad⁽⁵⁵⁾ “exige, de un lado, que ese objetivo sea legítimo; y, de otro, que la idoneidad de la medida examinada tenga relación con el objetivo, es decir, que contribuya de algún modo con la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante”⁽⁵⁶⁾.

De esta definición y su aplicación a la materia del presente comentario, se advierte que la conducta que se realiza en estado de necesidad debe ser una conducta adecuada y útil para lograr la defensa de los intereses que se veían amenazados por la situación de peligro que generó la necesidad. No podrá alegarse la justificación de una actuación que signifique un mayor peligro para el interés que se busca defender o que no represente un cambio en la situación de peligro que lo amenaza.

Más allá de las diferentes teorías que se sostengan, o de los sistemas⁽⁵⁷⁾ que se consideren más adecuados para el análisis de la responsabilidad penal —o incluso, si no se considera adecuado recurrir a estos sistemas, sino fundamentar la responsabilidad penal en los fines de la pena u otras bases de carácter filosófico, sociológico, etc.— todo modelo de atribución de responsabilidad penal recoge, a su manera, la justificación. Sin embargo, en nuestra jurisprudencia es poca la referencia que se hace a la

(55) El examen de idoneidad constituye el primero de los tres análisis que se llevan a cabo en el test de la proporcionalidad, precisamente para conocer si una medida, norma, conducta, etc, determinada que restringe un derecho fundamental es conforme a derecho en el caso que se analiza. Este análisis resulta aplicable al estado de necesidad que, conforme al planteamiento realizado, implica también la ponderación de intereses, que en muchos casos podrán ser derechos fundamentales.

(56) STC Exp. N° 0014-2006-PI/TC.

(57) De carácter abierto —como el que personalmente entiendo, es decir, influido por criterios político-criminales— o cerrado (ver SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios*. Marcial Pons, 2012).

misma, y cuando esta se alega, generalmente es desestimada por los operadores de justicia encargados de aplicar el Derecho.

Esta resistencia en la aplicación de las causas de justificación, en mi opinión, se fundamenta en el desconocimiento, que se advierte de la regulación de la legítima defensa que existe en nuestro ordenamiento jurídico, en la que el legislador ha sentido la necesidad de incorporar expresamente la exclusión de la valoración de la proporcionalidad⁽⁵⁸⁾; modificación que no ha sido motivo de crítica por parte de los operadores de justicia llamados a aplicar la norma, a pesar de ser una precisión que resulta evidente, y por lo tanto innecesaria, para cualquier estudiante de Derecho, o cualquier persona que consulta un manual de parte general de Derecho Penal.

(58) Así, el artículo 1 de la Ley N° 27936, publicada el 12 de febrero de 2003 modificó el texto del literal b del numeral 3 del artículo 20 del Código Penal peruano en los siguientes términos:
“3. b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla 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”.

El consentimiento y los bienes jurídicos disponibles

Branko Slavko YVANCOVICH VÁSQUEZ^(*)

I. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN Y DE EXCULPACIÓN: DIFERENCIAS

Desde que se presentara el Programa de Marburgo por parte de Franz von Liszt, el análisis del Derecho Penal se centró en el análisis de los novísimos elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Con el paso del tiempo, cada uno de estos elementos empezó a “independizarse” dogmáticamente del contenido de los demás; así, la conducta humana (que engloba la “acción” y la “omisión”) generó nuevas instituciones que, por su especialidad, requerían una interpretación bastante propia.

Dejar de lado la concepción iusnaturalista del delito para dar paso a una estructura más esquematizada (que con el tiempo sucumbiría por el desarrollo de los métodos de interpretación dogmáticos) facilitó, también, el desarrollo de la antijuridicidad y la culpabilidad que han sido reconocidos en el marco jurisprudencial, doctrinario y legal nacional. Más exactamente en el artículo 20 que regula las causas de justificación y de exculpación como eximentes de responsabilidad penal.

En principio, para analizar lo que constituye una causa de justificación es necesario establecer una serie de diferencias con respecto a las causas de exculpación:

(*) Abogado. Integrante del área Penal y Procesal Penal de Gaceta Jurídica.

1. La antijuridicidad y las causas de justificación

La antijuridicidad como elemento constitutivo del delito consiste en la necesidad de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido por el Derecho Penal mediante la realización de una conducta típica. No obstante, sobre ella pueden recaer circunstancias que impiden su completa configuración, lo que convierte una conducta típica penalmente relevante en principio, en una tolerada por el Derecho Penal; estas son las causas de justificación.

Las causas de justificación recaen exclusivamente sobre la antijuridicidad del acto; no excluyen su carácter sino que consideran que bajo determinadas condiciones estas no llegan a revestir una lesividad suficiente como para justificar la intervención del Derecho Penal.

Sobre el particular, Villa Stein expresa que las causas de justificación son “conductas adaptativas, aceptables socialmente en vista de la situación de justificación en que concurren y conforme un particular estado social. La causa de justificación en el caso específico desvirtúa el indicio de antijuridicidad a que se había llegado con la realización del tipo, convirtiéndolo en algo lícito y justo”⁽¹⁾.

2. La culpabilidad y las causas de exculpación

Por su parte, la culpabilidad es uno de los elementos del delito que analiza la capacidad del agente de comprender la naturaleza ilícita de su conducta y, por lo tanto, de hacerse responsable por los actos por él cometidos.

En este sentido, las causas de exculpación son aquellas que recaen sobre esta capacidad de modo que evitan que quien realiza una acción típica y antijurídica pueda responder por no comprender la naturaleza delictiva de su acto.

II. CONSENTIMIENTO DEL TITULAR DEL BIEN JURÍDICO

Desde la concepción iuslesiva del delito, von Feuerbach sostenía que en la medida que un sujeto puede renunciar a un derecho

(1) VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte General*. Ara, Lima, 2014, p. 409.

voluntariamente, “el permiso para la realización del hecho, concedido por el lesionado, excluye el concepto de crimen: *volenti non fit iniuria*. La acción adecuada al permiso solo debe dirigirse contra el derecho que se halla sometido a la posible disposición del lesionado. Por el contrario, estando el titular privado del derecho de arbitrio libre o siendo este incapaz para disponer libremente de sí mismo o de lo suyo, el permiso carecerá de eficacia jurídica”⁽²⁾.

Esta concepción considera que el consentimiento excluye la antijuridicidad de la conducta cuando se trata de un negocio jurídico dirigido a esa exclusión, es decir, para Zitelmann, “el consentimiento es un acto jurídico de naturaleza negocial, mediante el cual se concede una autorización al destinatario para realizar la acción”⁽³⁾.

En un sentido contrario Roxin señala:

“En el consentimiento no está en juego ni un conflicto de intereses entre el que actúa y el que consiente ni la necesidad del hecho. Esta genuinidad estructural del consentimiento ha dado lugar a que ya Mezger desarrollara un sistema dualista de las causas de justificación; conforme a ello, la justificación debe obedecer en la mayoría de los casos al principio de interés preponderante, pero en el consentimiento al principio de ausencia de interés: una justificación según el principio de ausencia de interés permite de ese modo que la voluntad imaginada o supuesta como lesionada en el tipo decaiga en el caso concreto. Pero precisamente esta fundamentación demuestra que en realidad no se trata de un problema de justificación sino de tipo”⁽⁴⁾.

Dado que el bien jurídico constituye ese nexo entre el evento delictivo y el derecho afectado, se produce también un vínculo indirecto entre el autor del delito y el agraviado. Es por ello que en determinadas

(2) FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 71.

(3) ZITELMANN, E. “Ausschluss der Widerrechtlichkeit”. En: *Archiv für die civilistische Praxis*, t. 99, 1906, p. 1 y ss., citado por SEGURA GARCÍA, María José. *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 67.

(4) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Civitas, Madrid, 2000, p. 521.

circunstancias es posible que el afectado pueda aceptar la lesión de un bien jurídico que del cual puede disponer.

Sobre la base de esto, tiene que aceptarse que es el ejercicio de las libertades personales las que permiten decidir cómo ejercer los propios derechos y, bajo un criterio de autodeterminación, resolver el grado de afectación que uno está dispuesto a tolerar.

III. EL CONSENTIMIENTO: NATURALEZA DEL INCISO 10 DEL ARTÍCULO 20 DEL CÓDIGO PENAL

Teniendo en cuenta que por el consentimiento el agraviado acepta los resultados lesivos recaídos sobre el bien jurídico protegido sobre el cual es titular, no se configura una lesión penalmente relevante a pesar de la conducta típica. Ante la ausencia de esa lesión, lo que se evita es la materialización de la antijuridicidad.

En consecuencia, el consentimiento del titular del bien jurídico regulado en el inciso 10 del artículo 20 del Código Penal constituye una causa de justificación que, para ser perfecta, requiere del cumplimiento de serie de requisitos de validez del consentimiento.

Sobre el particular, Quintano Ripollés sostiene en un sentido crítico:

“En el elemento de voluntariedad relacionada con la capacidad del otorgante, la pura y simple equiparación a la edad civil, que es el sistema simplista empleado por Grispigni, es a todas luces inapropiado. En este punto las principales soluciones brindadas por los especialistas, además de la mencionada, son la de asimilar la capacidad de consentir a la de la plenitud de la responsabilidad criminal (Klee, Finger, Hole, Saltelli) y la de fijar como norma la de la edad para entablar querrela (Delogu)”⁽⁵⁾.

Con tal de poder afrontar ciertas situaciones o realizar algunas otras, los titulares del bien jurídico pueden optar por aceptar riesgos de lesión.

(5) QUINTANO RIPOLLES, Antonio. “Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal”, p. 332. Disponible en: <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2770929.pdf>.

Así, por ejemplo, quien con intención de disfrutar su visita arqueológica penetra una zona declarada peligrosa por la autoridad, no podrá exigir la intervención penal del Estado por las lesiones que se autocausará.

IV. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL CONSENTIMIENTO

1. Agente legalmente capaz

Para la validez del consentimiento, es un requisito indispensable que tanto el autor de la conducta típica como el agraviado titular del bien jurídico gocen de capacidad reconocida legalmente.

En el caso del autor, es necesaria la capacidad para que pueda comprender la naturaleza de la acción sobre la que recaerá el consentimiento; de lo contrario (ante la ausencia de capacidad), su conducta no será de interés para el Derecho Penal.

Por su parte, es indispensable que la víctima esté en plena capacidad para disponer de un bien jurídico y aceptar su lesión con las consecuencias que ello traerá, como lo es el hecho que no podrá exigir tutela jurisdiccional por las responsabilidades civiles y penales que en un caso de ausencia de consentimiento se materializarían.

Sobre la base de lo expuesto debe especificarse que es necesario que no exista ningún tipo de vicio o violencia sobre la capacidad pues eso implica la ausencia de voluntariedad, es decir, ausencia de libertad en el consentimiento.

Sobre el particular, Politoff et ál han escrito que “el consentimiento consiste en la aceptación o permiso libre y consciente por parte del particular afectado por la acción típica para que otro realice esa conducta. Para consentir en este sentido, no es necesaria una capacidad en sentido civil, sino solo la necesaria materialmente para la comprensión del sentido del acto”⁽⁶⁾.

(6) POLITOFF L., Sergio et ál. *Lecciones de Derecho Penal chileno*. 2ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 239.

2. Oportunidad

El titular del bien jurídico debe tener oportunidad de evaluar la lesión o el riesgo de lesión antes de que esta se produzca, caso contrario, no podrá ser válido el consentimiento brindado sobre cursos riesgosos ya establecidos por el autor sobre quien recae la venia para realizar una acción antijurídica inválidamente consentida. Trae como consecuencia la materialización de la antijuridicidad.

En tal sentido, Maurach, Zipf y Gössel acertadamente exponen:

“El punto de referencia jurídico del consentimiento es siempre un resultado, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico disponible. La referencia a la acción surge solamente para la concreta delimitación fáctica de esta renuncia a un bien jurídico, conforme a la situación concreta. En ese sentido, el otorgante del consentimiento puede restringir su renuncia al bien jurídico a determinadas acciones del destinatario del consentimiento”⁽⁷⁾.

Es decir, la posibilidad de disponer de un derecho impide que la configuración de ese nexo representado por la lesión del bien jurídico que, dada su naturaleza accesoria a la afectación de un derecho, el deseo del titular que acepta la lesión.

3. Disponibilidad del bien jurídico

Como se tratará más adelante, existen ciertos bienes jurídicos por los que el Estado sobrepone su función tuitiva al interés particular. El consentimiento sobre un bien jurídico indisponible o por encima de los límites de uno disponible no excluye la antijuridicidad.

V. EFECTOS DEL CONSENTIMIENTO EN BACIGALUPO⁽⁸⁾

Al constituir causa de justificación, el consentimiento produce una serie de efectos que le son immanentes y que recaen exclusivamente en

(7) MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl-Heinz y ZIPF, Hans. *Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible*. Astrea, 1994, p. 296.

(8) Los puntos desarrollados en el siguiente apartado forman parte de una de las esquematizaciones mejor elaboradas en el mundo iberoamericano desarrollado por el reconocido jurista Enrique Bacigalupo. Al respecto: vide BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996, pp. 121-122. Para un desarrollo más extenso: EL MISMO. Ob. cit.

las responsabilidades posteriores. Al respecto, podemos advertir que produce consecuencias de dos tipos: una penal, vinculada con la principal pretensión de interés punitivo estatal y que vincula al autor con el Derecho Penal; y una civil, que busca resarcir daños patrimoniales de naturaleza privada producidos a raíz de la comisión de un hecho ilícito.

Como se ha dicho más arriba, la justificación determina:

a) Exclusión completa de responsabilidad penal y civil por la realización del hecho típico para el autor

Una de las consecuencias más importantes del consentimiento válidamente dado es que impide la materialización de la antijuridicidad. Esto aplica, desde luego, tanto a las consecuencias penales y civiles del ilícito. No obstante, esta exclusión no se presenta por el simple hecho de ser.

La exclusión de la responsabilidad deriva de la ausencia de legitimidad para una pretensión punitiva estatal en la medida que la no afectación del bien jurídico (como una de las exigencias indispensables del principio de lesividad) no se fundamenta en una causa distinta que la del consentimiento del propio titular. Es decir, si el mismo titular es el que decide renunciar a una tutela penal, cualquier responsabilidad achacada a quien realiza la figura típica representará, sin más, responsabilidad objetiva.

Así, tenemos que con relación a la exclusión de la responsabilidad penal se acepta que la conducta realizada por el agente no es suficiente para hacerlo responsable por efectos meramente típicos. Y es que la sola tipicidad consiente ningún tipo de valoración per se, esto es, por el simple hecho de ser.

Por otro lado, la exclusión de cualquier responsabilidad civil, aparte de la vinculación necesaria con un hecho lesivo, también encuentra base en la inexistencia de interés privado en el resarcimiento del daño.

Con ello pretendo decir que el consentimiento hace que sea el propio agraviado quien acepta ese riesgo o lesión voluntariamente, por lo tanto, ni siquiera desde los puntos de responsabilidad civil se podría fundamentar una conducta antijurídica, pues al aceptar la producción de esos resultados por parte del agente, el

agraviado asume también los daños civiles derivados de ello. Por ejemplo: quien conscientemente acepta que otro destruya un instrumento de trabajo (delito de daños) lo hace también con respecto a las carencias o disminución patrimonial que deriva de ello.

b) Exclusión completa de responsabilidad penal y civil por la colaboración en la realización del hecho típico o la inducción al mismo (extensión del efecto justificante a los partícipes)

Mientras que en el punto anterior se hablaba de la relación entre el autor-agraviado, también debe mencionarse que el consentimiento también es extensible a los cómplices y partícipes. Así, Bacigalupo sostiene que el que induce a otro a defenderse dentro de los límites de la defensa necesaria o a obrar dentro del estado de necesidad o le preste ayuda en esas circunstancias, está justificado de la misma manera que el autor.

Un primer punto importante es la complicidad. La complicidad se entiende como la prestación dolosa de auxilio para la realización de un hecho punible. Pero, como se ha expuesto ya, al ser una conducta que no reviste antijuridicidad, no podrá responder por un simple resultado típico. Bajo este concepto, quien entrena a un boxeador para poder luchar contra su oponente, no responderá como cómplice de lesiones por los golpes que el contrincante reciba durante la contienda.

En el caso del inductor, no debe entenderse que sea él quien busca generar el conocimiento (uno de los requisitos es que este sea espontáneo); sino que debe producir en el autor la voluntad de aceptarlo y así realizar la conducta típica. En este sentido, quien induce a otro a aceptar la propuesta del propietario de llevarse un carro, no puede ser sometido a proceso penal por inducción al hurto.

Los fundamentos de la exclusión de las responsabilidades penales y civiles, desde luego, siguen la misma lógica expuesta.

c) Exclusión de la posibilidad de defensa necesaria contra el que obra justificadamente

Quien en su calidad de titular del bien jurídico otorga un consentimiento válido para asumir el riesgo o la lesión, no quedará

exento de responsabilidad si a causa de ello lesiona los bienes jurídicos del consentido.

Sin embargo, debe tenerse presente que esto no excluye la posibilidad de retractarse del consentimiento, pues quien renuncia a la tutela de un bien jurídico no está impedido de retornar a ella. No obstante esto no le posibilita a atentar contra quien realiza la conducta típica de buena fe o sobre la base de, precisamente, ese consentimiento.

Por ejemplo, quien lesiona al agente que se apoderó de su bien sobre la base de su consentimiento, no encontrará justificada su conducta.

Desde luego, habrá situaciones que impidan la correcta manifestación del consentimiento. Estos efectos dependen de las siguientes condiciones⁽⁹⁾:

a) La creación intencional de la situación que da lugar a la permisión (provocación de la situación) excluye el efecto justificante

Como un principio elemental, no puede desconocer su responsabilidad quien genera un resultado jurídicamente tutelable, si sobre una persona es quien domina el hecho y voluntariamente busca su producción y se hace acreedor también de intereses públicos o privados de protección.

Esto significa que si, en el ámbito penal, la víctima se ve obligada a brindar consentimiento a quien produce una fuente de peligro, no rechaza en lo absoluto la posterior tutela penal pues su voluntad de aceptar una fuente de peligro o la lesión a un bien jurídico no ha sido voluntaria.

Por ejemplo, quien acepta tener relaciones sexuales con su captor con tal de no ser asesinado, cuenta todavía con amparo penal por el delito de violación ya que ese consentimiento no ha sido

(9) BACIGALUPO, Enrique. Ob. cit., pp. 121-122.

voluntario sino destinado a reducir los resultados lesivos que una eventual negación del consentimiento hubiera maximizado.

Es por ello que no se reconoce la causa justificante, porque la víctima no ha tenido oportunidad de aceptar el riesgo de lesión sino que es durante la puesta en peligro que se ve obligado a brindar un consentimiento.

- b) La justificación se limita a la acción necesaria para salvar el bien jurídico; es decir, la acción será justificada si dadas las condiciones de la causa de justificación concreta el autor no podía realizar ninguna otra acción para salvar el bien jurídico**

En el caso de que se presenten circunstancias especiales que hagan necesario que la víctima (ya no del delito sino de la mera acción típica) acepta la lesión de un bien jurídico del cual es titular a fin de evitar una mayor lesión o la puesta en peligro de otro propio; quien realiza la acción típica consentida no podrá exceder los límites.

Es decir, son situaciones especiales donde se busca la defensa de bienes jurídicos disponibles. Una defensa arreglada a derecho, desde luego. En tal sentido, al estar revestido en la causal de justificación de defensa de bienes jurídicos de terceros, también podrá configurarse una causal justificante imperfecta en caso de que se cause una lesión mayor a la consentida siempre que esta haya sido dolosa.

VI. ANTECEDENTES DEL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO

Uno de los principales problemas en el inicio de las ciencias jurídico-penales consistió en la fundamentación de la intervención del poder punitivo. La interdicción de la arbitrariedad estatal exigía una justificación lo suficientemente fuerte para superar esa limitación jurídica a la que se sometía cualquier intromisión en las libertades de las personas mediante la pena.

Si bien hoy por hoy podemos encontrar consenso en la teoría del bien jurídico como uno de los principales soportes del Derecho Penal mínimo

y de los procesos de criminalización; el camino que tuvo que atravesar el jurista y el legislador era bastante demandante. No cualquier teoría podía servir de fundamento para la intervención estatal porque un solo punto débil podía generar impunidad.

Entre las principales posturas que buscaban fundamentar la intervención del Estado frente a la criminalidad se encontraba la que propugnaba una naturaleza lesiva de derechos de los delitos (los delitos solo podían lesionar derechos) y otra que era lesiva de bienes (los delitos solo podían lesionar objetos materiales). No obstante, ambas fracasaron por no poder complementar los vacíos que en sí mismas generaban.

1. El delito como lesión de derechos

Antes de la aparición de la teoría de los bienes jurídicos, uno de los primeros esquemas dogmáticos que quiso justificar la intervención del Estado en la sanción de los delitos fue la postura que propugnaba que con el Derecho Penal se buscaba evitar la lesión de derechos cuyo antecedente proviene de von Feuerbach. Esta tesis sostenía que el Estado debía proteger a las personas de todas aquellas conductas especialmente graves que atentaban de forma más lesiva contra sus derechos.

La postura de Feuerbach sostenía:

“Puesto que la conservación de los derechos es el objetivo general de las leyes penales, serán objeto de sus conminaciones protectoras tanto los derechos de los súbditos, como también los derechos correspondientes al Estado (como persona moral). El que mediante la infracción de una Ley penal lesione en forma directa los derechos del Estado, comete un crimen público (crimen de Estado, del *publicum*); y siendo el derecho de un súbdito objeto inmediato de la contravención, es este un crimen privado (del *privatum*)”⁽¹⁰⁾.

La teoría de la naturaleza iuslesiva del delito traía a colación una concepción más individualista del delito, centrado exclusivamente en el

(10) FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 65.

interés de la víctima cuyo derecho veía lesionado. No interesaba, ni era necesaria, una interpretación contraria en la medida que se aceptaba que solo el titular de un derecho (lesionado) fuera el habilitado para pedir la intervención estatal. Esto no significaba, en lo absoluto, que el Estado no interviniera en la persecución penal; sino que la existencia del lesionado legitimaba su participación como titular de la acción punitiva.

El principal problema con esta concepción es que si bien permitía fundamentar la afectación de un derecho desde un punto de vista netamente jurídico, entraba en fuerte discusión con el plano fáctico, pues, la lesión a un derecho no le impedía a su titular seguir disfrutando de él. Esto significaba que, por ejemplo, quien sufría un robo veía lesionado su derecho al patrimonio; sin embargo, en el plano real no dejaba de ejercer derechos patrimoniales para con los demás bienes que se encontraban en su poder.

En tal sentido, la idea que la sola afectación del derecho era capaz de legitimar la participación del Estado caía por el propio peso del derecho afectado. Este dilema se acrecentó con el paso la interpretación constitucional y la posterior interpretación *ad hominem* de los derechos: es imposible que una persona vea debilitado su derecho por una lesión externa porque en su calidad de persona sus derechos son exactamente los mismos en todo momento, con la misma intensidad y oponibilidad hacia terceros.

Si a pesar de ello quedaban dudas sobre la fortaleza argumentativa de la interpretación iuslesiva del delito, esta sucumbía completamente frente a la necesidad de fundamentar la intervención estatal cuando se extinguía un derecho. Por ejemplo, conforme a esta postura, en el delito de homicidio se lesiona el derecho a la vida de la víctima; sin embargo, en la medida que la muerte extingue a la persona y accesoriamente sus derechos, el Estado ya no tendría fundamento para intervenir, pues aquello que lo legitimaba ha desaparecido, ha dejado de tener efectos positivos y/o negativos en el mundo jurídico.

2. El delito como lesión de bienes

Aceptada mayoritariamente la imposibilidad de que el Estado brinde protección penal contra la afectación de derechos se pensó que los delitos

tenían que afectar objetos que perduraran a pesar de la extinción de los derechos (que deslegitimaba la intervención estatal). Se vinculó el interés penal con la afectación de los bienes sobre los que ejerce dominio la persona. Así, el hecho de la existencia de bienes sobre los que recaiga el ejercicio de un derecho facilitaba la identificación de razones para el accionar punitivo estatal.

La vida también pudo considerarse como el bien que se vinculaba con el derecho a la vida, una casa o propiedades con el derecho al patrimonio. No obstante, en derechos más abstractos, como la libertad, el derecho al voto, o a la libertad de expresión (mucho más desarrollados en la normativa de la segunda mitad del siglo XX) esta interpretación flaqueaba. No todo derecho se encontraba representado por un bien material o, incluso, entraba en la discusión de si efectivamente podría considerarse un bien. Así, por ejemplo, mientras que en los delitos contra el patrimonio no parecía haber discusión sobre la materialidad del “bien” afectado (objetos materiales)

3. El delito como lesión a un bien protegido

Para 1834 ya Birnbaum entendió que lo que el Estado debía proteger eran precisamente bienes, sin embargo no bienes en el sentido material, sino unos sobre los que la sociedad tenga especial interés en la protección, es decir, “objetos protegidos” por el Derecho Penal. Este se convirtió en el primer concepto diferenciador y precursor del posterior desarrollo del bien jurídico. De este modo, algunos bienes se volvieron objeto de tutela penal por el interés predominante del Estado y de la Sociedad. En esta discusión también habría entrado von Liszt con su postura del “interés jurídicamente protegido”, sin embargo, no satisfizo del todo a la doctrina. Existía, para ese entonces, una desvinculación del concepto de “bien protegido” (sea interés de *Liszt* objeto de *Birnbaum*) con el apartado normativo, una desvinculación, en consecuencia, con el Derecho Penal.

Llegados a este punto, es importante tener en cuenta que la necesidad de legitimar la intervención penal era lo que aún no estaba resuelto. Zaffaroni sostiene que no quedaba satisfecha la vinculación de la acción legitimante con la naturaleza normativa que reviste el Derecho Penal:

“El concepto legitimante del bien jurídico (bien jurídico tutelado) es producto de una confusión incompatible con el carácter fragmentario de la legislación penal y con el carácter sancionador de esta. En efecto: la legislación penal no crea bienes jurídicos, sino que estos son creados por la Constitución, el Derecho Internacional y el resto de la legislación⁽¹¹⁾”.

VII. CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO

No solo bastaba el interés estatal para fundamentar la criminalización de una conducta, era necesario ir más allá, pues el Estado podía buscar proteger también sus intereses económicos, religiosos, morales, etc.; elementos sociales sobre los que el Derecho Penal no tiene ningún interés. Por este motivo se encaminó el concepto de bien protegido de Birnbaum al criterio de defensa de derechos.

Ese bien solo podría legitimar la intervención del Derecho Penal si conectaba al delito con la defensa de la persona. Por ello, el interés dejó de ser meramente social para pasar a ser uno de relevancia jurídica. En tal sentido, el ahora fortalecido concepto de bien protegido resaltaba su carácter de ser un sujeto pasivo de interés jurídico que al vincularse con el Derecho Penal encontró fundamentación en la normativa (ley positiva), y se convirtió en un bien jurídico protegido.

Al respecto, Claus Roxin, quien reforzaría su fundamento político-criminal posteriormente, sostuvo que “no es una idea revolucionaria que el Derecho Penal debe proteger los bienes jurídicos. Pero es un avance significativo con respecto a las doctrinas que asignan al Derecho Penal la tarea de proteger la moral, la religión o de ciertas ideologías políticas”⁽¹²⁾.

Una interpretación importante de la legitimación del Derecho Penal, a la luz de esta nueva interpretación sobre el bien jurídico, la brinda Bacigalupo.

(11) ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Ediar, 2006, p. 486.

(12) Entrevista a Claus Roxin por Branko Yvancovich. En: *La Ley*. N° 1, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 72.

“La necesidad de identificar el objeto protegido por el sistema penal tiene un claro origen liberal y garantista. El concepto de ‘bien jurídico’ nace como un planteamiento programático cuyo objetivo era limitar el poder de definir conductas criminales del Estado a la exclusiva protección de bienes jurídicos. De ahí que hayan sido numerosos los esfuerzos de los penalistas por dar un concepto material de bien jurídico entendiendo por tal uno que sirviera de instrumento para limitar el poder de definición estatal”⁽¹³⁾.

El bien jurídico soluciona varios problemas de fundamentación de la antijuridicidad en el delito presentes en la discusión dogmática, pues ese carácter lesivo se vinculaba directamente con la naturaleza normativa del Derecho Penal.

Ya a raíz de ello se permitió homogeneizar la discusión de la legitimación del Derecho Penal desde un mismo plano, un mismo enfoque que, además, sirvió para:

“El objeto de protección y fuente de origen de una norma penal debe ser un bien jurídico en un Estado social y democrático de Derecho. Son bienes jurídicos, por ejemplo, la vida, la salud individual, el patrimonio y el medio ambiente. Cuando el Estado dicta una norma penal señala también el bien jurídico protegido. Este bien jurídico es un valor del sistema social concreto de que se trate. De esta forma, cuando la norma prohíbe matar está al mismo tiempo señalando que el bien jurídico vida es un valor del sistema. En un Estado social y democrático de Derecho una norma que no tenga su fuente de origen en la protección un bien jurídico, carecerá de validez material. Sobre el particular se volverá más adelante”⁽¹⁴⁾.

Finalmente, Roxin sostiene que “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre

(13) BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen I, Trotta, Madrid, 1997, p. 57.

(14) *Ibidem*, p. 37.

desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema^{”(15)}.

Así, un concepto actual de bien jurídico nos indica lo siguiente:

“El carácter **crítico** de la noción de **bien jurídico** significa, pues, la posibilidad de decidir cuándo, con respecto a determinados bienes jurídicos, el Derecho Penal constituye un instrumento necesario y apropiado (naturaleza fragmentaria del Derecho Penal). Tal noción importa, además, como dirección de política criminal (rica de ‘contenido utópico’, al decir de Hassemer), impugnar toda pretensión del legislador de limitar la libertad individual, mediante sus incriminaciones, cuando no se trate de afirmar la enérgica tutela de un bien jurídico (existen diversas otras formas de control social, muchas veces más eficaces y, en todo caso, menos drásticas que el sistema penal)^{”(16)}.

VIII. DISPONIBILIDAD DE BIENES JURÍDICOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS

Luego de la Segunda Guerra se inició uno de los procesos más importantes en la historia del Derecho. La comunidad internacional tuvo por gran misión establecer parámetros de protección de las libertades y derechos de toda la humanidad, se encargó de estudiar y catalogar los derechos fundamentales en diversos pronunciamientos vinculantes supranacionales.

Ello supuso la aparición de nuevos marcos normativos que permitieron entender los derechos fundamentales en un plano dogmático, tanto en límites para el poder (en cuanto a su respeto) como en sus destinatarios. Por ello, la legislación internacional se encargó de reconocer derechos inmanentes tanto a una sola persona como a colectivos sociales. Es por ello que la vinculación de los bienes jurídicos a los derechos

(15) ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1997, p. 56.

(16) POLITOFF L., Sergio et áls. *Ob. cit.*, p. 68.

fundamentales no puede ser ajena, pues estos son la base del desarrollo de cualquier ordenamiento jurídico.

Esto significa que los bienes jurídicos también han seguido la misma suerte que la categorización de los derechos fundamentales porque no son solamente instituciones penales aisladas en lo dogmáticamente establecido. En consecuencia, los bienes jurídicos también pueden estar relacionados con derechos individuales o colectivos.

1. Disponibilidad de bienes jurídicos individuales

Los bienes jurídicos individuales son aquellos que se vinculan con los derechos intrínsecos de la persona desde su individualidad, aquellos que por su naturaleza solo pueden ser atribuidos a y ejercidos por un único sujeto.

En tal sentido los bienes jurídicos individuales solo serán disponibles en la medida que no exista un interés superior (como el estatal) que limita al propio titular a disponer de ellos. Tal es el caso del ordenamiento peruano, en el que no se acepta una libre disposición de la vida aun cuando el titular del bien jurídico acepte que un tercero atente contra ella.

2. Disponibilidad de bienes jurídicos colectivos

La importancia de los derechos colectivos en la actualidad deriva de la necesidad de asociación y convivencia de las personas, es por ello que “el ordenamiento jurídico delimita, determina o establece las condiciones de constitución de ciertos grupos de personas que, como tales grupos, como tales colectivos, se erigen en sujetos de derechos que el propio ordenamiento jurídico positivo atribuye”⁽¹⁷⁾.

En tal sentido se pronuncia Jescheck cuando sostiene que en estos casos “la acción típica no se dirige únicamente contra su

(17) GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Sobre derechos colectivos. Dilemas, enigmas, quimeras”. En: *Una discusión sobre derechos colectivos*. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2001, p. 178.

voluntad (del agraviado), sino que en ellos el objeto de acción previsto en el tipo experimenta un menoscabo a causa del hecho que posee un significado propio para la comunidad, con independencia de la voluntad del afectado”⁽¹⁸⁾.

Dado que la propia naturaleza de bien jurídico colectivo reconoce un interés supraindividual de protección; el Derecho Penal acoge el deseo de tutela mayoritario sobre la base de su función tuitiva de la colectividad.

Por tal motivo, debemos sostener que no es posible que se pueda brindar un consentimiento válido cuando la acción típica recaiga sobre un bien jurídico de interés común, pues aun cuando inicialmente se afecte un bien jurídico individual, las consecuencias posteriores de peligro o riesgo general prevalecen como objeto de protección penal.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1996.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen i, Trotta, Madrid, 1997.
- Entrevista a Claus Roxin por Branko Yvancovich. En: *La Ley*. N° 1, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Sobre derechos colectivos. Dilemas, enigmas, quimeras”. En: *Una discusión sobre derechos colectivos*. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2001.

(18) JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*. 3ª Edición, Bosch, Barcelona, p. 511.

- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, 3ª Edición, Bosch, Barcelona.
- MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl-Heinz y ZIPF, Hans. *Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible*. Astrea, Buenos Aires, 1994.
- POLITOFF L., Sergio et ál. *Lecciones de Derecho Penal chileno*. 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- QUINTANO RIPOLLESD, Antonio. “Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal”. Disponible en: <dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2770929.pdf>.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General*. Tomo I, Civitas, Madrid, 2000.
- SEGURA GARCÍA, María José. *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte General*. Ara, Lima, 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª edición, Ediar, 2006.

Defensas procesales sobre las causas de exención de la responsabilidad penal

Juan Humberto SÁNCHEZ CÓRDOVA^(*)

INTRODUCCIÓN

El momento culminante de todo proceso es la sentencia producto del juicio oral, en ella se expresa la discusión sobre la responsabilidad del acusado, así resume lo que se hizo en el juicio oral, debiéndose analizar las cuestiones de hecho y la calificación jurídica de estas.

Por eso es importante el estudio de las causas de exención reguladas en el artículo 20 del Código Penal, toda vez que implican una calificación jurídica de los hechos favorable a la defensa de quien los postula.

Estas causas de exención se condicen con el aspecto negativo de la teoría del delito. La teoría del delito consta de varios estamentos, de forma metodológica se puede decir que se divide en: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Cuando una conducta humana tiene todas estas características estamos ante un delito en términos jurídico-penales.

Esta teoría se desenvuelve a modo de filtros, así, si es que la acción es típica, pero no antijurídica no podrá reputarse como delictiva. De la misma forma si es típica, antijurídica, pero no culpable, esto ocurre, por ejemplo, si es que la acción típica se realizó por legítima defensa o por miedo insuperable; es decir, existen supuestos por los cuales algún elemento de la teoría del delito no se configurará.

(*) Abogado y maestría en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente universitario.

El artículo 20 del citado Código desarrolla gran parte de estos supuestos en la acción, como elemento negativo regula a la fuerza física irresistible, pero esto no quiere decir que deban excluirse supuestos de inacción o de movimientos reflejos. En la tipicidad no se regula ningún aspecto negativo, pues ya se había regulado en el artículo 14 el error de tipo, y la imputación objetiva no tiene regulación legal. En el caso de la antijuridicidad se regula la legítima defensa, el estado de necesidad, el consentimiento, el obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Por último, en la categoría de la culpabilidad se regula la inimputabilidad mediante sus supuestos de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, alteraciones graves en la percepción y minoría de edad, en el desconocimiento de la antijuridicidad no, pues en el artículo 14 se regula el error de prohibición y en el 15 el error de comprensión culturalmente condicionado; y en la no exigibilidad se regula el estado de necesidad exculpante y el miedo insuperable, pero no el recibir la orden de un superior.

Teniendo claro el panorama, la defensa puede alegar que en el caso que lleva alguna de estas causas se presenta, para ello será necesario saber cuáles son las oportunidades procesales en las cuales puede instar este tipo de defensa.

Por ello, en el presente trabajo se analizarán las oportunidades que tiene la parte procesada para poder instar defensas en el proceso penal. Iniciaremos por analizar los alcances del derecho de defensa, el concepto de acción y sus alcances, toda vez que gran parte de las alegaciones que se pueden realizar en el proceso penal se dirigen a eliminar esta, pues no es necesario esperar a la sentencia para poder instar este tipo de defensas.

Por ello se analizarán los medios técnicos de defensa adecuados para conducir este tipo de defensa, en especial la excepción de improcedencia de acción o excepción de naturaleza de acción, por ser el medio por excelencia para este tipo de alegaciones.

Por último, se estudiarán las oportunidades en que se analizan estas instituciones en el proceso penal, pues como adelantamos no se debe esperar hasta la sentencia para poder alegar la existencia de una causa de exención.

I. DERECHO DE DEFENSA

El derecho de defensa es un derecho y garantía que le corresponde al ciudadano como una protección procesal frente a las injerencias arbitrarias del Estado en su esfera personal de libertad.

Para Gimeno Sendra⁽¹⁾ este es el derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le puede atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva del Estado y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano.

En este contexto, la misión del abogado defensor consiste en aportar y hacer valer en el proceso todas las circunstancias y puntos de vista; así en la cuestión de hecho como en la jurídica favorable al procesado⁽²⁾. Si bien por el derecho a la presunción de inocencia el fiscal tiene la carga de la prueba y teóricamente podría ejercer una defensa pasiva, este puede contradecir la imputación mediante cuestionar la prueba de cargo, como proponiendo una defensa positiva que cuestione el aspecto jurídico de la imputación y proponga una calificación alternativa, sobre la base de las causas de exención. Para ello es necesario que dos manifestaciones del derecho de defensa se encuentren plenamente vigentes: i) el derecho a la defensa técnica; ii) el principio de imputación necesaria.

1. Defensa técnica

El Tribunal Constitucional en la STC Exp. N° 06260-2005-HC/TC ha precisado que el derecho de defensa, tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica; esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso.

(1) GIMENO SENDRA, Vicente. *Constitución y proceso*. Tecnos, Madrid, 1988, p. 89.

(2) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. 3ª edición. Grijley, Lima, 2014, pp. 258-259.

Así, la autodefensa consiste en la intervención directa y personal del imputado en el proceso penal, realizando actividades encaminadas a preservar su libertad: impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible⁽³⁾. Pero la sola intervención de este en el proceso penal no necesariamente va a ser favorable a su defensa, toda vez que se enfrenta a un órgano del Estado especializado en investigar, acusar y que busca condenarlo, a cargo de un abogado denominado fiscal que tiene una preparación jurídica mucho mayor a la de cualquier ciudadano promedio que no haya estudiado Derecho.

En ese sentido, es necesario equiparar esta desigualdad entre la acusación y la defensa, por lo que se hace necesario y exigible que junto al imputado se encuentre su abogado defensor especialista jurídico (así como el fiscal) que atenderá sus consultas y ayudará a realizar su defensa.

Por ello, Horvitz y López han señalado que la defensa técnica consiste en el derecho a ser asistido o defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento. Es una derivación del derecho de defensa material que surge como consecuencia necesaria de la complejidad del proceso moderno, de su carácter eminentemente técnico-legal y de los intereses en juego. Su fundamento radica en la necesidad de garantizar lo más posible la igualdad de posiciones en el proceso penal⁽⁴⁾.

Es claro que la defensa técnica abonará en los mejores resultados en el proceso, pues este profesional al conocer las reglas del procedimiento y las diversas formas en las cuales esta puede acabar en los mejores términos para su defendido, estará en las condiciones de darle una defensa efectiva mediante la interposición de excepciones, defensas en cada etapa del proceso y alegaciones en el momento procesal oportuno que beneficien el interés de su patrocinado.

(3) GIMENO SENDRA, Vicente y DOIG DÍAZ, Yolanda. "El derecho de defensa". En: Cubas Villanueva, Víctor (Coordinador). *El nuevo proceso penal: estudios fundamentales*. Palestra, Lima, 2005, p. 281.

(4) HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, p. 228.

2. Imputación necesaria

El principio de imputación necesaria es una exigencia más del derecho a ser informado de la acusación, que es un derecho básico y hace posible las demás actuaciones del derecho de defensa.

Para el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N° 8125-2005-PHC/TC, la acusación debe ser cierta, no implícita sino precisa, clara y expresa, es decir, debe contener una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan. En el mismo sentido, en la STC N° 3390-2005-PHC/TC, caso Toledo Manrique, refirió que es derecho de todo procesado el que conozca de manera expresa, cierta e inequívoca los cargos que se formulan en su contra.

A decir de Castillo Alva⁽⁵⁾, esta necesidad de individualización se traduce en el cumplimiento de cuatro requisitos, así se señala que en la imputación:

- a) Se describen o enuncian de manera precisa la concreta modalidad típica que conforman los hechos que sustentan la denuncia.
- b) En el caso de pluralidad de imputaciones o imputados, se determina cada hecho y su correspondiente calificación jurídica (imputación individualizada).
- c) En caso de pluralidad de imputados, se describe de manera adecuada cada una de las acciones con presunta relevancia penal y su correspondiente nivel de intervención, ya sea como autor o como partícipe.
- d) Se establecen los indicios y elementos de juicio que sustentan cada imputación⁽⁶⁾.

Este derecho es de la máxima importancia para el tema que se trata, toda vez que para ejercer una defensa eficaz e instar algún medio de

(5) CASTILLO ALVA, José Luís. "El principio de imputación necesaria. una primera aproximación". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 161. Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2007, pp. 137-141.

(6) Ídem.

defensa contra la imputación es necesario saber qué se imputa, cuáles son los elementos que se configuran dentro de la imputación que puedan servir para configurar alguna causa de exención, asimismo, es importantísimo saber qué elementos de cargos son los que sustenta esta imputación y cuáles pueden configurar una causa de exención.

No es excepcional ver, por ejemplo, resoluciones que declaran fundada una excepción de naturaleza de acción que en segunda instancia es revocada por no haberse imputado correctamente los hechos, bajo el argumento de que el error no genera derecho. De ahí que sea importante se determine claramente la imputación, establecer la modalidad típica imputada, los hechos atribuidos y la actividad de cargo que la sustenta. Sin esta información cualquier defensa que se base en las causas de exención no prosperará.

Por ello se debe instar en el proceso penal la adecuación del tipo penal, cuando este no sea claro, o en su caso, si es Código Procesal Penal, solicitar la tutela de derechos, o en el Código de Procedimientos Penales, instar un proceso constitucional de hábeas corpus, si es que ante el pedido de aclaración el juez penal no lo hace.

II. LA ACCIÓN PENAL

Chiovenda⁽⁷⁾ señala que la acción es el poder jurídico de hacer efectiva la condición para la actuación de la voluntad de la ley. La acción, en tanto medio necesario para la intervención de la jurisdicción, descansa en el derecho fundamental a obtener la tutela judicial, el cual debe merecer una oportuna salvaguarda ante cualquier tribunal y en todo orden jurisdiccional⁽⁸⁾.

En el proceso penal no existe proceso si no hay acusación, pues la misma persona no puede asumir el papel de juez y el papel de acusador⁽⁹⁾. Por ello, en un Estado de Derecho el papel de acusador corresponde al

(7) CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Reus, Madrid, 1977, p. 69.

(8) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 279.

(9) MONTERO AROCA, Juan. *Proceso penal y libertad*. Arazandi, Navarra, 2008, p. 242.

fiscal (en el proceso de querrela al querellante), quien ejerce la acción penal.

Esta puede ser entendida como el ejercicio que puede realizar el representante del Ministerio Público cuando cree que se ha dado la existencia de un delito, implica que la administración de justicia va a desenvolverse a fin de averiguar si efectivamente la persona a quien se imputa el delito lo ha cometido.

Se refiere, objetivamente, a pedir que se ponga en marcha la potestad jurisdiccional del Estado, a sostener la acusación respecto de un hecho determinado, a instar el ejercicio de *ius puniendi* del Estado, y va unida a un importante elemento subjetivo, referido a quién puede sostener esa acusación, a quién puede pedir o instar el derecho (igual a deber) del Estado a castigar⁽¹⁰⁾.

Esta potestad tiene una vigencia al cabo de la cual se extingue y con ello se extingue tanto la pretensión como la acción penal, por lo que no se puede imponer una pena⁽¹¹⁾, por ello frente a la acción se puede instar una excepción, concebida como una posición jurídica procesal que el imputado puede oponer frente a ella, oponiéndose a la prosecución del proceso por entender que este carece de alguno de los presupuestos procesales establecidos por el ordenamiento jurídico⁽¹²⁾.

III. LAS EXCEPCIONES

Las excepciones en el proceso penal están dirigidas a cuestionar la acción penal, sea porque esta no está vigente, no es adecuado el procedimiento mediante el cual se ha instado o cuando el hecho es de imposible persecución. Mediante estas se evitan procesos innecesarios por falta de objeto o de finalidad, pues de nada serviría la tramitación de un proceso largo y moroso para terminar sabiendo que no es posible imponer sanción al procesado, ya sea porque ha sido juzgado por el mismo hecho, o

(10) Ídem.

(11) GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier. *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*. Jurista editores, Lima, 2008, p. 34.

(12) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., p. 341.

porque existe ley de amnistía o porque el acusador no tiene derecho para hacerlo, etc⁽¹³⁾.

A tal efecto se dividen las excepciones entre dilatorias y perentorias. Las primeras tienen por efecto solo suspender el trámite del procedimiento hasta que se cumpla con la regularidad procesal. Las segundas tienen como efecto el archivo de la causa; es decir, a través de ellas el proceso culminará con los efectos de la sentencia absolutoria y por ende esta resolución tendrá calidad de cosa juzgada.

La regulación legal (Código de Procedimientos Penales y Código Procesal Penal) recoge estas excepciones:

- Naturaleza de juicio.
- Improcedencia (o naturaleza) de acción.
- Cosa juzgada.
- Amnistía.
- Prescripción.

Estas se analizarán a continuación poniendo especial énfasis en la excepción de improcedencia de acción, toda vez que esta es la indicada para instar un cuestionamiento a la acción penal cuando se trata de causas de exención.

a) Excepción de naturaleza de juicio

Se insta cuando se ha dado al proceso una sustanciación distinta a la prevista en la ley. Es por ello la excepción dilatoria por excelencia, toda vez que su efecto será anular el procedimiento que se ha ido tramitando hasta la resolución que declara fundada esta excepción y lo remite al trámite adecuado.

(13) DEL VALLE RANDICH, Luis. *Derecho Procesal Penal. Cuestiones prejudiciales, cuestiones previas y excepciones*, p. 134. Citado por: SAN MARTÍN CASTRO, Cesar. Ob. cit., p. 279.

Así, se insta esta excepción en el Código de Procedimientos Penales cuando se tramita en un proceso sumario aquella causa que debería tramitarse bajo las reglas del proceso ordinario, por ejemplo que en un caso de violación sexual de menor quien realice la acusación sea el fiscal provincial y no el superior para ingresar a juicio oral. En el Código Procesal Penal se puede instar cuando a un alto funcionario, por ejemplo un congresista, se le procesa mediante las reglas del proceso común y no mediante el proceso especial para altos funcionarios.

b) Excepción de cosa juzgada

Se insta cuando el hecho punible ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera contra la misma persona. El inciso 13 del artículo 139 de la Ley Fundamental reconoce el derecho a la cosa juzgada, que implica la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada.

En ese sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 4587-2004-AA/TC destacó que su contenido constitucionalmente protegido garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o ejecutoriados; en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó. Asimismo, precisó que tiene como efecto la prohibición de que por los mismos fundamentos se pueda volver a juzgar a la misma persona: *ne bis in idem*.

c) Excepción de amnistía

Etimológicamente deriva del vocablo latino “amnesis”, se refiere al olvido del delito cometido. Recae en más de un individuo pues se trata de una medida de carácter objetivo que se adopta teniendo en cuenta la infracción y no la persona que lo cometió; corresponde otorgarla al Congreso de la República, y responde

a razones de interés social o de naturaleza política. La amnistía tiene un alcance amplio, pues extingue la pena y la acción, y puede ser concedida antes, durante y después del proceso. Una vez reconocido por una resolución judicial basada en autoridad de cosa juzgada, es irreversible⁽¹⁴⁾.

Esto tiene relación con el derecho de gracia, establecido en el artículo 118 inciso 21 de la Constitución vigente. Este artículo atribuye al Presidente de la República la facultad de conceder indultos y conmutar penas⁽¹⁵⁾.

d) La excepción de prescripción

Se insta cuando se da el vencimiento de los plazos señalados por el Código Penal para que se haya extinguido la acción penal. La prescripción significa la pérdida de la actividad persecutoria del delito, conforme lo señala el artículo 78 del Código Penal, pues el ejercicio del *ius puniendi*, expresado en la potestad del Estado para la persecución de las conductas reprochables como infracciones penales, no puede desenvolverse ad infinitum, eternamente, sino que tiene un límite temporal establecido por ley para cada conducta humana específica; constituyéndose la prescripción en una causa legal que imposibilita un pronunciamiento de mérito sobre el fondo del asunto materia de controversia⁽¹⁶⁾.

No se debe olvidar que fuera de los supuestos de la regulación procesal se tienen otras causas de extinción de la acción penal como la muerte del imputado, pues por el principio de personalidad de las penas solo debe de ser declarado culpable y penado aquel que cometió el hecho y no otro. Asimismo, en el caso de la acción privada la acción penal fenece también por transacción o desistimiento, como señala el artículo 78 del Código Penal.

(14) VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte general*. San Marcos Editores, Lima, p. 496.

(15) CASTAÑEDA OTSU, Susana. *La Constitución comentada*. Tomo II. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 573 y ss

(16) Ejecutoria Suprema, Recurso de Nulidad N° 438-2004, Cusco, del 20 de setiembre de 2004.

Estas excepciones, no obstante atacan la acción penal, no están referidas a las causas de exención indicadas en el artículo 20 del citado Código. Donde sí se pueden instar estas es en la excepción de improcedencia de acción, que analizaremos.

1. La excepción de improcedencia de acción

Esta excepción nace jurisprudencialmente, derivada de la excepción de naturaleza de juicio, siendo su presupuesto el que los hechos imputados no tengan carácter penal, posteriormente obtiene reconocimiento legal⁽¹⁷⁾.

La regulación legal, tanto el CdePP y en el CPP señala que esta excepción procede cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente. Dilucidar el significado y contenido de ambas frases constituye la problemática que se aborda y establecer sobre la base de cuál de ellas se puede alegar una causa de exención.

1.1. El hecho no constituye delito

Este extremo de la excepción tiene su base constitucional en el artículo 2 numeral 24 literal d), el cual establece que: “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la Ley de manera expresa inequívoca como infracción punible, ni sancionado con pena prevista en la Ley”⁽¹⁸⁾.

Comúnmente se entiende este supuesto como la posibilidad de cuestionar la tipicidad de la conducta, así la Ejecutoria recaída en el Recurso de Nulidad N° 2798-2003 refirió que un primer supuesto jurídico para amparar la excepción de naturaleza de acción o de improcedencia de la acción, es que el hecho denunciado no constituya delito; esto es, que dicha conducta no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico vigente (atipicidad absoluta), o que no se adecue a la hipótesis típica

(17) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., pp. 355-356.

(18) BRAMONT ARIAS, Luis. “El error de tipo y la excepción de naturaleza de acción”. En: *Aportes al Derecho Penal peruano desde la perspectiva constitucional*. N° 07. Academia de la Magistratura, Lima, 2006, p. 28.

de una disposición penal vigente y preexistente invocada en la denuncia penal (atipicidad relativa).

Sobre esa base se indica que el hecho de que no se encuentre calificado como delito en el Código Penal es el presupuesto natural de esta regulación legal, pues en virtud del principio de legalidad, si no está tipificado el hecho como delito, el hecho no es punible –*nullum poena sine lege*–⁽¹⁹⁾.

De una perspectiva más amplia es San Martín Castro, quien ha referido que este supuesto se refiere a los casos que descartan la antijuridicidad penal del hecho objeto de imputación, luego citando la jurisprudencia y a Reyes Echandía da contenido a esta afirmación incluyendo la atipicidad de la conducta, entendiéndose tanto la objetiva como subjetiva, dando a entender, al seguir la teoría de los elementos negativos del tipo, que también se incluyen las causas de justificación, pues sería otro tipo de atipicidad⁽²⁰⁾.

Es decir, hasta acá se busca mediante este supuesto de la referida excepción incluir solo los aspectos de la tipicidad y la antijuridicidad, los que tienen un aspecto objetivo y otro subjetivo, por ejemplo, el delito de homicidio presupone objetivamente que exista una acción idónea de matar (disparar, apuñalar, etc.) y un resultado muerte. En el aspecto subjetivo, requiere que el agente conozca que su acción está dirigida a ultimar a alguien.

De la misma forma, cuando se alega la existencia de legítima defensa, objetivamente tiene que existir una agresión ilegítima, racionalidad del medio empleado para repeler la agresión y la falta de provocación. Subjetivamente se requiere que el agente que realiza la defensa conozca la agresión y, sobre esa base, la repela usando un medio racional.

Es decir, para declarar fundada esta excepción en el caso de la tipicidad objetiva solo basta con leer la imputación, pues solo se trata de verificar la adecuación típica. Sin embargo, para declarar fundado

(19) CALDERÓN, Ana. *El nuevo sistema procesal penal: análisis crítico*. Egacal, Lima, 2011, pp. 95-96.

(20) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., pp. 356-359.

por qué existe atipicidad subjetiva o por qué se configuró una causa de justificación se requiere que los aspectos subjetivos estén probados.

Sin embargo, la prueba solo se produce en el juicio oral, por lo que para declarar fundados estos supuestos se debe recurrir a los actos de investigación que obran en el proceso, pero de tal forma que estemos ante un supuesto de certeza absoluta de que existió esta causa de exención.

Siendo esto así, y siendo solo un problema probatorio, es claro que también se deben incluir en estos supuestos los casos de exclusión de culpabilidad.

En ese sentido ha referido Bramont Arias que este supuesto trae una diversidad de cuestionamientos. Así, la utilización del término “delito”, conforme lo mencionado respecto de nuestro Código Penal, no cuenta con una definición precisa de qué es un delito, por lo que se presentan diversas acepciones, pero, teniendo en cuenta el corte finalista de nuestro ordenamiento penal, el delito es un comportamiento típico, antijurídico y culpable. Si aplicamos esta definición, podemos incluir una inmensidad de situaciones en las que no se produce el delito, por ejemplo: las causas de falta de acción, las causas de atipicidad, las causas de justificación y las causas exculpantes⁽²¹⁾.

1.2. No es justiciable penalmente

Bramont Arias refiere que este supuesto tiene que ver con situaciones en las cuales no se puede imponer una pena. Es decir, puede presentarse un comportamiento típico, antijurídico y culpable y, sin embargo, no aplicarse una pena. Esto se debe a la presencia de una excusa absolutoria, una condición objetiva de punibilidad o los casos de tentativa con desistimiento o arrepentimiento⁽²²⁾.

En el mismo sentido señala San Martín Castro que este caso se presenta cuando un hecho exhibe el elemento punibilidad o penalidad, es decir, las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias⁽²³⁾.

(21) BRAMONT ARIAS, Luis. Ob. cit., p. 28.

(22) *Ibidem*, p. 29.

(23) SAN MARTÍN CASTRO, César. Ob. cit., pp. 355-356.

En sentido contrario, se ha indicado que se trata de una situación que ya no tiene relevancia penal, que se suscita cuando se emite una ley abolutiva, es decir, una norma que deja de contemplar un acto como ilícito, como sucedió con el desacato, a través de la Ley N° 27975 de mayo de 2003⁽²⁴⁾. Sin embargo, consideramos que en este caso el hecho ya no sería típico, pudiendo interponerse esta excepción sobre la base de la primera causal.

2. Trámite

Tanto en el CdePP como en el CPP se puede instar desde que se formaliza la investigación o apertura de instrucción, pues desde ese momento existe una imputación clara en su contra. En el CdePP se señala que se puede instar en cualquier momento.

Sin embargo, en el CPP esto se hace hasta la etapa intermedia, pues hasta acá el trámite seguirá por cuerda separada. En la etapa intermedia se puede instar la misma pero en conjunto con la causa principal, como se ve del artículo 350.1.b) del CPP. En el juicio oral no cabe interponerla, pues esta argumentación se resolverá como un alegato más en la sentencia de fondo.

En el CPP se ha señalado un trámite para esta excepción, así se deducirá durante la investigación preparatoria ante el juez de la investigación preparatoria. Este, una vez que ha recabado información del fiscal acerca de los sujetos procesales apersonados en la causa y luego de notificarles la admisión de la excepción, dentro del tercer día, señalará fecha para la realización de la audiencia, la que se realizará con quienes concurran a la misma. El fiscal asistirá obligatoriamente y exhibirá el expediente fiscal para su examen inmediato por el juez en ese acto.

Instalada la audiencia, el juez de la investigación preparatoria escuchará, por su orden, al abogado defensor que propuso el medio de defensa, al fiscal, al defensor del actor civil, al defensor de la persona jurídica y del tercero civil. En el turno que les corresponde, los participantes harán mención a los elementos de convicción que consten en autos o que

(24) CALDERÓN, Ana. Ob. cit., pp. 95-96.

han acompañado en sede judicial. Si asiste el imputado tiene derecho a intervenir en último término.

El juez de la investigación preparatoria resolverá inmediatamente o, en todo caso, en el plazo de dos días luego de celebrada la vista. Excepcionalmente, y hasta por veinticuatro horas, podrá retener el expediente fiscal para resolver el medio de defensa deducido, que se hará mediante auto debidamente fundamentado.

En el CdePP se sigue el trámite del artículo 90 sobre incidentes, en el que ante la solicitud de la parte se corre traslado del mismo por tres días, luego se abrirá el incidente a prueba por el plazo de ocho días.

Un elemento central al momento de tramitar una excepción sobre la base de una causa de exención es la preparación de la teoría del caso para una audiencia previa al juicio oral o para la vista de la causa.

Así, partiendo de los postulados básicos de ella se deben identificar los aspectos jurídicamente relevantes de los hechos, adecuar estos hechos a una calificación jurídica, que en este caso será una causa de exención y seleccionar los medios probatorios que fundamentarán la existencia de esta causa.

Por ejemplo, tenemos el caso de una persona, Plinio, que salía de una universidad cerca de las 10 horas de la noche, se aprestaba a subir a su vehículo con su pareja y mientras sintonizaba la estación radial de su preferencia es abordado por dos sujetos, uno delante del auto y otro a su costado, ambos lo apuntan con armas de fuego. Como Plinio tenía un arma de fuego, realiza un disparo contra el asaltante de su costado, ante lo cual el otro huye gritándole palabras injuriantes.

En este caso estaremos ante una legítima defensa, pues el agente actuó en defensa de bienes jurídicos propios, pues a él lo encañonaron.

Los hechos relevantes para justificar la causal de exención serían: i) Fue encañonado por dos sujetos; ii) empleó un arma de fuego frente a dos sujetos con las mismas armas, y iii) él no provocó este hecho.

La teoría jurídica en este caso es el inciso tres del artículo veinte del Código Penal que exige: i) Agresión ilegítima, ii) necesidad racional del medio empleado, y iii) falta de provocación suficiente.

Como medios de prueba para acreditar estos hechos podrían consignarse: i) Testigos que vieron los hechos; ii) pericia que da cuenta de la idoneidad del arma del ultimado, y iii) testimonios de que el agente solo subió a su auto cuando fue encañonado.

Es importante tener estos hechos, normas y medios de prueba claros, pues será el sustento al momento de expresarle al juez la petición. Como es la defensa quien afirma la existencia de la causal, es ella quien debe probar estos hechos, por ello al fiscal solo le basta que uno de ellos no se presente.

IV. EL PROCESO PENAL

En el país existen dos procesos penales vigentes, el del Código de Procedimientos Penales –completado por el Código Procesal Penal de 1991– y el Código Procesal Penal de 2004, por lo que haremos referencia a ambos al analizar las oportunidades en el proceso para poder instar causas de exención de responsabilidad.

En el proceso regulado en el Código de Procedimientos Penales de 1940 se tienen dos procesos ordinarios –en sentido técnico– importantes: el proceso ordinario y el proceso sumario. El CPP solo tiene el proceso común.

1. La investigación

Señala San Martín Castro⁽²⁵⁾ que la investigación es el conjunto de actuaciones que se realizan desde que se descubre el hecho delictuoso hasta que el fiscal decide si formula o no acusación. Tiene por finalidad la recolección de información para llevar adelante un juicio oral, es decir, que la finalidad de la investigación es preparar el juicio oral⁽²⁶⁾ (de ahí su carácter de preparatoria).

(25) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I. 2ª edición, 1ª reimpresión, Grijley, Lima, 2006, p. 438.

(26) DUCE, Mauricio y RIEGO Cristián. *Proceso penal*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, p. 120.

La investigación se divide en dos: 1) Una etapa desformalizada y 2) una etapa formalizada. La primera se inicia con el conocimiento por la autoridad de un hecho delictivo, estas diligencias deben iniciarse ante la existencia de una sospecha inicial, la que se basa en indicios reales suficientes para creer que se ha producido un hecho penal perseguible⁽²⁷⁾.

Si se decide continuar con la investigación el fiscal emitirá su disposición de formalizar y continuar con la investigación preparatoria, dándose así un salto en la investigación, toda vez que este acto implica una serie de consecuencias, producto del estado del proceso en el que se encuentra.

En el CdePP el artículo 77 señala que el juez especializado en lo penal solo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal. De no ser así, expedirá un auto de no ha lugar.

Como es claro, en esta oportunidad inicial se puede invocar una causa de exención, pues de existir en el caso legítima defensa, error de tipo, fuerza física irresistible, etc., el juez ilegalmente abriría un proceso destinado al fracaso, por lo que se debe alegar esta circunstancia como motivo para que emita un auto de no ha lugar a abrir la instrucción, teniendo en cuenta que existen elementos probatorios que sustenten el pedido.

De forma más clara y acorde a lo que se ha venido señalando, el artículo 334 del CPP señala que si el fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito (esta es la misma redacción que se usó para establecer que procede la excepción de improcedencia de acción cuando el hecho no típico, antijurídico ni culpable), no es justiciable penalmente o se presentan causas de extinción previstas en la ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria, así como ordenará el archivo de lo actuado. Por lo que corresponde hacer de su conocimiento la existencia de una causal de exención.

(27) SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición reelaborada. Tirant lo Blanch-Thüngersheim, Valencia-Frankfurt, 1999, con la colaboración de Jörg Knupfer y Matthias Terbach, revisión de la traducción de Iñaki Esparza Leibar y Andrea Planchadell Gargallo, p. 93.

Si pese a ello la causa siguiera su curso, en la etapa intermedia se puede hacer valer esta causal.

2. Etapa intermedia

Es la fase situada entre la investigación formalizada (investigación preparatoria o instrucción) y el juicio oral (en el CdePP en el proceso ordinario y en el CPP en todos los casos); cumple el papel de filtro de lo actuado en la investigación y determina si una causa debe pasar o no a la fase del juicio oral.

En el CdePP luego de terminada la instrucción la causa pasa a la Sala Penal que verá la etapa intermedia y posteriormente el juzgamiento. En la etapa intermedia solo realiza un control formal de los requisitos que establece el artículo 225 y el artículo 92, inciso 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Es decir, no se pronuncia sobre el fondo propiciándose que causas sin la suficiente entidad como para fundar la apertura de un juicio oral ingresen al mismo. Sin embargo, se puede instar la excepción de naturaleza de acción, no solo porque se puede interponer en cualquier momento del proceso, como señala el artículo cinco, sino porque el artículo 232 autoriza a interponer medios de defensa hasta tres días antes de la audiencia.

En el CPP, a diferencia del CdePP, la etapa intermedia se erige como el momento procesal en el cual se analizará la procedencia o no de una causa al juicio oral, teniendo en cuenta que en esta fase se pueden presentar excepciones, entre estas la de improcedencia de acción, plantear cuestiones sobre la procedencia del juicio oral y presentar pruebas que serán examinadas a fin de establecer si son útiles, pertinentes y conducentes, en pos de asegurar el juicio oral.

A diferencia del CdePP la etapa intermedia del CPP tiene 2 fases: una escrita y otra oral⁽²⁸⁾. En la primera se presentan todas las cuestiones relativas al mejor desempeño del juicio oral mediante escritos; la segunda tiene lugar en la audiencia preliminar de control de la acusación o en la

(28) SAN MARTÍN CASTRO, César. "Prólogo". En: DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*. Ara, Lima, 2010, p. 17.

de sobreseimiento. En esta audiencia se debatirán los temas ya planteados a través de los principios de inmediación, publicidad y contradicción.

Entonces, estas actuaciones tienen por finalidad que no se inicie un juicio inútil. Esto se hace dilucidando si concurren o no los presupuestos del juicio oral⁽²⁹⁾. De no ser el caso, ya sea porque el hecho no reúne la tipicidad necesaria, faltan determinados presupuestos o concurren determinadas causas de extinción de la responsabilidad penal, procederá el sobreseimiento o archivo de las actuaciones⁽³⁰⁾.

Este análisis se hace tanto en el sobreseimiento como en el control de acusación, pero de encontrarse que no existen los elementos suficientes para seguir el juicio⁽³¹⁾ el efecto será el mismo: el sobreseimiento de la causa.

Este sobreseimiento es definitivo en su eficacia sustancial, favoreciendo al imputado con el *ne bis in idem* al igual que la sentencia absoluta; pero no se trata en realidad de una absolución, sino de un truncamiento del proceso que evita el juicio o su resultado⁽³²⁾.

En el CdePP la regulación del sobreseimiento es pobre, pues no está definido el tema de su contenido y presupuestos⁽³³⁾. En el Código Procesal Penal la regulación es mucho mejor pues se establecen los presupuestos del sobreseimiento, así el artículo 344 señala que estos se dan cuando:

- a) El hecho objeto de la causa no se realizó o no puede atribuírsele al imputado; es decir, cuando no existe delito o el imputado no lo

(29) En el mismo sentido HORVITZ LENON, María y LÓPEZ MASLE, Julián. Ob. cit., p. 9.

(30) ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *El periodo intermedio del proceso penal*. McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 3.

(31) MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional: proceso penal*. Tomo III. 10ª edición. Tirant lo blanch. Valencia, 2001, p. 231.

(32) CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Rubinzal - Culzoni editores, Buenos Aires, 1998, p. 12.

(33) Lo que no quiere decir que la jurisprudencia y doctrina no llenen este vacío, toda vez que es consenso que son presupuestos del sobreseimiento que no exista el hecho delictivo, que el hecho delictivo no pueda ser imputado a un autor, que el hecho no sea típico, que exista causas de justificación, inculpa-bilidad o de no punibilidad, que la acción se haya extinguido y que no sea posible el abrir el juicio oral por insuficiencia probatoria.

realizó, para este análisis se debe contar con certeza negativa del hecho.

- b) El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad; que es el supuesto en el cual cabe fundamentarse (fuera de la excepción de improcedencia de acción) para que se declare fundado el pedido de sobreseimiento por la existencia de una causal de exención.

Acá existen diversos requisitos, uno de carácter legal, no probatorio y los segundos probatorios. En el primer caso, no puede proceder a abrirse el juicio oral pues no existe una causa que ventilarse en esa sede al no ser típico el hecho, estamos ante la imposibilidad del juicio de subsunción típica. En el segundo caso así como en el tercero y cuarto el análisis es probatorio, de certeza negativa⁽³⁴⁾, ya que debe estar probado en grado de certeza que se actuó por causa de justificación, en estado de inculpabilidad o que existe una condición de no punibilidad que favorece al procesado.

En ese sentido, se puede acotar que el conocimiento del Derecho Penal material es de la máxima importancia tanto para iniciar una investigación, realizar diligencias y plantear excepciones, como para efectuar una acusación o sustentar un sobreseimiento, pues en la etapa intermedia, cuya función es regular la carga procesal, mantener la acusación fiscal o revertir un pedido de sobreseimiento depende de la capacidad de solventar dogmáticamente la imputación o el descargo⁽³⁵⁾.

(34) MORENO CATENA, Víctor y otros. *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*. Vol. III. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1901. El sobreseimiento definitivo exige un estado de certeza sobre la existencia de la causal en que se fundamente. Procede cuando al tribunal no le queda duda acerca de la extinción de la pretensión penal, de la falta de responsabilidad del imputado o de que debe ser exento de pena, y extra lege podrá plantearse el problema de si procede o no el sobreseimiento definitivo en caso de llegarse a la certeza sobre la imposibilidad de obtener nuevos elementos de convicción que modifiquen el “mérito desincriminador”.

(35) CARO CORIA, Dino Carlos. “La enseñanza de la dogmática penal como conditio sine qua non para el éxito de la oralidad”. En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. N° 11, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2010, p. 271.

- c) La acción penal se ha extinguido; pues si la acción no está vigente no se puede iniciar un juicio oral, pues la relación jurídico procesal no está perfectamente constituida, en estos casos se encuentran la prescripción, la amnistía, cosa juzgada etc.⁽³⁶⁾

- d) No existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado.

3. Juicio oral

La fase de juicio oral es la más importante de todas las fases del proceso penal, pues es aquí donde en última y definitiva instancia se decidirá la culpabilidad de la persona acusada. Por ello, señala Binder⁽³⁷⁾, que el juicio es la etapa principal del proceso porque es allí donde se “resuelve” o “redefine”, de un modo definitivo, –aunque revisable– el conflicto social que subyace y da origen al proceso penal.

Esta etapa se divide en tres fases claramente definidas: 1) Fase inicial, 2) fase probatoria; y, 3) fase decisoria, que veremos a continuación.

3.1. Fase inicial

Luego de terminada la etapa intermedia con el auto de enjuiciamiento y citadas las partes al juicio este inicia con una serie de actos formales en los cuales se indica de qué causa se trata, el delito, las partes, etc.

Pero en esto no se agota esta fase sino que estamos ante una etapa preparatoria de la actividad probatoria⁽³⁸⁾, pues todo lo que se hace se hace para que la actividad probatoria –y luego la decisoria– se lleven de la mejor forma, así, se consigna que estén presentes todas las partes necesarias para que el juicio no se quiebre, se realizan los alegatos de apertura y se puede introducir prueba nueva.

(36) Vide in extenso: DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. Ob. cit., p. 89 y ss.

(37) BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 233.

(38) *Ibidem*, p. 234 y ss.

Otra actuación que en los procesos modernos se realiza en esta fase inicial es la conformidad o como se le denomina en nuestro país, conclusión anticipada del juicio oral, en la cual se busca el consenso entre el acusador y acusado a fin de no llegar a la actividad probatoria, pasándose a la elaboración de la sentencia⁽³⁹⁾.

Sin embargo, la Corte Suprema mediante el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, indicó que el Tribunal está vinculado absolutamente a los hechos conformados, pero también tiene poderes de revisión *in bonam partem* respecto a su configuración jurídica.

En ese sentido, la Sala Superior puede concluir que el hecho conformado es atípico o que, siempre según los hechos expuestos por la Fiscalía y aceptados por el acusado y su defensa técnica, concurre una circunstancia de exención –completa o incompleta– o modificativa de la responsabilidad penal.

Es decir, a pesar de haber aceptado los cargos el acusado puede ser absuelto por atipicidad, por la presencia de una causa de exención de la responsabilidad penal, o por la no concurrencia de presupuestos de la punibilidad, para ello esta debe escuchar previamente a las partes, en especial al acusador, pues de no ser así se produciría una indefensión; por lo que el Tribunal debe promover un debate sobre esos ámbitos

3.2. Fase probatoria

En esta fase se realiza la actuación de los medios de prueba que ingresarán fuentes de prueba al juicio y con base en esto el juez podrá tomar una decisión acerca de cómo ocurrieron los hechos y cómo debe sentenciar, sea condenando o absolviendo.

3.3. Fase decisoria

Luego de la actuación probatoria se apertura la fase decisoria, la que está destinada a llegar a conclusiones sobre la base de lo que se ha actuado⁽⁴⁰⁾.

(39) Vide in extenso SAN MARTÍN CASTRO, César. “La conformidad o conclusión anticipada del debate oral”. En: SEGURA ALANÍA, Joel (coordinador). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Grijley, Lima, 2012, p. 401 y ss.

(40) BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 243.

Las partes tendrán la oportunidad de decirle al juez a qué conclusión ellos han llegado a través de los alegatos finales o de clausura, en ellos argumentarán cada uno por qué su teoría del caso debe ser acogida por el tribunal. En esta oportunidad la defensa debe exponer sus argumentos finales sobre por qué considera que en el caso existe una causa de exención. Por último, el acusado tendrá la oportunidad de dar su última palabra⁽⁴¹⁾.

El juez sentenciador en su momento evaluará toda la información recibida en el juicio oral, tanto de la actuación de las pruebas como de los alegatos de las partes y a través de la deliberación llegará a una decisión del tribunal, siendo su misión establecer la “solución” que el orden jurídico, a través de la institución judicial ha encontrado para que el caso que motivó el proceso⁽⁴²⁾, el cual es un acto formal que materializa la sentencia, con lo cual se acaba el proceso penal, dando, eventualmente, paso a los recursos previstos por ley.

V. RECURSOS

Como en el capítulo precedente los recursos tienen que ver con el Código en el cual están previstos, por ello se analizarán cada uno en los cuales se puede instar las causas de exención.

1. Apelación

Es un recurso ordinario, pues tiene dentro de su conocimiento una gran variedad de situaciones, las cuales son materia de impugnación. Como refiere Lino Palacio⁽⁴³⁾ a través del recurso de apelación cabe no solo la reparación de cualquier error de juicio o de juzgamiento (error in iudicando), con prescindencia de que se haya producido en la aplicación de las normas jurídicas (error in iure) o en la apreciación de los hechos o valoración de la prueba (error in facto); sino también la de cualquier tipo de errores in procedendo, comprendiendo en consecuencia tanto a los que afectan directamente a la resolución impugnada como a aquellos que afectan a los actos anteriores al pronunciamiento de la decisión.

(41) Vide NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010, p. 941 y ss.

(42) BINDER, Alberto. Ob. cit., p. 245.

(43) PALACIO, Lino Enrique. *Los recursos en el proceso penal*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 56.

El recurso de apelación para sentencias en el proceso del CdePP solo está previsto para las que se dan en el proceso sumario, que se rige por el Decreto Legislativo N° 124. En el CPP la apelación contra sentencias es el recurso por excelencia, toda vez que es el previsto para todas las sentencias dadas por el proceso común, y algunos procesos especiales.

Al ser un recurso ordinario caben todas las alegaciones posibles, tanto probatorias, como jurídicas, de ahí que se pueda plantear las causas de exención.

2. Recurso de nulidad

En el CdePP para los procesos ordinarios es el recurso por excelencia, pues se convertía en la única oportunidad de recurrir el fallo dado en primera instancia, así este recurso que supuestamente debía ser excepcional, se convierte en un recurso ordinario que analizaba todo tipo de vicio de la sentencia de primera instancia, como la apelación.

Este recurso se interponía en el plazo de un día de conocida la resolución, pudiendo fundamentarse en el plazo de 10 días desde la notificación de la resolución. Solo la Corte Suprema resolvía este recurso.

3. Casación

El recurso de casación, como desde antiguo dice la doctrina, es un recurso de origen francés, por medio del cual se decide ante todo, si concurren ciertas condiciones en defecto de las cuales la decisión impugnada no puede ser sustituida; y solo después de haberse comprobado su existencia, el mismo juez o un juez designado por él procede a sustituir la decisión propia a la decisión impugnada, confirmándola o reformándola⁽⁴⁴⁾.

Es decir, el recurso de casación es un recurso que solo ve casos especiales, para ello existe todo un entramado de requisitos que hace de este recurso uno extraordinario, excepcionalísimo, que no configura instancia alguna, sino un recurso que tiene funciones propias (nomofiláctica, unificación de la jurisprudencia, etc.), que tiene por objeto anular la resolución que ha caído en algún defecto jurídico (procesal o material), para lo

(44) CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal. Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1971, p. 305.

cual puede reenviar la causa al estado y órgano que lo tramitaba o resolver en ese acto.

Se reconoce que la función nomofiláctica tiene que ver con la errónea aplicación de la ley sustantiva, debe entenderse, por ello, que el vicio examinado consiste en el error padecido por el tribunal en la selección o en el alcance de la norma que da el sentido del caso sometido a decisión, de modo que la infracción puede materializarse en forma negativa o positiva.

Concurre la primera hipótesis cuando se omite aplicar a un hecho la norma que genuinamente se debería aplicar y se da la segunda cuando se aplica al hecho una norma que no es la adecuada o cuando a pesar de haberse aplicado la norma adecuada se le otorga un alcance diverso al que realmente reviste o se le imputa una consecuencia que no le corresponde⁽⁴⁵⁾.

Esto está reconocido en nuestro Código Procesal Penal en el artículo 429.3 y es la vía procesal adecuada para impugnar la decisión de segunda instancia que no toma en consideración la existencia de una causal de exención de responsabilidad, pues se aboga que a pesar de configurarse el juez omitió aplicar la norma contenida en el artículo 20 del Código Penal, o se ha aplicado un alcance diverso.

Debe recordarse que la casación en el CPP procede contra las sentencias definitivas, los autos de sobreseimiento, y los autos que pongan fin al procedimiento, extingan la acción penal o la pena o denieguen la extinción, conmutación, reserva o suspensión de la pena, expedidos en apelación por las Salas Penales Superiores.

Sin embargo, siendo un recurso excepcional esta procedencia está limitada a que:

- a) Si se trata de autos que pongan fin al procedimiento, cuando el delito imputado más grave tenga señalado en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor de seis años.

(45) PALACIO, Lino Enrique. Ob. cit., p. 102.

- b) Si se trata de sentencias, cuando el delito más grave a que se refiere la acusación escrita del fiscal tenga señalado en la ley, en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años.

- c) Si se trata de sentencias que impongan una medida de seguridad, cuando esta sea la de internación.

En ese sentido, se deben considerar estos puntos al momento de recurrir en casación y citar correctamente la causal invocada a efectos de que no se declare la inadmisibilidad del recurso.

Por ello, este supuesto de exención no cabe interponerlo como afectación de la motivación, o inobservancia de normas legales de carácter procesal sancionadas con nulidad, tampoco es correcto interponerla como inobservancia de la garantía constitucional de legalidad penal, pues la vía más adecuada es la ya referida.

Si la Sala Penal Superior concede el recurso y elevado el expediente a la Sala Penal de la Corte Suprema, se correrá traslado del recurso a las demás partes por el plazo de diez días. Concedido el recurso de casación en la Corte Suprema, el expediente quedará diez días en la Secretaría de la Sala para que los interesados puedan examinarlo, vencido el plazo, se señalará día y hora para la audiencia de casación, con citación de las partes apersonadas. La audiencia se instalará con la concurrencia de las partes que asistan, la inasistencia de la parte que interpuso el recurso determina que se declare inadmisibile el recurso de casación.

Llevada la audiencia, la sentencia se expedirá en el plazo de veinte días, solo se podrá pronunciar por las causales de casación expresamente invocadas por el recurrente, sin perjuicio de las cuestiones que sean declarables de oficio en cualquier estado y grado del proceso. El juez supremo puede, si declara fundado el recurso, declarar la nulidad de la sentencia o auto recurridos, también puede decidir por sí mismo el caso, en tanto para ello no sea necesario un nuevo debate, u ordenar el reenvío del proceso.

CONCLUSIONES

1. A efectos de ejercer una correcta defensa sobre la base de causales de exención es necesario contar con una defensa técnica y que la imputación realizada contra el perseguido sea clara, consistente, establezca la modalidad típica de la acción y se indique en qué sustento probatorio se fundamenta.
2. La sentencia es el momento en que se decide la responsabilidad del acusado; sin embargo, cabe interponer antes del juicio oral excepciones frente a la acción que determinarán eventualmente el archivo de la causa.
3. La excepción que puede sustentarse en una causa de exención es la excepción de improcedencia (o naturaleza) de acción, en especial en el requisito de que el hecho no constituya delito.
4. En el proceso penal cada vez que se ingresa a una etapa (investigación, etapa intermedia, juicio oral) es posible alegar las causas de exención para dar por terminado el mismo, incluso hay vías como la conclusión anticipada del juicio en las que también se puede hacer esto.
5. En los recursos de apelación y nulidad, al ser ordinarios, se pueden alegar también estas causas de exención; en el recurso de casación también es posible, pero debe ser por la vía adecuada, es decir, por la causal de indebida aplicación de la ley penal.

BIBLIOGRAFÍA

- BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- BRAMONT ARIAS, Luis. “El error de tipo y la excepción de naturaleza de acción”. En: *Aportes al Derecho Penal peruano desde la perspectiva constitucional*. N° 07. Academia de la Magistratura, Lima, 2006.
- CALDERÓN, Ana. *El nuevo sistema procesal penal: análisis crítico*. Egacal, Lima, 2011.

- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal. Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1971.
- CARO CORIA, Dino Carlos. “La enseñanza de la dogmática penal como conditio sine qua non para el éxito de la oralidad”. En: *Gaceta Penal y Procesal Penal*. N° 11, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2010.
- CASTAÑEDA OTSU, Susana. *La Constitución comentada*. Tomo II. Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
- CASTILLO ALVA, José Luis. “El principio de imputación necesaria. Una primera aproximación”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 161. Gaceta Jurídica, Lima, abril del 2007.
- CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Reus, Madrid, 1977.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. *Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Rubinzal - Culzoni editores, Buenos Aires, 1998.
- DEL RÍO LABARTHE, Gonzalo. *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*. Ara, Lima, 2010.
- DUCE, Mauricio y RIEGO Cristián. *Proceso penal*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007.
- GIMENO SENDRA, Vicente. *Constitución y proceso*. Tecnos, Madrid, 1988.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier. *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*. Jurista editores, Lima, 2008.
- GIMENO SENDRA, Vicente y DOIG DÍAZ, Yolanda. “El derecho de defensa”. En: Cubas Villanueva, Víctor (Coordinador). *El nuevo proceso penal: estudios fundamentales*. Palestra, Lima, 2005.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002.
- MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional: proceso penal*. Tomo III. Décima edición. Tirant lo blanch. Valencia, 2001.

- MORENO CATENA, Víctor y otros. *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*. Vol. III. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- MONTERO AROCA, Juan. *Proceso penal y libertad*. Arazandi, Navarra, 2008.
- NEYRA FLORES, José Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & litigación oral*. Idemsa, Lima, 2010.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *El periodo intermedio del proceso penal*. McGraw- Hill, Madrid, 1997.
- PALACIO, Lino Enrique. *Los recursos en el proceso penal*. Abeledo perrot, Buenos Aires.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Tercera edición. Grijley, Lima, 2014.
- SAN MARTÍN CASTRO, César. “La conformidad o conclusión anticipada del debate oral”. En: SEGURA ALANIA, Joel (coordinador). *Estudios de Derecho Procesal Penal*. Grijley, Lima, 2012.
- SCHLÜCHTER, Ellen. *Derecho Procesal Penal*. Segunda edición reelaborada. Tirant lo blanch - Thüngersheim, Valencia – Frankfurt, 1999, con la colaboración de Jörg Knupfer y Matthias Terbach, revisión de la traducción de Iñaki Esparza Leibar y Andrea Planchadell Gargallo.
- VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal. Parte general*. San Marcos Editores, Lima.

Eximentes incompletas y atenuación de la pena

Percy VELÁSQUEZ DELGADO^(*)

INTRODUCCIÓN

No es nada extraño encontrar en nuestro Derecho Penal vigente algunas instituciones y preceptos que tienen su partida de nacimiento en el Código Penal de 1863, el primero que rigió en nuestra República; este hecho, señala Boldova Pasamar, “no tiene lugar generalmente por simple arrastre de tales instituciones, sino por consolidación histórica de las mismas”⁽¹⁾, y ciertamente no cabe dudar de la consolidación histórica del artículo 21 del Código Penal peruano de 1991, que regula la atenuación de la pena cuando no concurren todos los requisitos de alguna causal de exención de responsabilidad penal, por cuanto, habiendo sido positivizado en el Código Penal de 1863, pasó luego al texto del Código de 1924, al de 1991, y también al Anteproyecto de Reforma del Código Penal: Título Preliminar (Principios Generales) y Libro Primero (Parte General), documento que recoge en términos semejantes el mismo precepto.

El que una institución jurídico penal haya experimentado ese discursar histórico no determina, aunque pueda parecer insólito, que su tratamiento dogmático sea el más depurado y minucioso, o que su interpretación y aplicación no presenten mayores problemas, como consecuencia de lo anterior; es posible que ello ocurra en algunas otras instituciones, y no es este el lugar para dar cuenta de ellas, pero, no cabe contar a las

(*) Profesor de Derecho Penal de la Universidad Andina del Cusco.

(1) BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. “La reducción obligatoria de la pena cuando concurre alguna eximente incompleta (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1997, N° 823/1997)”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, 1998, UNED, p. 245.

eximentes incompletas entre esas instituciones. En efecto, desde la perspectiva de la determinación judicial de la pena, la responsabilidad restringida, o mejor, las eximentes incompletas⁽²⁾, conforme a la acuñación hecha por la doctrina, representan un espacio con poca luz, en el que se anda a tientas a la hora de interpretarlas, y respecto a las cuales la dogmática penal nacional parece no haber sido anoticiada, por lo menos no respecto a la problemática de la determinación de la pena a que dan lugar.

La determinación judicial de la pena es la parte del Derecho Penal que ha merecido desde diferentes latitudes las más severas críticas por su insuficiente desarrollo dogmático, lo que ha llevado a los jueces a trabajar con frases de estilo que, en el fondo, no hacen sino ocultar una práctica arbitraria e irracional; precisamente este es el contexto en el que se ubica parte de la problemática de las eximente incompletas, de manera que, su abordaje y desarrollo dogmáticos guardan estrecha relación con dicho ámbito general. Ahora bien, otro aspecto problemático en las eximentes incompletas es el de la determinación de sus supuestos de hecho, pues, resulta un cometido un tanto difícil determinar, por un lado, qué eximentes del artículo 20 son convertibles en eximentes incompletas, y por otro, qué requisitos de esas eximentes son necesarios y suficientes para considerar configurado una eximente incompleta⁽³⁾.

Aunque sería deseable que este trabajo abordara tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica de cada una de las eximentes incompletas, sin embargo, nuestra atención está centrada en la determinación de la pena, lo que desde luego no significa restarle importancia a lo primero. Sin perjuicio de lo dicho, cabe resaltar que las recientes modificaciones al Código Penal peruano de 1991, en orden a la determinación judicial de la pena, las mismas que instauran un sistema distinto al previsto en el texto originario del código, intensifican la necesidad de abordar la problemática de la atenuación de la pena para las eximentes incompletas en el marco general de la determinación judicial de la pena.

(2) En adelante esta será la denominación a utilizar, pues ella nos permite relacionarlas directamente con las eximentes de responsabilidad previstas en el artículo 20.

(3) Córdoba Roda refiere que sobre estos aspectos la jurisprudencia española anterior al Código Penal de 1995, ha elaborado una amplia regulación, CÓRDOBA RODA, Juan, *Las Eximentes Incompletas en el Código Penal*. Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo – España, 1966, p. 11; sin embargo, en nuestro país ello no ha ocurrido hasta la fecha.

Cuanto tenemos expuesto hasta aquí podría ser considerado como un intento por delimitar el objeto de nuestro análisis, o precisar su perspectiva; y efectivamente ambas cosas se pretendían, pero, como algunas veces lo que realmente se pretende queda extraviado entre muchas frases y pensamientos, estimamos necesario insistir en que este trabajo principalmente abordará la problemática de la atenuación punitiva que corresponde a las eximentes incompletas, ello en el marco de la determinación judicial de la pena. Ahora, para comenzarse este desarrollo, consideramos necesario conocer la regulación que sobre el particular preveían los códigos históricos de nuestro país.

I. LAS EXIMENTES INCOMPLETAS EN LOS CÓDIGOS PENALES ANTERIORES

El Código Penal de 1863, en su artículo 8 del Título I: De las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, de la Sección Segunda: De las circunstancias que extinguen o modifican la responsabilidad criminal, del Libro Primero, estableció diversos supuestos que permitían que el sujeto a quien se imputaba un delito quedara exento de responsabilidad criminal, vale decir, que no pudiera ser pasible de pena alguna. Ya en su artículo 9 del Título II: De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal, estableció expresamente que:

“Artículo 9.- Son circunstancias atenuantes:

1° Las comprendidas en el título anterior, cuando no concurren en ellas todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad, ó no sean plenamente probadas;”

Asimismo, complementando el precepto antes citado, este código estableció en el artículo 60 del Título II: De la aplicación de las penas según las circunstancias que modifican la responsabilidad criminal, de la Sección Quinta: De la aplicación de las penas, del Libro Primero, lo siguiente:

“Artículo 60.- En los casos del inciso 1 artículo 9, (...), la atenuación de la pena se verificará prudencialmente por el juez, debiendo rebajarse á lo menos dos grados”.

El Código Penal de 1924, en su artículo 85 del Título X: Causas que eliminan o atenúen la represión, del Libro Primero, también estableció los supuestos en los que el imputado estaba exento de pena; para luego, en su artículo 90 señalar que:

“Artículo 90.- En los casos del artículo 85, cuando no concurren los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir la pena prudencialmente hasta límites inferiores al *mínimum legal*.”

Más allá de las diversas expresiones utilizadas en uno y otro código, la estructura era la misma: se previa determinados supuestos en virtud de los cuales el imputado estaba exento de responsabilidad criminal, y por tanto de pena; y seguidamente, se establecía que cuando no concurriesen los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad, tales supuestos debían ser considerados como circunstancias de atenuación de la responsabilidad, ergo, de la pena, por cuanto, decía Córdoba Roda, “si la exención resulta de la suma de una serie de hechos, de faltar algunos de ellos, no se dará **lógicamente** ni plena responsabilidad ni plena irresponsabilidad: una **fracción** de lo que exime, atenúa”⁽⁴⁾.

Ahora bien, en honor a la verdad, cabe reconocer que el precepto del numeral 1 del artículo 9 del Código Penal de 1863 fue importado del Código español de 1848⁽⁵⁾; y aunque el legislador español en más de una ocasión también ha recurrido a la legislación foránea, en este caso se trata de una regulación que no ha sido tomado de otro código, representado como dice Córdoba Roda⁽⁶⁾, una institución exclusiva del español; esta situación determina, según vemos, que el desarrollo dogmático de este precepto penal tome como referencia el tratamiento dispensado en aquél país, obviamente, sin que ello signifique en ningún momento torcer el principio de legalidad.

(4) CÓRDOBA RODA, Juan, Ob. cit., p. 21. En similar sentido se había pronunciado más de un siglo antes, PACHECO, Joaquín Francisco, *Estudios de Derecho Penal, Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid*. Tomo I, Madrid, 1842, p. 132.

(5) Así lo reconoce expresamente, VITERBO ARIAS, José. *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*. Tomo I, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1900, p. 121.

(6) CÓRDOBA RODA, Juan. Ob. cit., p. 19.

II. LAS EXIMENTES INCOMPLETAS Y LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL TEXTO ORIGINARIO DEL CÓDIGO PENAL DE 1991

Nuestro vigente Código Penal, así como el de 1924, han sido reacios a utilizar la categoría circunstancias que eximen, atenúan o agravan la responsabilidad criminal, que sí aparecía en el Código Penal de 1863; en tal razón, a las anteriores circunstancias que eximían o atenuaban la responsabilidad criminal, en el texto originario del Código Penal de 1991 se las denomina causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal, en tanto que los listados de circunstancias de atenuación y agravación previstos en el Código de 1924, en el texto originario del Código de 1991 fueron suprimidos para dar lugar a ciertas atenuantes y agravantes aisladas, y a un conjunto de elementos –que no son denominados circunstancias– que deben servir para graduar la pena dentro del marco penal conminado. Así, la consigna del texto originario del código vigente parece haber sido omitir el término circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, o el de circunstancias atenuantes y agravantes, y si bien podría sostenerse que todos los elementos vinculados a la determinación de la pena previstos en dicho texto eran verdaderas circunstancias, lo cierto es que textualmente no fueron consignadas de esa manera, y prueba de ello es el precepto penal que regula las eximentes incompletas.

En cambio, desde el Código Penal español de 1848, hasta el actual, las eximentes incompletas han sido consideradas textualmente como circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal o penal; pese a tal situación, no han faltado penalistas que han considerado y consideran que las eximentes incompletas no son, en sentido estricto, circunstancias atenuantes, pues mientras las circunstancias presuponen un delito cuyos elementos esenciales han sido delimitados previamente, las eximentes incompletas alteran originariamente los propios elementos esenciales del delito⁽⁷⁾. De hecho, resolver este asunto dista de ser una cuestión pacífica, pero actualmente la mayor parte de la doctrina española

(7) PADILLA ALBA, Herminio Ramón. “Problemas que plantean las eximentes incompletas en la determinación judicial de la pena”. En: *Estudio Penales y Jurídicos*. Homenaje al Prof. Enrique Casas Barquero, Juan José González Rus (Coordinador), Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, España, 1996, p. 559, nota al pie 1. También asume la posibilidad de esa interpretación, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y otros. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, p. 410.

trata a las eximentes incompletas, quizá dejándose llevar por su texto legal, como circunstancias atenuantes privilegiadas; ahora bien, esta posición parece haber influido en la doctrina de nuestro país, que ubica a las eximentes incompletas –cuyo efecto se vincula a la fijación de la pena–, dentro de las circunstancias (cualificadas) modificativas de la responsabilidad penal, pues, en la determinación judicial de la pena, dice el profesor Prado Saldarriaga, toda circunstancia –incluidas las eximentes incompletas–, permiten al juez tomar conocimiento del grado de desvalor que merece el hecho punible y del nivel de reprochabilidad que alcanza a su autor, a efectos de cuantificar la pena⁽⁸⁾.

Considerar las eximentes incompletas que prevé el artículo 21 del Código Penal como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, permite ubicarlas en la clasificación de las circunstancias que la doctrina ha propuesto; así, en atención a los delitos a que pueden ir referidas, se alude a la existencia de circunstancias comunes o genéricas, y circunstancias especiales o específicas, siendo que las primeras pueden operar con cualquier delito, en tanto que las segundas sólo con ciertos delitos expresamente establecidos, con lo cual, las eximentes incompletas se ubicarían dentro de las circunstancias comunes o genéricas. Por otro lado, en razón a los efectos sobre la pena, las circunstancias se clasifican en atenuantes, agravantes y mixtas⁽⁹⁾; en atención a ello, las eximentes incompletas integrarían las circunstancias de atenuación.

Un ulterior criterio de clasificación, no siempre considerado en la doctrina, es el de las circunstancias en razón de su efecto sobre el marco de la pena; así, la doctrina española siempre ha considerado que las eximentes incompletas constituyen atenuantes privilegiadas o extraordinarias, por cuanto el efecto que ejercen sobre el marco de la pena es diverso al que ejercen las demás circunstancias atenuantes, que por ello son denominadas ordinarias; en ese sentido Llorca Ortega ha señalado concluyentemente que, “las atenuantes de minoría de edad y de eximente incompleta (artículo 68) históricamente han constituido el grupo

(8) PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 106. Considera también a las eximentes incompletas como circunstancias modificativas de la responsabilidad GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª Edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 838.

(9) GARCÍA ARAN, Mercedes. *Los Criterios de Determinación de la Pena en Derecho Español*. Ediciones de la Universidad de Barcelona, 1982, p. 126.

denominado de atenuantes privilegiadas, a las cuales el legislador ha otorgado, en todos los tiempos, una eficacia degradatoria superior a las restantes circunstancias atenuatorias⁽¹⁰⁾. En concreto esta superioridad del efecto atenuante se debe a que ellas determinan, dice García Aran⁽¹¹⁾, se rebase el límite mínimo del marco penal genérico; lo que por cierto no ocurre cuando concurren las circunstancias ordinarias.

Habiendo considerado a las eximentes incompletas como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, toca ahora determinar si cabe ubicarlas entre las llamadas circunstancias de atenuación privilegiadas o extraordinarias; pues, bien, estando a que el texto del artículo que regula las eximentes incompletas permite, precisamente, fijar la pena por debajo del mínimo legal, estimamos que no habría problema para considerar a las eximentes incompletas como atenuantes privilegiadas, según la denominación acuñada por la doctrina española. Con una denominación diferente, Prado Saldarriaga⁽¹²⁾ consideraba a las eximentes incompletas como circunstancias cualificadas, aunque posteriormente utilizó la expresión circunstancias por su relación con la pena conminada⁽¹³⁾, sin embargo, en rigor, se trataba de lo mismo, pues, nuestro Código Penal determinó que las eximentes incompletas tuvieran un efecto atenuatorio especial y diferente al que podían generar las circunstancias previstas en el artículo 46 del Código Penal –de concurrir estas últimas únicamente servirían para reducir la pena dentro de los límites inferior y superior de la pena conminada–, toda vez que su concurrencia permitía que la pena superara el extremo mínimo del marco penal conminado.

III. EXIMENTES INCOMPLETAS Y NUEVA REGULACIÓN DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

En el mes de agosto del año 2013, tuvo lugar la más importante modificación al Libro Primero del Código Penal de 1991, pues, con ella se instauró un sistema distinto de determinación judicial de la pena,

(10) LLORCA ORTEGA, José. *Manual de Determinación de la Pena, Conforme al Código Penal de 1995*. 5ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 105.

(11) GARCÍA ARAN, Mercedes, Ob. cit., p. 131.

(12) PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, Ob. cit., p. 102

(13) PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. “La determinación judicial de la pena”. En: *Nuevos Criterios para la Determinación Judicial de la Pena*. CIJ del Poder Judicial, Lima, 2007, p. 37.

tanto en su terminología cuanto en su procedimiento; tal situación obliga a replantear, o mejor, revisar, el tratamiento de las eximentes incompletas, por cuanto, lo dicho en el epígrafe anterior, era la elaboración dogmática que la doctrina había concretado a partir del texto originario del referido código.

Ciertamente, el texto del artículo 21 del Código Penal de 1991, es uno de los que no ha sufrido modificación alguna, de manera que, bien podría defenderse la misma elaboración dogmática expuesta en el epígrafe anterior; sin embargo, a diferencia del texto originario de este código, las modificaciones producidas han determinado una regulación particular sobre las circunstancias agravantes cualificadas y circunstancias atenuantes privilegiadas, ello sin perjuicio de un catálogo de circunstancias atenuantes y agravantes que cabría entender como no privilegiadas y no cualificadas respectivamente, o mejor, como circunstancias ordinarias. Además, se ha establecido un sistema de determinación de la pena por tercios en atención a la concurrencia de las atenuantes y agravantes ordinarias, con la posibilidad de exceder el marco penal cuando concurren circunstancias agravantes cualificadas o atenuantes privilegiadas.

Con independencia de estar o no de acuerdo con este nuevo sistema de determinación judicial de la pena, cabe reconocer que la modificación, en general, ha sido redactada con adecuada precisión y claridad; justamente debido a esas características ha quedado asentado que, no todas las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal tienen el mismo efecto sobre la pena, por cuanto, algunas solo permiten fijar la pena en alguno de los tercios que comprende todo marco penal, en tanto que otras circunstancias –atenuantes privilegiadas y agravantes cualificadas–, permiten superar el marco penal previsto por la ley para cada delito.

Ahora bien, esta situación permitiría insistir en que las eximentes incompletas deben considerarse como circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y ubicarlas en la clase de circunstancias atenuantes privilegiadas; sin embargo, respecto a lo primero, el legislador no las ha previsto en el catálogo de circunstancias agravantes y atenuantes ordinarias del modificado artículo 46 del Código Penal, y respecto a lo segundo, el legislador no ha establecido cuales son las circunstancias atenuantes privilegiadas, habiendo solo señalado un par de agravantes cualificadas. Esta situación es, sin duda, la parte que resta precisión y claridad a la

modificación legal analizada, con lo cual, el tratamiento de las eximentes incompletas, en el orden a la atenuación de la pena que prevén, resulta tan o más problemático que en el marco del texto originario del Código Penal de 1991.

IV. LOS PROBLEMAS DE LA ATENUACIÓN DE LA PENA POR LA CONCURRENCIA DE ALGUNA EXIMENTE INCOMPLETA

Uno de los primeros problemas que presenta la concurrencia de las eximentes incompletas, lo dejábamos expuesto en la parte final del epígrafe anterior, es el de su consideración como circunstancia atenuante privilegiada; también son problemáticos la determinación del carácter preceptivo o facultativo de la atenuación de la pena que prescribe el artículo 21 del Código Penal, la atenuación dentro o fuera del marco penal conminado para un delito, aspectos estos que dependen de su reconocimiento o no como atenuante privilegiada. Otro problema está representado por la necesidad de saber si el artículo 45-A del Código Penal tiene o no aplicación cuando concurre una eximente incompleta, con independencia de que se considere o no como atenuante privilegiada; y finalmente, constituye un problema adicional el tratamiento que corresponde a la concurrencia simultánea –junto a la eximente incompleta se entiende– de otras causales de atenuación de la pena, así como de agravantes cualificadas u otras causales de agravación de la pena no reconocidas expresamente como agravantes cualificadas. No podemos descartar la existencia de otros problemas, pero, aquí presentamos los que consideramos de mayor relevancia.

1. ¿Son las eximentes incompletas circunstancias atenuantes privilegiadas?

En los artículos 46-B y 46-C del Código Penal, en los que se regula la reincidencia y habitualidad respectivamente, se han establecido literalmente que tales categorías constituyen circunstancias cualificadas agravantes; tal redacción determina, al menos, dos consecuencias lógicas para la interpretación jurídica: la primera, que no cabría reconocer otras circunstancias agravantes cualificadas que las previstas expresamente en la ley; y la segunda, que el reconocimiento de circunstancias agravantes cualificadas solo podría ser realizado por el legislador. Esto último

llevaría a sostener que, no habiendo el legislador previsto literal o textualmente alguna circunstancia atenuante privilegiada, resulta incorrecto estimar y aplicar como tal alguna otra circunstancia prevista en el Código Penal, o incluso considerar como tal a algún otro supuesto de atenuación de la pena. Sin embargo, esta posición nos parece incorrecta, pues, si el legislador reguló el procedimiento de determinación de la pena cuando concurre una circunstancia atenuante privilegiada, corresponde que el juez determine qué circunstancias deben operar como tales, y no sostener que dicho precepto sería inaplicable hasta que el legislador incorpore literalmente dichas circunstancias.

Dicho esto, corresponde afrontar el problema de cuáles serían las circunstancias atenuantes privilegiadas, y aquí nos parece que el asunto resulta extremadamente complicado por su directa vinculación con las concepciones sobre la teoría del delito, en especial con el injusto penal, y no siendo este trabajo el escenario para abordar un asunto semejante, formulamos dispensa por no presentar un catálogo de dichas circunstancias. De cualquier forma, sí podemos afirmar que algunas de las eximentes incompletas tienen la condición dogmática para configurar circunstancias atenuantes privilegiadas, o por lo menos causales de atención privilegiadas, por cuanto, redundan directamente en la valoración del carácter de injusto de la conducta o en la valoración del reproche al autor, a lo que se suma una regulación según la cual la pena puede reducirse por debajo del mínimo de pena previsto para el delito cometido, que es precisamente la consecuencia jurídica de las atenuantes privilegiadas.

2. ¿Tiene carácter facultativo o preceptivo la atenuación de la pena cuando concurren eximentes incompletas?

En cuanto al carácter preceptivo o facultativo de la atenuación de la pena que prevé como consecuencia el precepto que regula las eximentes incompletas, si nos remitimos estrictamente a la letra de la ley, y tomamos aisladamente el término “podrá”, no será difícil comprender la posición de quienes afirman que se trata de una atenuación facultativa de la pena; en efecto, el verbo poder, más allá de las acepciones que el diccionario de la Real Academia Española le haya deparado, en ningún caso proyecta el sentido de una obligación o deber, y por el contrario se asocia naturalmente al término facultad. Pero, es de sobra conocido que remitirse a una interpretación gramatical, si bien puede ser un punto de partida,

diríamos ineludible, en ningún caso puede ser uno de llegada, de manera que, deberá recurrirse a otros métodos de interpretación como el sistemático y teleológico, aunque no solo a ellos, que permitan determinar el sentido facultativo o preceptivo de la atenuación de la pena previsto en el artículo que regula las eximentes incompletas.

Ahora bien, estando a que el mismo problema se planteó en torno al Código Penal español de 1995, además, considerando que la eximente incompleta es una creación original de aquel país, acogida por nosotros desde el Código Penal de 1863, nos parece necesario dar cuenta, acaso sea muy brevemente, de lo que en esas latitudes se ha dicho sobre el particular; ello como paso previo a la posición interpretativa que corresponda afirmar en relación a nuestra regulación.

a) Su tratamiento en España

Aunque hubo sentencias, e incluso un informe fiscal, que afirmaban la atenuación facultativa de la pena cuando concurría una eximente incompleta, la Sentencia del Tribunal Supremo español de fecha 10 de junio de 1997, siendo ponente Cándido Conde-Pumpido Tourón, asentó una posición que sin vacilaciones podría decirse es la que actualmente impera en la jurisprudencia y doctrina españolas⁽¹⁴⁾. Esta sentencia establecía clara y contundentemente que en las eximentes incompletas es preceptivo (obligatorio) rebajar la pena, ello por las siguientes razones: a) Razones dogmáticas, por cuanto al concurrir una eximente incompleta se produce una disminución de lo injusto y/o de la culpabilidad que es superior a la que trae su causa en una simple circunstancia atenuante; b) razones sistemáticas, dado que la segunda parte del precepto, que alude a que se aplicará la pena en la extensión que estime pertinente el juez, solamente tiene sentido aceptando la necesidad de reducir la pena al menos en un grado; c) razones históricas, en el entendido que la conceptualización tradicional sobre las eximentes incompletas es que ellas son atenuantes privilegiadas tanto por su naturaleza como por sus efectos,

(14) En cuanto a la doctrina, consideran que están a favor de esa posición González Cussac, Valle Muñiz, Boldova Pasamar, y García Arán, MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes, GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal. Parte General*. 4ª Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 605. También parecen estar a favor de la atenuación preceptiva, BOIX REIG, Javier y Enrique ORTS BERENGUER. "Consideración sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y su papel en Orden a la determinación de la pena". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 7-8, Lima, 1998, p. 325 y ss.

produciendo una rebaja de la pena desde la vigencia del Código de 1848; d) razones lógicas, pues negar la atenuación preceptiva, conduciría al absurdo de que en ciertos casos no tenga ningún efecto atenuatorio, lo que sería contradictorio con la regulación de las atenuantes ordinarias, que cuando concurren en general sí atenúan la pena⁽¹⁵⁾.

Pero como en la Ciencia Jurídica rara vez, o nunca, hay pleno consenso, tenemos que Choclán Montalvo⁽¹⁶⁾ se ha manifestado a favor de la atenuación facultativa; señala el citado autor que tal situación no suscita reparos de orden constitucional pues el Tribunal no debe resultar obligado a modificar el marco penal previsto para el delito en la medida en que concurren circunstancias que compensen la disminución notable de la capacidad de culpabilidad (por ejemplo, la producción culpable de la perturbación psíquica); como consecuencia de ello sostiene que las posibilidades de atenuación van desde la rebaja de la pena dentro del marco penal previsto para el delito hasta la atenuación del marco penal en dos grados (lo que implica ir por debajo del marco penal), en función del grado de disminución de la capacidad de culpabilidad. Sin perjuicio de la corrección o no de este planteamiento, es de advertir que se trata de una opinión casi en solitario.

b) Su tratamiento en Perú

El problema sobre el carácter facultativo o preceptivo de la atenuación de la pena cuando concurre una eximente incompleta ha merecido una respuesta categórica en el Pleno Jurisdiccional Nacional Penal de 1999, pues, los Jueces Superiores acordaron declarar por unanimidad que “la circunstancia atenuante prevista en el artículo 21 del Código Penal es de aplicación obligatoria”⁽¹⁷⁾. Entre las consideraciones determinantes de este acuerdo está la que alude a la disminución del desvalor del injusto o de la gravedad del reproche, ello por cuanto, y aquí percibimos una interpretación sistemática, las eximentes de responsabilidad tienen su razón de ser en la desaparición del carácter antijurídico del hecho o la

(15) BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. “La reducción obligatoria de la pena cuando concurre alguna eximente incompleta (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1997, Nº 823/1997)”. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2da Época 1998, UNED, pp. 248-253.

(16) CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Individualización Judicial de la Pena*. Editorial Colex, Madrid, 1997, pp. 136-137.

(17) Acuerdo Plenario 4/99, Tema 4: Consecuencias Jurídicas del Delito: Las Penas.

enervación de la culpabilidad del agente, de manera que de no alcanzarse ellas, la atenuación resulta ineludible.

Por el lado de la doctrina, el profesor Prado Saldarriaga⁽¹⁸⁾, casi en solitario, censuró la tendencia jurisprudencial que consideraba a la reducción de la pena en caso de atenuante cualificada (entre otras, las eximentes incompletas) como de aplicación meramente facultativa; decía, “esta posición resulta totalmente incorrecta y desconoce la función esencial de toda circunstancias atenuante cualificada, cual es, rebajar la pena conminada en atención a factores que afectan de modo directo y específico la antijuricidad del hecho o la culpabilidad del autor”.

Pese a la posición jurisprudencial y doctrinal antes expuesta, y luego de varios años, el profesor Prado Saldarriaga ha debido criticar nuevamente la praxis judicial que todavía considera de aplicación facultativa las circunstancias cualificadas –sean atenuantes o agravantes–:

“(…), para un sector, la frase ‘el juez podrá (...)’, quiere decir, que el juez puede decidir si aplica las circunstancias o no las aplica, si la toma en cuenta o no la toma en cuenta, si proyecta el efecto de incrementar la pena por encima del máximo o de reducirla por debajo del mínimo. Sin embargo, hay otra posición que a mi parecer es la correcta, porque así son los antecedentes y porque esa es la función que tienen esas circunstancias, y es que ‘el podrá (...)’, no significa que el juez anula o que el juez tiene capacidad discrecional para anular la operatividad de las circunstancias (ya que la circunstancia existe, no la puede borrar, la circunstancia está en el caso); ese ‘podrá (...)’ no quiere decir que el juez puede dejar de aplicar las circunstancias, sino que el juez está autorizado para decidir cuál es el marco de pena concreta, y puede decidir dentro del extremo promovido o incrementado o reducido por la presencia de las circunstancias”⁽¹⁹⁾.

(18) PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 130. Es difícil determinar si el citado profesor recogió el Acuerdo Plenario de 1999, o fue su magisterio que cambió la tendencia jurisprudencial que veía en las eximentes incompletas una atenuación facultativa. Desde nuestra perspectiva, nos inclinamos por lo segundo.

(19) PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. “La determinación judicial de la pena”. En: *Nuevos Criterios para la Determinación Judicial de la Pena*, CIJ del Poder Judicial, Lima, 2007, p. 37.

En este panorama, es necesario insistir en que las eximentes incompletas, o algunas de ellas, determinan una atenuación preceptiva de la pena; por ello, sobre la base de los fundamentos expuestos tanto en el Pleno Jurisdiccional Nacional como en los trabajos del profesor Prado Saldarriaga, estimamos que también pueden considerarse los siguientes:

- Interpretando en su integridad el artículo 21 del Código Penal, y no solamente el término “podrá”, la facultad que denota este término estaría referida a la magnitud concreta en que se traduciría la atenuación, pues la expresión “hasta límites inferiores al mínimo legal”, indica claramente que hay una pluralidad de posibilidades; así por ejemplo, si el mínimo de la pena fuere 5 años de privación de la libertad, la expresión antes trascrita permitiría que la pena se fije en 4, 3, 2, y 1 año de privación de la libertad. A ello creemos que se reconduce el sentido facultativo del término “podrá”.
- El principio de legalidad exige que el juez se sujete a las prescripciones del Código Penal; en ese sentido si una disposición del código (artículo 21) señala que al concurrir una eximente incompleta podrá disminuirse la pena hasta límites inferiores al mínimo legal, entonces, cuando tiene lugar el hecho real que encaja en el supuesto de aquel precepto, la consecuencia jurídica no puede depender de la voluntad del juez. Cosa distinta sería que el juez afirme que el hecho real no se subsume en el supuesto del precepto, con lo cual no podrá y no deberá imputarse la consecuencia jurídica, pero, de afirmar que el hecho sí queda subsumido, entonces, no podrá sino aplicar la consecuencia prevista, en este caso, la atenuación de la pena.
- El artículo 46 del Código Penal debe observarse para graduar la pena en atención a la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido; por ello, cuando concurre una circunstancia de atenuación, por ejemplo, la reparación voluntaria del daño, la atenuación de la pena se presentaría como obligatoria o preceptiva, y no como meramente facultativa, determinando que la pena concreta se fije dentro del tercio inferior, ello a condición de que no concorra una circunstancia agravante. Tomando en cuenta tal situación, desde una interpretación sistemática, consideramos que

la concurrencia de una situación calificable de eximente incompleta, lleva necesaria y obligatoriamente a disminuir la magnitud de la pena.

- El principio de proporcionalidad también se erigiría en contra de una atenuación facultativa por la presencia de alguna eximente incompleta, pues, está claro que imponer la misma pena al caso en que concurre una eximente incompleta y al caso en que no, lastima manifiestamente la proporcionalidad, y por qué no decirlo, la igualdad, que se espera inspire toda decisión punitiva.

Llegados a este punto, es imprescindible advertir de un argumento que podrían esgrimir los que están de acuerdo con una atenuación facultativa de la pena en el caso de la concurrencia de alguna eximente incompleta; dirían ellos que atenuación de la pena es preceptiva u obligatoria, pero inmediatamente nos vendrían a precisar que tal atenuación debe producirse dentro del marco penal, y en caso sea preciso hacerlo por debajo del extremo mínimo de aquel marco, ello ya quedaría a la facultad discrecional del juez.

Según vemos, el problema del carácter facultativo o preceptivo de la atenuación de la pena está estrechamente ligado a sus límites, es decir, a si la atenuación debe producirse dentro del marco penal conminado o por debajo de él; pero, abordar esta cuestión ya es materia del siguiente apartado.

3. ¿Debe reducirse la pena dentro del marco penal conminado o por debajo de él?

En España se ha previsto que al concurrir una eximente incompleta los jueces puedan imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en la Ley (artículo 68 del Código Penal español); según prescribe el artículo 70.1 del mismo cuerpo de normas, la pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada por la Ley para el delito de que se trate y deduciendo de esta la mitad de su cuantía, lo que permitirá un nuevo límite mínimo⁽²⁰⁾. De esta manera, si hay algo que no se discute

(20) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y otros. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004,

en la doctrina española derivada del Código de 1995, es que la reducción de la pena por la concurrencia de eximente incompleta será siempre por debajo del marco penal conminado para el delito –tómese en cuenta que allá se considera preceptiva fijar la pena inferior en un grado–; a manera de ejemplo podríamos decir que si la pena conminada para un delito fuere no menor de 4 ni mayor 8, la pena inferior en un grado tendría un máximo de 4 y un mínimo de 2 años.

La situación en nuestro país no presenta la misma claridad que en España, no porque el texto del precepto analizado prohíba que la rebaja se haga por debajo del mínimo legal, sino, porque al considerar algunos jueces que la atenuación es facultativa, se ha creído que ella puede efectuarse dentro del mismo marco penal del delito imputado. Ahora, algunos quizá admitan que la rebaja de la pena es preceptiva, pero en cualquier caso al estipular que debe producirse siempre dentro del marco penal conminado, nos ubican nuevamente en el problema de determinar si tal atenuación debe o no ser por debajo del marco penal.

Asumir que la rebaja de la pena es preceptiva pero que debe realizarse dentro del marco penal conminado, nos llevaría a afirmar que, entre las circunstancias del artículo 46 del Código Penal –que sirven para fijar la pena dentro del marco penal conminado, aunque en algunos de los tercios que comprende–, y las eximentes incompletas del artículo 21 del mismo Código, no existe diferencia alguna, siendo su ubicación una cuestión de técnica legislativa sin importancia alguna. Pero esa afirmación nos parece incorrecta, pues, sin dejar de reconocer que los artículos 21 y 46 del Código Penal tienen puntos de contacto, debido a que ambos influyen en la determinación de la pena, consideramos que en ningún caso cabe confundirlos y atribuirles la misma función; el artículo 21, a diferencia del 46, ha previsto una situación próxima a la eximente de responsabilidad, de manera que la afectación al grado de injusto penal y al grado de la culpabilidad del agente es muy significativo, lo cual merece una valoración y unas consecuencias particulares, propias y distintas. “Por ende, a menor injusto y menor culpabilidad debe corresponder una pena menor, la que solo tendrá esa condición si es ‘por debajo del mínimo legal’ que

p. 487. MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, Ob. Cit. p. 607. LLORCA ORTEGA, José. *Manual de Determinación de la Pena, Conforme al Código Penal de 1995*. 5ª Edición, Tiranto Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 41.

ordinariamente corresponde a la pena aplicable al mismo delito si no estuviesen presentes tales circunstancias⁽²¹⁾.

Recientemente el profesor Prado Saldarriaga ha vuelto a insistir, con ligeras variaciones terminológicas, sobre el sentido de las circunstancias que permiten al juez atenuar la pena hasta por debajo del mínimo legal –es el caso de la eximente incompleta prevista en el artículo 21 del Código Penal–, o aumentarla hasta en una mitad, o en un tercio por encima del máximo legal fijado para el delito. A todas ellas las denomina circunstancias por su relación con la pena conminada, y habiéndose percatado que se trata de circunstancias particulares, ha precisado que, “las circunstancias del artículo 46 (...), solo permite que el juez busque esa pena entre el mínimo y el máximo fijado por la pena básica. En cambio, estas circunstancias que pueden ser privilegiadas o cuantificadas tienen un efecto mayor, pueden modificar el marco conminatorio, vale decir, proyectan la posibilidad de la sanción por encima del máximo de la pena básica o por debajo del mínimo de la misma⁽²²⁾”.

En cualquier caso, si alguna duda queda al respecto, o si se cree que tal postura interpretativa es solitaria, tómesese en cuenta que ya en el Pleno Jurisdiccional Nacional de 1999, los Jueces Superiores de las Salas Penales por unanimidad acordaron declarar que siendo obligatoria la atenuación de la pena prevista en el artículo 21 del Código Penal, “la disminución prudencial de la pena operara del mínimo legal hacia abajo”.

Por si lo anterior no fuere suficiente, debe notarse que, habiendo asumido que las eximentes incompletas constituyen o deben ser consideradas como circunstancias atenuantes privilegiadas, la consecuencia lógica es que también ellas queden regidas por el precepto penal que regula la determinación de la pena cuando se trata de atenuantes privilegiadas –numeral 3 del artículo 45-A del Código Penal–, disposición según la

(21) PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Las consecuencias (...)*. Ob. cit., p. 130. Ciertamente la cita corresponde al análisis que el autor hace respecto al artículo 22 del Código Penal, sin embargo, nos parece que el mismo es perfectamente extensible al artículo 21 (eximente incompleta), pues, es aquí donde precisamente se alude a que la reducción de la pena podrá realizarse por debajo del mínimo legal.

(22) PRADO SALDARRIAGA. “La determinación judicial de la pena”. En: Ob. cit., p. 37.

cual la pena debe fijarse, con carácter preceptivo, por debajo del tercio inferior, esto es, por debajo del marco penal previsto para un delito.

4. ¿Pueden aplicarse el artículo 46 y numeral 2 del artículo 45-A del Código Penal, cuando concurre una eximente incompleta?

Se sabe que la determinación judicial de la pena es un procedimiento técnico jurídico que está integrado por determinadas etapas, las mismas que a tenor del modificado artículo 45-A del Código Penal, son las siguientes:

- a) Identificación del espacio punitivo a partir de la pena prevista en la ley para el delito y su división en tres partes.
- b) Determinación de la pena concreta aplicable al condenado en función a la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes previstas en el artículo 46 del Código Penal, conforme a determinadas reglas previstas en el artículo 45-A del mismo código.
- c) Determinación de la pena concreta según la concurrencia de agravantes cualificadas o atenuantes privilegiadas, conforme a determinadas reglas previstas en el artículo 45-A del Código Penal.

Según la ubicación y secuencia de estas etapas, la atenuación de la pena por la concurrencia de una eximente incompleta se produciría con posterioridad a la aplicación de las consecuencias previstas para la concurrencia de las circunstancias del artículo 46 del Código Penal; de ello podrían extraerse dos conclusiones: primero, que las eximentes incompletas permiten determinar una pena concreta, o mejor una magnitud de pena precisa; y segundo, que la ubicación del tercio de la pena en la que debe determinarse la pena concreta carecería de importancia cuando concurrieran las eximentes incompletas, pues, asumiendo que estas deben considerarse como atenuantes privilegiadas, la pena concreta deberá determinarse por debajo del tercio inferior. Ahora, quienes defiendan que la eximente incompleta permite determinar una pena concreta y precisa alegarán que para ello debe tomarse en cuenta sus propias particularidades, vale decir, la naturaleza más o menos incompleta de la eximente,

de lo que podría concluirse que cuanto más incompleta es la exigente la pena será mayor, y cuanto menos incompleta es –aproximándose a ser una exigente completa de responsabilidad– la pena será menor⁽²³⁾.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva, aquel planteamiento debe ser rechazado, pues estando a que la atenuación debe producirse por debajo del mínimo de la pena conminada hasta el mínimo de la clase de pena de que se trate, el nuevo marco penal que se forme será frecuentemente mayor al originario, y ello permitiría una amplia discrecionalidad judicial, que podría degenerar en arbitrariedad. Quizá advirtiendo ese grave inconveniente el profesor Prado Saldarriaga⁽²⁴⁾ recientemente ha señalado que la tercera etapa –cuando concurren circunstancias cualificadas–, en rigor, es un punto intermedio entre las otras dos etapas; de manera que, siendo coherentes con aquella afirmación, el procedimiento de la determinación de la pena comprendería las siguientes etapas: primero, determinar la pena básica –que frecuentemente coincide con el marco penal conminado–; segundo, examinar la concurrencia de circunstancias cualificadas para ver si aquella pena básica se modifica o no –de modificarse se tendría un nuevo marco penal–, luego de lo cual –tercero–, recién podría individualizarse la pena concreta según las circunstancias previstas en el artículo 46, y siguiendo las reglas del artículo 45-A del Código Penal⁽²⁵⁾.

(23) En España, con las particularidades que determina la redacción del precepto que regula la exigente incompleta, la discusión se ha centrado en la misma cuestión, vale decir, en determinar si luego de aplicada la exigente incompleta corresponde o no hacer lo mismo con las circunstancias generales para determinar la pena concreta. En contra de recurrir a las circunstancias generales luego de haber aplicado la consecuencia de la exigente incompleta, PADILLA ALBA, Herminio Ramón. “Problemas que plantean las exigentes incompletas en la determinación judicial de la pena”. En: *Estudios Penales y Jurídicos. Homenaje al Prof. Enrique Casas Barquero*, Juan José González Rus (Coordinador), Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, España, 1996, pp. 565 a 570. En cambio, a favor, CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Ob. cit., pp. 137 y 138. Por su parte LLORCA ORTEGA, José, Ob. cit., p. 117, se inclina a la posición intermedia que consiste en aplicar las circunstancias generales si se impone la pena inferior en grado, pero si la pena a imponerse es inferior en dos grados, no serían de aplicación las circunstancias reguladas en el artículo 66 del Código Penal español.

(24) PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. “La determinación judicial de la pena”. En: Ob. cit., p. 30.

(25) Ahora, yendo más lejos podría sostenerse que la determinación judicial de la pena es un procedimiento que comprende únicamente dos etapas; la primera, destinada a determinar la pena básica, que cuando concurre una circunstancia agravante cualificada o una atenuante privilegiada –por ejemplo, una exigente incompleta– exige que la pena básica sea modificada, formándose así una nueva pena básica; y la segunda, dirigida a individualizar la pena concreta que deberá aplicarse al condenado según las circunstancias del artículo 46 del Código Penal, que concurren.

Con todo lo dicho, no consideramos que la concurrencia de una exigente incompleta impida la aplicación del numeral 2 del artículo 45-A del Código Penal, el mismo que a su vez exige tener en cuenta el artículo 46 del citado código, y tampoco consideramos que estos últimos preceptos deban aplicarse antes de determinar la concurrencia o no de las exigentes incompletas; ahora bien, una consecuencia inmediata y directa que cabe extraer de todo ello, que quizá ya esté claro, es que las exigentes incompletas no permiten fijar una pena concreta y precisa, sino, permiten fijar un nuevo marco penal, dentro del cual los artículos 45-A, numeral 2, y 46 del Código Penal, sí deberán cumplir la función que les corresponde, es decir, permitir fijar la pena concreta y precisa.

5. ¿Cómo determinar la pena cuando concurren exigentes incompletas y otras circunstancias o causas de atenuación privilegiadas o agravantes cualificadas?

Este asunto reviste complejidad particular, primero, por el número de supuestos que corresponde abordar, y segundo, por el nuevo sistema de terminación de la pena que ha implantado la modificación reciente del Código Penal. Antes de proseguir, corresponde precisar que todo cuanto se diga es aplicable a las exigentes incompletas, tanto si se consideran como circunstancias atenuantes privilegiadas cuanto si se consideran como causas de atenuación privilegiada o especial que, desde nuestra perspectiva, deben recibir el tratamiento de las atenuantes privilegiadas, por las razones expuestas en las páginas precedentes a las cuales nos remitimos.

a) Concurrencia de dos o más exigentes incompletas⁽²⁶⁾

Si afirmamos, como lo hace parte de la doctrina española, que la concurrencia de exigentes incompletas debe determinar la reducción de la pena por cada una de ellas, nos veremos en el problema que al hacer la primera reducción, el nuevo mínimo de la pena básica será el mismo que el mínimo de la clase de pena de que se trate, de manera que la segunda

(26) El problema también ha sido planteado en España, y ciertamente la cuestión es debatible y confusa; se muestran a favor de la atenuación por cada una de ellas, LLORCA ORTEGA; José, Ob. cit., pp. 43, 44 y 118; PADILLA ALBA, Herminio Ramón. Ob. cit., p. 573. En contra están, CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, Ob. cit., pp. 135-138. CÓRDOBA RODA, Juan. *Las Exigentes Incompletas en el Código Penal*. Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo – España, 1966, pp. 37 y 38.

reducción en virtud de la otra eximente incompleta, sería prácticamente imposible de concretar.

En cambio, otra propuesta de solución, la que nosotros suscribimos, consiste en afirmar que de concurrir dos eximentes incompletas, únicamente una de ellas deberá producir el efecto atenuatorio privilegiado, en tanto que la otra se valorará como si de una circunstancia ordinaria se tratara (artículo 46 del Código Penal), a efectos de establecer la pena concreta dentro de la nueva pena básica. Esto último significa que, habiéndose modificado (reducido) el marco penal por la concurrencia de una eximente incompleta, la pena concreta y precisa deberá determinarse en función tanto de las circunstancias del artículo 46 del Código Penal, como de la otra eximente incompleta, valorándose esta última como si fuera una de las circunstancias de este último artículo.

b) Concurrencia de una eximente incompleta con otra causa de atenuación privilegiada⁽²⁷⁾

Es factible que en un caso concurren una eximente incompleta y una causa de atenuación privilegiada, entendiéndose por estas a los supuestos en los que corresponde, vía interpretación, una atenuación de la pena por debajo del marco penal previsto para el delito cometido, ello sin excluir que de plano se estimen como circunstancias atenuantes privilegiadas; pues bien, como quiera que ambas tienen como efecto jurídico modificar (reducir) la pena básica⁽²⁸⁾, conformando así una nueva –con un mínimo y un máximo de pena–, podría concluirse que la solución deberá ser la misma que la propuesta para la concurrencia de dos eximentes incompletas, vale decir, que solamente una de ellas produzca el efecto atenuatorio cualificado, mientras la otra deberá valorarse junto con las circunstancias del artículo 46 del Código Penal, a efectos de fijar la pena concreta.

(27) También se ha planteado el problema en España, y la acumulación de atenuaciones por concurrencia de una eximente incompleta, y los supuestos de complicidad o tentativa, estos últimos regulados de forma similar a aquella, es aceptada por CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Ob. cit., p. 135; PADILLA ALBA, Ob. cit., pp. 572-573; LLORCA ORTEGA, José. Ob. cit., 43, 44 y 118; este mismo autor indica que respecto a la concurrencia de una eximente incompleta y la circunstancia de minoría de edad, cuya atenuación es similar a la primera, las opiniones están divididas: en contra está Antón Oncea; de forma dubitativa Quintano Ripollés y Córdoba Roda; y a favor Casabó Ruiz, pp. 110-111.

(28) Siguiendo al profesor Prado Saldarriaga estimamos que las atenuantes cualificadas son, además de las eximentes incompletas, la imputabilidad restringida por razón de la edad (art. 22); la realización del delito por omisión impropia (art. 13); actuación en error de prohibición vencible (art. 14, segundo párrafo); y la tentativa (art. 16), entre otras.

Pero, dicho ello surge una interrogante, cuál de las concurrentes deberá producir el efecto atenuatorio privilegiado; según vemos, en el supuesto que la eximente incompleta prevea un mayor efecto atenuatorio que la causa de atenuación privilegiada con la que concurre, o viceversa, deberá estarse a lo más favorable para el imputado; y de no haber diferencia entre las concurrentes, cualquiera de ellas se aplicará primero.

c) Concurrencia de una eximente incompleta con una circunstancia agravante cualificada

Siendo catalogadas las eximentes incompletas como circunstancias atenuantes privilegiadas, podría considerarse que de concurrir con alguna de ellas una circunstancia agravante cualificada, ambas quedarán compensadas; ahora bien, un problema similar se planteó Córdoba Roda⁽²⁹⁾, con relación al anterior Código Penal español; en concreto se preguntaba si la segunda reincidencia (que agravaba la pena) debía ser compensada con la eximente incompleta (que atenuaba la pena), ello en razón de que tenían una idéntica eficacia, aunque de signo contrario; la respuesta del citado profesor fue negativa, haciéndola residir básicamente, sin perjuicio de otras razones, en el hecho de que la compensación de circunstancias estaba regulada en el Código Penal para las circunstancias ordinarias, y no para las privilegiadas. Sin embargo, esta posición del profesor español no puede ser de recibo en nuestro país, precisamente porque el Código Penal peruano, a partir de la modificación del año 2013, sí prevé la compensación de atenuantes privilegiadas con agravantes cualificadas, supuesto en el cual la pena se determinará dentro del marco penal previsto por la ley para el delito cometido, cobrando aplicabilidad el segundo numeral del artículo 45-A del Código Penal, según el cual corresponde determinar la pena en atención a la concurrencia de las circunstancias agravantes y atenuantes del artículo 46 del citado código.

d) Concurrencia de una eximente incompleta con dos o más agravantes cualificadas o causas de agravación cualificada de la pena, o de una agravante cualificada con dos o más eximentes incompletas

En el caso de que concurra una eximente incompleta y dos o más circunstancias agravantes cualificadas deberá estarse al numeral 3 del

(29) CORDOBA RODA, Juan, Ob. cit., pp. 34-36.

artículo 45-A del Código Penal, según el cual quedarán compensadas, debiendo fijarse la pena en el marco penal previsto por la ley para el delito; sin embargo, en estos supuestos cabría sostener una regla de equivalencia de la compensación, en cuya virtud la eximente incompleta quedaría compensada con una de las circunstancias agravantes calificadas, o con una de las causas de agravación calificada de la pena concurrentes, en tanto que, la otra u otras agravantes calificadas o causas de agravación calificada de la pena deberían producir las consecuencias jurídicas que les corresponde a cada una.

En la hipótesis que esta tesis no sea de aceptación, por colisionar con la regulación literal del tercer numeral del artículo 45-A del Código Penal, cabría sostener que las circunstancias agravantes calificadas o las causas de agravación calificada de la pena que exceden al número de las eximentes incompletas con las que se compensan, deben producir sus consecuencias como si se trataran de agravantes ordinarias del artículo 46 del citado código, de manera que en tales supuestos deberá aplicarse, a continuación, el segundo numeral del artículo 45-A de aquel código.

Dando vuelta a la moneda, todo cuanto se dijo en el párrafo precedente operaría si concurrieran varias eximentes incompletas y una sola circunstancias agravante calificada o una sola causa de agravación calificada de la pena.

PARTE II
CONSULTAS

01

Si el imputado presentó un cuadro de epilepsia, este debe ser considerado como una causa de exculpación, siempre que el ataque sufrido diera lugar a un intervalo de afectación psíquica

Consulta:

Se produce un accidente de tránsito que deja como saldo 2 personas muertas y varios heridos. La persona presuntamente responsable es llevada a la Comisaría a efecto de levantar el atestado policial y ser puesto a disposición para las evaluaciones correspondientes. Tras estas evaluaciones se identifica que el detenido presenta un cuadro de epilepsia. Su defensa desea presentar la evaluación psiquiátrica del detenido como medio probatorio para que se le exima de responsabilidad penal por los hechos producidos, pero tiene dudas respecto a si padece de episodios de epilepsia constituye una causa eximente de responsabilidad penal, según lo estipulado en el inciso 1 del artículo 20 del Código Penal. Se nos consulta: ¿la epilepsia puede ser considerada como uno de los supuestos que se mencionan en el artículo 20 numeral 1)? En ese sentido, ¿la persona estaría libre de responsabilidad?

Características del inciso 1 del artículo 20 del Código Penal

“Artículo 20.- 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”.

La consulta nos lleva a evaluar cuándo se está en esta causal eximente de responsabilidad. Para ello debemos identificar los tres estados que este inciso reconoce y si el caso en concreto puede ser subsumido en alguno de estas.

1. Antes de iniciar el análisis, es importante recordar que la culpabilidad es el campo donde se valora jurídicamente las características personales del autor del delito (imputabilidad individual), mientras que la antijuricidad constituye un juicio objetivo impersonal, ya que la acción lesiva para el bien jurídico se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma⁽¹⁾, en ese sentido la imputabilidad vienen a ser las condiciones mínimas que debe revelar un individuo para

(1) PEÑA CABRERA FREIRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas*. 2ª edición. Editorial Rodas, Lima, p. 525.

responder penalmente por la comisión de un hecho delictivo (se establece una relación entre el hecho y el autor, de conformidad con los establecido en el tipo penal). Para que una persona responda penalmente por la comisión de un delito debe estar en ejercicio de sus facultades físicas y psicológicas, esto dado que (...) se le requiere tener condiciones mínimas para poder motivarse normativamente⁽²⁾.

2. Por otra parte, esa capacidad física y psíquica puede no haberse desarrollado en el sujeto, por lo cual no se le podría imputar la responsabilidad penal del hecho, pues no posee la capacidad de motivarse de acuerdo a los mandatos normativos; lo cual implica una ruptura de la capacidad de culpabilidad ya sea por carencia o porque no ha alcanzado un desarrollo adecuado que tiene como efecto la exclusión de una responsabilidad penal. Esto se conoce como causas de inimputabilidad y se representan a través de “(...) estados patológicos, que inciden sobre la conciencia misma del sujeto, anulando su propio discernimiento para poder evitar una conducta antinormativa”⁽³⁾.
3. Pasamos ahora a evaluar lo que se entiende por **anomalía psíquica**, que son manifestaciones anormales del psiquismo y parafraseando

a Peña Cabrera al Derecho le interesan aquellas perturbaciones que son de tal índole y grado que impidan la comprensión normal del carácter delictuoso del hecho, es decir la capacidad de autor para comprender la anormalidad del acto u orientar las acciones. En ese sentido, se evalúa no solo la existencia de alguna de estas alteraciones en el individuo, sino también es necesario que los efectos de la misma, hayan alcanzado tal intensidad, que hayan perturbado o afectado de forma significativa la funcionalidad del sujeto así como sus facultades cognitivas y volitivas.

4. A diferencia de “(...) la anomalía psíquica –que es producto de elementos endógenos estructurados en la esfera orgánica del individuo– la grave alteración de la conciencia se presenta como producto del uso de sustancias exógenas, como: el alcohol, drogas, fármacos, sustancias psicotrópicas, etc.”⁽⁴⁾. Este cuadro puede presentarse de manera medianamente duradera o por estadios transitorios, asimismo; acarrear la pérdida total o parcial de la conciencia. Esta situación, para ser asumida por el derecho como supuesto exculpante, debe adquirir tal profundidad, que afecte gravemente las facultades cognoscitivas y volitivas del sujeto. Lo que

(2) PEÑA CABRERA FREIRE. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 530.

(3) Ídem.

(4) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte general*. Ob. cit., p. 539.

se puede manifestar a través de un caso de disociación de la realidad por lo que el sujeto no es consciente de los actos que realiza.

5. **La grave alteración de la percepción** hace referencia a manifestaciones producto de alteraciones de los sentidos, de tal modo que presenten una realidad desdibujada. Para el Derecho Penal, lo que interesa es que los efectos de esta situación produzcan en el autor una percepción equivocada en virtud de que sus sentidos no le otorguen una ubicación correcta o adecuada de los hechos circundantes. Una vez que hemos realizado un análisis breve de los supuestos contemplados en el numeral 1 del artículo 20, pasaremos a evaluar si en el caso concreto se estaría ante un supuesto de eximente de responsabilidad penal.

La aplicación de la figura de la norma al caso en concreto

Ahora bien, en el caso concreto se aprecia que la persona presuntamente responsable de los hechos padece de epilepsia, y todo da indicar que en el momento de los hechos se presentó una crisis, lo cual tuvo como consecuencia la muerte de dos personas y varios heridos.

6. Para que la epilepsia pueda ser considerada como una causa de exculpación, se debe evaluar si el ataque sufrido dio lugar a un intervalo de afectación psíquica, esto es, la presentación súbita de

ataque compulsivos, que provocan la pérdida de conocimiento, lo cual puede tener repercusiones fatales cuando se está operando un medio de transporte como lo es un vehículo. Es decir, sufrir un ataque de epilepsia cuando se está manejando un vehículo supone el incremento de la situación de riesgo que implica el manejar, pero el cual responde a elementos bioquímicos de la persona y no a su voluntad.

7. Como se ha mencionado anteriormente, al Derecho le interesan aquellas perturbaciones que son de tal índole y grado que impidan la comprensión normal del carácter delictuoso del hecho, es decir la capacidad de autor para comprender la anormalidad del acto u orientar las acciones. En ese sentido, si evaluamos el caso concreto la persona presuntamente responsable presentaba una alteraciones psíquica, cuyo cuadro crítico tuvo como efecto una pérdida de la conciencia al momento de manejar su vehículo, es decir había alcanzado tal intensidad, que perturbó de forma significativa su funcionalidad, lo mismo que sus facultades cognitivas y volitivas.
8. Lo que trae como correlato que el sujeto no era consciente de los hechos al momento que estos ocurrieron, es decir, no poseía la capacidad física y psíquica por lo cual no se le podría imputar la responsabilidad penal del hecho. Reiteramos, la persona en el momento de los hechos no poseía la

capacidad de motivarse de acuerdo a los mandatos normativos; lo cual implica una ruptura de la capacidad de culpabilidad lo que trae como efecto la exclusión de una responsabilidad penal.

Conclusiones

1. En tanto, el sujeto al momento de los hechos presentó un cuadro de epilepsia, lo cual debe ser probado por su defensa, esta debe ser considerada como una causa de exculpación, siempre que el ataque sufrido diera lugar a un intervalo de afectación psíquica, con la consecuente pérdida de conocimiento. En ese sentido, cuando la persona se encontraba en esa crisis no poseía sus capacidades psicológicas ni físicas para tener la comprensión normal del hecho, que perturbo de forma significativa su funcionalidad y trajo como consecuencia la pérdida de control del vehículo que iba manejando. Por lo expuesto, sí estaríamos ante un supuesto de inimputabilidad de conformidad a lo señalado en el artículo 20, numeral 1 del Código Penal. Cabe mencionar que la constatación de la presentación de la crisis de epilepsia debe ser corroborada por las pericias médicas pertinentes.
2. Finalmente, en concordancia con Santiago Mir Puig, si el sujeto no es consciente en absoluto del hecho que realiza, no faltará solo la imputabilidad sino incluso la propia presencia de un comportamiento

humano, primer elemento del concepto del delito. No faltará solo la imputación personal, sino la acción y por tanto la antijuricidad.

02

Una conducta realizada dentro de un episodio esquizofrénico será eximida de responsabilidad penal

Consulta:

Miguel es un hombre de 32 años que sufre de esquizofrenia. Su madre nos consulta preocupada si este puede ir a la cárcel pues el pasado jueves, un día en que olvidó tomar sus medicamentos, atacó a una joven en un autobús ahorcándola hasta dejarla inconsciente.

Características del inciso 1 del artículo 20 del Código Penal

“Artículo 20.- 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; (...).”

La presente consulta nos lleva al análisis académico de dos temas y previamente a la examinación de la aplicación de la norma al caso concreto: la identificación del inciso primero como

una causal de justificación (antijuridicidad) o una causa de inimputabilidad (culpabilidad), y las características de la anomalía psicológica como causal de inimputabilidad.

1. Actualmente en el Perú la jurisprudencia, así como la doctrina mayoritaria, reconoce la teoría tripartita del delito (tipicidad – antijuridicidad – culpabilidad) como el sistema de análisis de una conducta humana para la adecuación o no a un tipo penal y a su consecuente responsabilidad penal. En este sentido, es preciso analizar si el inciso en cuestión es una causal de justificación (antijuridicidad) o una causa de inimputabilidad (culpabilidad).
2. Dentro de la antijuridicidad se analiza si la conducta típica es contraria al ordenamiento jurídico, es decir, si la conducta prohibida por el Código Penal es también contraria al ordenamiento jurídico y, por ende, reprochable socialmente; para ello existen causales de justificación que harían de una conducta típica –que calza dentro del tipo penal– una aceptada socialmente y no atribuible de responsabilidad penal. Por otro lado, dentro de la culpabilidad se examina si la conducta típica y antijurídica es atribuible al sujeto o no, de acuerdo a sus características personales o circunstanciales al momento de la comisión del delito; para ello existen causas de inimputabilidad que harían de una conducta típica y antijurídica no atribuibles penalmente a un sujeto y/o situación en particular.
3. El inciso primero introduce tres tipos de condiciones dentro de las cuales el sujeto encuentra gravemente afectada su conciencia al punto de no comprender el carácter delictuoso de su comportamiento: anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción. Como se puede apreciar, estas condiciones son atribuibles a un sujeto en una situación en particular, en tanto responden a características propias de su psiquis al momento de cometer el delito; es por esto que estas van a eximir o atenuar la responsabilidad del sujeto a pesar de haber cometido el hecho típico y antijurídico. El inciso primero del artículo 20 del Código Penal es una causa de inimputabilidad.
4. Reconociendo a la anomalía psicológica como una causa de inimputabilidad es preciso determinar las características de dicha condición para que su presencia en el sujeto lo exima o atenúe de responsabilidad penal. La anomalía psicológica es la presencia de manifestaciones anormales en la psiquis de una persona; es decir, es toda aquella enfermedad mental que altere la psiquis de una persona. En este punto cabe hacer una aclaración en tanto cuando hablamos de anomalía psíquica nos estamos refiriendo necesariamente a una enfermedad mental que altere la conciencia y/o la manera de percibir la realidad de

una persona, porque si dicha alteración de la conciencia o de la realidad no fuera causada por una enfermedad mental no se trataría de la condición de anomalía psíquica, sino de una de las otras condiciones que contempla el inciso analizado, grave alteración de la conciencia o alteraciones en la percepción.

5. La diferencia entre la anomalía psíquica y la grave alteración de la conciencia es que la anomalía psíquica es el producto de elementos endógenos estructurados en la esfera del individuo, en cambio la grave alteración de la conciencia se da por el consumo de sustancias exógenas como el alcohol, drogas, farmacéuticos, entre otros⁽⁵⁾. Por otro lado, la grave alteración de la percepción responde también a defectos biológicos que provocan una alteración de las facultades psicomotrices, en donde la persona percibe una realidad diferente a la existe pero no a causa de problemas de su psiquis, sino por problemas de alteración de los sentidos.
6. La anomalía psicológica es un trastorno mental grave que produce una alteración absoluta de las facultades mentales de una persona, en tanto imposibilita la capacidad de autorregular su propio comportamiento de acuerdo con

el mensaje de la norma penal. Es un trastorno mental grave porque solo ello ocasionaría que la persona sea incapaz de controlar su comportamiento y de tomar decisiones; en un trastorno leve de la psiquis la persona mantiene un control sobre sus actos, lo cual lo haría responsable penalmente.

7. Finalmente, es importante señalar que a pesar de que una persona sufra de alguna anomalía psíquica, ello no significa que todas las conductas que cometa serán inimputables a su persona, es por ello que la norma considera que dicha anomalía psíquica debe haber causado una afectación grave a su concepto de la realidad, que no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión. Una persona que padece de una enfermedad mental normalmente no todo el tiempo se encuentra dentro de sus episodios de grave alteración de la conciencia o percepción, sino que también tiene momentos de lucidez en donde posee la habilidad de autodeterminarse; es por ello, que para que una persona sea eximida de responsabilidad penal es necesario que la comisión del delito se haya dado dentro de sus episodios de grave alteración de la conciencia o percepción, de lo contrario, al encontrarse en sus plenas

(5) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal. Parte General. Teoría del delito y de la pena y sus consecuencias jurídicas*. Editorial Rodhas, Lima, 2007. p. 539.

capacidades, tendrá que responder penalmente.

Aplicación de la norma al caso concreto

Ahora bien, habiendo determinado que la anomalía psíquica es un trastorno mental capaz de alterar gravemente la conciencia o percepción de la realidad de una persona, al punto de incapacitarla para poder autodeterminarse es necesario analizar si la esquizofrenia como enfermedad mental puede subsumirse dentro de esta condición de eximición de responsabilidad y, de ser el caso, si Miguel, una persona esquizofrénica, responderá penalmente por su conducta.

8. La anomalía psíquica comprende todas las enfermedades mentales, desórdenes, trastornos, permanentes o transitorios, cuya gravedad afecta de tal modo el sistema nervioso y el comportamiento del que las padece que dificulta su sentido de la realidad, su capacidad de ajuste adaptativo al medio ambiente y en consecuencia el dominio sobre la o las conductas de la que es protagonista⁽⁶⁾. En este sentido, siendo la esquizofrenia una enfermedad mental reconocida por el Organización Mundial de la Salud, deberá ser considerada como una anomalía psíquica, en tanto esta es una enfermedad psiquiátrica que altera la manera en que las personas perciben la realidad.

9. Siendo Miguel una persona esquizofrénica, una conducta realizada dentro de un episodio esquizofrénico será eximida de responsabilidad penal; sin embargo, no toda conducta que realice será inimputable a su persona. Para determinar si Miguel deberá responder penalmente o no es necesario determinar si al momento de la comisión del delito se encontraba dentro de un episodio esquizofrénico, es decir, si cuando agredió a la joven él se encontraba en sus plenas capacidades mentales o no, si podía percibir adecuadamente la realidad o no.

Conclusión

1. La anomalía psíquica es un grave trastorno mental, ocasionado por temas fisiológicos propios de la persona. Así, esta sufre de una grave alteración de la conciencia o de la percepción de la realidad; es por ello que cuando una persona se encuentra bajo estas condiciones, al no poder autorregularse es inimputable penal y no responde por los actos cometidos en estas condiciones.

03

Cuando se hubiese iniciado la investigación penal contra un menor de edad, su defensa debe plantear una excepción de naturaleza de acción o improcedencia de acción

(6) VILLAVICENCIO, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Grijley, Lima, 2009, p. 601.

Consulta:

El primero de febrero de 2013 se realizó la detención de dos jóvenes menores de edad, quienes habrían ingresado a mano armada a una vivienda para robar. A la fecha se ha aperturado investigación preparatoria contra los dos jóvenes y ambos se encuentran detenidos. El abogado defensor de los imputados nos consulta si es posible que ellos sean responsables penalmente a pesar de ser menores de edad y de haber confesado el crimen.

Características del inciso 2 del artículo 20 del Código Penal

“Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

2. El menor de 18 años (...)”.

La presente consulta nos lleva al análisis académico de dos temas previamente a la examinación de la aplicación de la norma al caso concreto: la identificación del inciso segundo como una causal de justificación (antijuridicidad) o una causa de inimputabilidad (culpabilidad), y las características de la minoría de edad como causal de inimputabilidad.

1. Actualmente en el Perú la jurisprudencia, así como la doctrina mayoritaria, reconoce la teoría tripartita del delito (tipicidad – antijuridicidad – culpabilidad) como el sistema de análisis de una conducta humana para la adecuación o no a un tipo penal y a su consecuente responsabilidad penal. En

este sentido, es preciso analizar si el inciso en cuestión es una causal de justificación (antijuridicidad) o una causa de inimputabilidad (culpabilidad).

2. Dentro de la antijuridicidad se analiza si la conducta típica es contraria al ordenamiento jurídico, es decir, si la conducta prohibida por el Código Penal es también contraria al ordenamiento jurídico y, por ende, reprochable socialmente; para ello existen causales de justificación que de estar presentes harían de una conducta típica –que calza dentro del tipo penal– una aceptada socialmente y no atribuible de responsabilidad penal. Por otro lado, dentro de la culpabilidad se examina si la conducta típica y antijurídica es atribuible al sujeto o no de acuerdo a sus características personales o circunstanciales al momento de la comisión del delito; para ello existen causas de inimputabilidad que harían de una conducta típica y antijurídica no atribuibles penalmente a un sujeto y/o situación en particular.
3. El inciso segundo señala la minoría de edad como una causa de eximición de responsabilidad penal, en este sentido, toda persona menor de los 18 años que cometa un delito no será responsable penalmente por este, encontrándose sujeto a las disposiciones del Código de los Niños y Adolescentes (Ley N° 27337), que en el libro Cuarto regula la denominada “Administración de Justicia Especializada en el

- Niño y el Adolescente”, establece en su artículo 133 que la potestad jurisdiccional en materia familiar se ejerce por las Salas de Familia y los Juzgados de Paz Letrados en los asuntos que la Ley determine⁽⁷⁾.
4. La minoría de edad responde como una causa de inimputabilidad en tanto se considera socialmente que una persona menor de 18 años no ha alcanzado aún pleno desarrollo psicológico para reconocer la magnitud de sus acciones y las consecuencias que de ellas se pudieran desprender; en este sentido, el menor de edad es un incapaz a los ojos del ordenamiento peruano. Según la doctrina dominante en la actualidad, la imputabilidad (que consiste en la asignación de la responsabilidad a un sujeto por la comisión de un ilícito) requiere dos elementos: a) la capacidad de comprender lo injusto del hecho, y b) la capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento⁽⁸⁾. Siendo que un menor de edad no ha desarrollado totalmente su psiquis, su ausencia de responsabilidad penal se deriva de una cualidad personal de apreciar el mundo de manera limitada, lo cual, según el legislador peruano, lo hace un inimputable para el Derecho Penal.
 5. Para la aplicación de la minoría de edad como causal de inimputabilidad no es necesario que se realice un análisis de si el menor infractor ha desarrollado plenamente sus capacidades psicológicas y de entendimiento de la realidad, sino el legislador ha optado por determinar que todo menor de edad –independiente de su grado de entendimiento– sea considerado un inimputable para el Derecho Penal; es por ello que para la aplicación de esta causa de inimputabilidad solo es necesaria la verificación de la edad del menor de edad. Es por esto que esta causal se considera *jure et de jure*, pues no admite prueba en contrario.
 6. Adicionalmente cabe señalar que si bien este no responderá penalmente por sus actos, esto no significa que no vaya a responder por ellos ante la sociedad. Al respecto, la Opinión Consultiva OC-17/2002, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el punto 96, refiere que las condiciones en las que participa un niño (que se entiende por este a toda persona menor de 18 años de conformidad con la Convención de los Derechos del Niño) no son las mismas en las que lo hace un adulto. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento. Asimismo, en

(7) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Idemsa. Lima, 2011. p. 830.

(8) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 6ª edición, Barcelona, Reppertor, pp. 550-551.

el punto 97 enfatizó que si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de niños el ejercicio de aquello supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que goce efectivamente de dicho derecho y garantías⁽⁹⁾. Es en este escenario, que el legislador determina que será el juzgado de familia quien evaluará la responsabilidad del menor de acuerdo a lo establecido por el Código de los Niños y los Adolescentes.

Aplicación de la norma al caso concreto

Ahora bien, habiendo determinado que la minoría de edad es una causal de inimputabilidad, cabe analizar si los menores de edad pueden ser objeto de una investigación penal y su posterior pena.

6. La minoría de edad es una condición que exime de responsabilidad penal por considerarse que el menor de edad es un incapaz al no reconocer y entender la magnitud de sus actos y las consecuencias de estos; es decir, un menor de edad nunca será responsable de sus conductas típicas y antijurídicas pues estas nunca serán atribuibles a su persona (culpabilidad).

7. En este sentido cabe analizar si es posible que un menor de edad sea objeto de una investigación penal respecto de la presunta comisión de un delito. En este punto es necesario señalar que es una práctica común que toda persona presuntamente involucrada en un delito sea materia de investigación, porque de ello se podrá verificar su participación o no; sin embargo, cuando se tratase de un menor de edad presuntamente involucrado en un delito, no cabría siquiera la apertura de una investigación penal hacia su persona pues este nunca resultará responsable de dicho delito.

8. No obstante, si dicha investigación penal ya se hubiese aperturado lo que el abogado defensor de dichos menores de edad debería plantear es una excepción de naturaleza de acción o improcedencia de acción. Este mecanismo de defensa se interpone cuando el hecho imputado no es delito o cuando no es justiciable penalmente. En el presente caso, a pesar de que el ingresar a una casa a mano armada para robar es una conducta típica y antijurídica, no es culpable, es decir, no es imputable a los sujetos por ser estos menores de edad, resultando de este modo que dicha conducta no sea considerada delito.

(9) Ver Opinión Consultiva OC-17/2002, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf>. [Visto: 16/09/2014]

Conclusiones

1. La minoría de edad es una condición que exime de responsabilidad penal al sujeto de las conductas que pueda haber realizado antes de cumplir los 18 años de edad, en tanto se considera que anterior a esa edad la persona aún no desarrolla plenamente su percepción del mundo y las consecuencias de sus acciones en él.
2. El menor de edad no responde penalmente por sus acciones así estas resulten típicas y antijurídicas, pues nunca serán culpables. Sin embargo, sí responderá conforme lo señale el Código de los Niños y los Adolescentes.

04

Son inimputables los adolescentes involucrados en una relación sexual consentida

Consulta:

En un centro médico comunal se presenta una adolescente de iniciales M.R.S. (14 años), quien se encuentra en labor de parto, por lo que se procede a prepararla para su ingreso a la sala de partos. Una vez terminado el parto la asistente social del centro médico se acerca a la habitación a la que fue trasladada la menor a efecto de hacerle las preguntas referentes al padre del menor. La adolescente refiere

que su hijo es producto de la relación sentimental que tuvo con su novio, un adolescente de 15 años, y que ambos han decidido vivir en casa de los padres de ella, quienes han aprobado la unión. La asistente social nos consulta si debe remitir información del caso al Ministerio Público por el presunto delito de violación a una menor.

Características del inciso 2 del artículo 20 del Código Penal

Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

“2. El menor de 18 años.”

La consulta nos lleva a evaluar en primer lugar si una persona menor de edad puede ser declarada responsable de la comisión de un delito como lo es la violación. Para ello, pasaremos a evaluar cuáles son los argumentos que se ha identificado sobre la declaración de inimputabilidad de una persona menor de edad.

1. Según la doctrina dominante en la actualidad, la imputabilidad (que consiste en la asignación de la responsabilidad a un sujeto por la comisión de un ilícito) requiere dos elementos: a) la capacidad de **comprender** lo injusto del hecho, y b) la capacidad de **dirigir** la actuación conforme a dicho entendimiento⁽¹⁰⁾.

(10) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte general*. 6° edición, Editorial Reppertor, Barcelona, pp. 550-551.

2. Es importante por ello que el Derecho Penal ofrezca respuesta diferentes ante situaciones objetivamente diferentes, en tal sentido, recoger esta orientación supone alejar del ámbito de la pretensión penal a aquellos sujetos infractores de la ley penal, toda vez que no se han desarrollado plenamente o no han madurado lo suficiente para comprender el contenido de la conducta antijurídica de un hecho delictivo. En ese sentido, a los niños y adolescentes no se les puede solicitar responder de la misma manera que a los adultos, de esta forma lo que reciben los primeros no es una pena sino una medidas socioeducativas, en tanto se corrobora su responsabilidad como infractores de la norma penal. Ello se encuentra de conformidad con lo señalado en el Código de los Niños y Adolescentes así como de la Convención de los Derechos del Niño.
3. La minoría de edad es una causal de inimputabilidad *jure et de jure*, pues, no admite prueba en contrario. Esta consideración responde al hecho que la comprensión de la antijuricidad de un hecho o la infracción de una norma requiere que la persona cuente con elementos cognitivos que le permitan tener la comprensión de los mismos, es por ello que el menor al detentar características distintas debe ser sometido a un tratamiento pedagógico y sociológico especial que responda a su estado bio-psico-social para que pueda enmendarse. Para el Código Penal, solo bastará la constatación del hecho cronológico de ser menor de 18 años, lo cual se corrobora con la partida de nacimiento, para poder argumentar la exclusión de responsabilidad penal.
4. Asimismo, resulta importante indicar que la determinación de la responsabilidad del adolescente o menor infractor se sujeta a parámetros de determinación establecidos a partir del Derecho Penal, en cuanto a la autoría y participación, imputación subjetiva (dolo o culpa), grados de imperfecta ejecución, imputación objetiva y la no concurrencia de preceptos permisivos, pues si el menor infractor lesiono un bien jurídico, no estará cometiendo un injusto penal, así también cuando actúa en preponderancia de un bien jurídico de mayor rango valorativo⁽¹¹⁾. Cabe mencionar que lo que se lleva a cabo es una suerte de similitud a efecto de que el juez de familia pueda identificar cuál es el grado de responsabilidad del menor de edad ante la realización de un hecho que tiene afectaciones en la

(11) Conforme lo refiere el Código de los Niños y Adolescentes, la Ley Orgánica del Ministerio Público y demás disposiciones vigentes.

sociedad y tras ello poder determinar la medida socioeducativa a imponerse.

5. Cabe resaltar que aun cuando el Estado peruano aplique medidas socioeducativas a los menores infractores de la ley, estas deben establecer parámetros de protección especiales, no solo la obligación de respetar los derechos de estas personas, sino también la de garantizar sus derechos y de tomar todas las medidas positivas, guiadas por los principios de no discriminación y de interés superior del niño, que aseguren la protección de los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales⁽¹²⁾.
6. Por su parte la Opinión Consultiva OC-17/2002, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el punto 96 refiere que las condiciones en las que participa un niño (que se entiende por este a toda persona menor de 18 años de conformidad con la Convención de los Derechos del Niño) no son las mismas en las que lo hace un adulto (...). Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre

quienes participan en un procedimiento. Asimismo, en el punto 97 se enfatizó que si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de niños el ejercicio de aquello supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que goce efectivamente de dicho derecho y garantías.

La aplicación de la figura de la norma al caso en concreto

7. Para dar respuesta al caso materia de consulta, debemos recordar que el artículo 173, inciso 3 del Código Penal establecía, en los casos de delitos de violación sexual de menores si la víctima tenía entre catorce y dieciocho años de edad, una pena no menor de 25 ni mayor de 30 años. Contra este enunciado normativo se presentó una acción de inconstitucionalidad, en la cual el Tribunal Constitucional señaló, en el Exp. N° 00008-2012-PI/TC (12 de diciembre de 2012), que esta constituía una vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores entre 14 y menos de 18 años, con lo cual se reconoce implícitamente el derecho a la libertad sexual de este grupo poblacional.

(12) Esto de conformidad con lo señalado en el fundamento 138 literal c) por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Centro de reeducación del menor vs. Paraguay. En: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf> [Visto: 01/09/2014].

8. En razón de lo señalado debemos indicar que confluyen en este caso dos figuras: una es referente al consentimiento y la otra a la minoría de edad del sujeto a quien se le pretende imputar una responsabilidad penal. Como ya se ha establecido a partir de la sentencia emitida en el Exp. N° 00008-2012-PI/TC, los menores entre 14 y 18 años están en condiciones de ejercer su libertad sexual. Asimismo; es importante tener presente que se acepta que la inimputabilidad es un concepto normativo que hace referencia a un estado en el cual la persona no puede ser motivada en condiciones de normalidad por la norma, por ello toda persona menor de edad a la cual se le impute la comisión de un ilícito no podrá ser considerado un sujeto activo del delito o pasible de la sanción penal.
9. La minoría de edad es una causal de inimputabilidad *jure et de jure*, pues, no admite prueba en contrario. Esta consideración responde al hecho que la comprensión de la antijuricidad de un hecho o la infracción de una norma requiere que la persona cuente con elementos cognitivos que le permitan tener la comprensión de los mismo, por ello para el Código Penal, solo bastará la constatación del hecho cronológico de ser menor de 18 años para poder argumentar la exclusión de responsabilidad penal.

Conclusiones

1. En el caso materia de consulta nos encontramos ante una relación sexual consentida entre adolescentes, es decir que el embarazo se enmarca en una relación afectiva y emocional que ha sido de común acuerdo de los adolescentes. Asimismo, el artículo 20 inciso 2 de nuestro Código Penal se indica que el menor de 18 años está exento de responsabilidad penal, es decir es declarado como inimputable en relación al tratamiento jurídico penal de adultos. Por lo cual en el caso no cabría más que declarar la inimputabilidad del menor.
2. Sin embargo, no se debe dejar de lado la existencia del artículo 30 de la Ley General de Salud, el cual señala que los médicos tienen la obligación de denunciar los casos de pacientes que atiendan por causas de violencia que constituyan un delito. En ese sentido se pronuncia; la Resolución N° 257-2007-DSJL-MP-FN que aprueba la Directiva N° 001-2007-DSDJL-MP-FN que destaca la obligación del personal responsable de los establecimientos de salud privados y públicos de comunicar a las Fiscalías la atención o el ingreso a nosocomio de niñas y adolescentes menores de 18 años en estado de gestación; señalando que estas comunicaciones deben hacerse por escrito en el plazo máximo de 72 horas y que no solo involucra a los/as Fiscales de Familia y/o Mixtos, sino las/os

Fiscales de Prevención del Delito. Este conjunto de disposiciones contravienen lo establecido por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 00008-2012-PI/TC, por lo cual muchos establecimientos de salud realizan las comunicaciones sobre la existencia o atención de una menor de edad en estado de gestación a fin de que el Ministerio Público realice las investigaciones que considere necesarias.

05

Para que una persona no responda penalmente por la agresión realizada es necesario que exista una necesidad racional entre el medio de defensa para evitar la lesión

Consulta:

Ana nos consulta si va a tener que responder penalmente por la agresión que le propinó a su vecino. El fin de semana, luego de una reunión, Ana llega tarde a su casa y cuando está abriendo la puerta para ingresar a su vivienda, un sujeto la empuja y cae al suelo. Inmediatamente él la empuja contra el suelo, manteniéndola boca abajo para evitar que vea a su agresor. Este hombre comienza a manosearla y a quitarle la ropa sin que ella pudiera impedirselo debido a que él era más fuerte que ella. Ana ante la desesperación toma un lápiz que encontró en el suelo y aprovecha los segundos en que el hombre se dispone

a desvestirse, para voltear y agredirlo con el lápiz en el ojo. La policía posteriormente le señala que su agresor había sido un vecino suyo y que este había manifestado su intención de denunciarla por lesiones graves.

Características del inciso 3 del artículo 20 del Código Penal

“Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- a) Agresión ilegítima;
- b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla 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”.

La presente consulta nos lleva al análisis académico de dos temas previamente a la examinación de la aplicación de la norma al caso concreto: la identificación del inciso tercero como una causal de justificación (antijuridicidad) o una causa de inimputabilidad (culpabilidad), y las características y

requisitos de la legítima defensa como una causa de justificación.

1. Actualmente en el Perú la jurisprudencia, así como la doctrina mayoritaria, reconoce la teoría tripartita del delito (tipicidad – antijuridicidad – culpabilidad) como el sistema de análisis de una conducta humana para la adecuación o no a un tipo penal y a su consecuente responsabilidad penal. En este sentido, es preciso analizar si el inciso en cuestión es una causal de justificación (antijuridicidad) o una causa de inimputabilidad (culpabilidad).
2. Dentro de la antijuridicidad se analiza si la conducta típica es contraria al ordenamiento jurídico, es decir, si la conducta prohibida por el Código Penal es también contraria al ordenamiento jurídico y, por ende, reprochable socialmente; para ello existen causales de justificación que de estar presentes harían de una conducta típica –que calza dentro del tipo penal– una conducta aceptada socialmente y no atribuible de responsabilidad penal. Por otro lado, dentro de la culpabilidad se examina si la conducta típica y antijurídica es atribuible al sujeto o no de acuerdo a sus características personales o circunstanciales al momento de la comisión del

delito; para ello existen causas de inimputabilidad que harían de una conducta típica y antijurídica no atribuibles penalmente a un sujeto y/o situación en particular.

3. El inciso tercero contempla la legítima defensa como una situación en la que no es atribuible penalmente la conducta a quien la cometió obrando en defensa de intereses propios o de terceros. La legítima defensa, entonces, es una causa de justificación que revisite a los ciudadanos del derecho a repeler agresiones ilegítimas, susceptibles de lesionar los bienes jurídicos personalísimos, siempre y cuando estas agresiones sean reales, inminentes y no provocadas por quien ejerce la acción defensiva, necesarias para fortalecer la vigencia efectiva del orden positivo y el fin preventivo de las normas jurídico-penales⁽¹³⁾.
4. Para la aplicación de esta causa de justificación es necesaria la verificación de los siguientes requisitos: (i) agresión ilegítima, (ii) necesidad racional del medio empleado y (iii) la falta de provocación suficiente. La presencia de estos elementos es importante en tanto va a permitir diferenciar una legítima defensa de cualquier otro tipo de acto lesivo, pues van a manifestar elementos materialmente comprobables, más

(13) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Idemsa, Lima, 2011, p. 663.

allá de la intención del sujeto de defender el bien jurídico presuntamente agredido, actuando como limitadores del derecho a la legítima defensa de los ciudadanos.

5. El primer requisito exige que haya existido una agresión ilegítima previa a la conducta de legítima defensa, es decir, tiene que existir una conducta humana voluntaria o negligente que pretenda lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos de manera inmediata. Cabe señalar que es necesario que la agresión sea inminente, pues si la agresión ya ha acabado no estamos ante un comportamiento defensivo, sino de venganza. Por otro lado, cuando se señala que este comportamiento debe ser ilegítimo se refiere a que no provenga del cumplimiento de una norma, pues si se tratase de un comportamiento permitido por el ordenamiento jurídico que vulnera un bien jurídico, no se podría alegar legítima defensa. Por ejemplo, si una persona que está cometiendo un delito señala que actuó en legítima defensa cuando agredió al oficial porque cuando cometía su ilícito no portaba arma en mano y el oficial que quiso detenerlo lo

apuntó con una pistola y es en respuesta de esta exposición de su bien jurídico vida e integridad física que decide sacar su arma y dispararle. El oficial actuó en cumplimiento de una norma jurídica, por lo que la puesta en peligro al bien jurídico no fue ilegítima.

6. Adicionalmente es necesario evaluar si el medio empleado para repeler la agresión fue idóneo para su fin, para ello ya no se considera la proporcionalidad entre la agresión y el mecanismo de defensa⁽¹⁴⁾ sino otras circunstancias como la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa. En este sentido es necesario entender este requisito como una necesidad de actuar con los medios que se encuentran a la mano para evitar la vulneración al bien jurídico. No puede ser exigible para una persona que se encuentra en una situación de peligro que se haga de un medio de defensa proporcionalmente igual al de su agresor, es por esto que el defensor puede emplear cualquier medio que sea necesario para impedir o repeler la agresión, pero

(14) En el 2003 se modificó este inciso incluyendo el texto final (“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”), debido a las interpretaciones que señalaban que era necesario que exista proporcionalidad entre el medio de ataque y el medio de defensa (si una persona era amenazada con un cuchillo, si esta empleó una pistola para defenderse no era considerado racional pues la defensa no era proporcional con la amenaza al bien jurídico). Ante la efectiva desprotección del ciudadano, el legislador incluye el citado texto.

no puede ir más allá de lo estrictamente necesario. Por ejemplo, una persona asaltada a mano armada que en pleno ataque saca su propia arma y dispara cinco veces en el pecho y dos veces en la cabeza a su agresor no podría alegar legítima defensa, en tanto la agresión ocasionada para evitar la vulneración del bien jurídico no va acorde con ese fin, no era necesario propinarle cinco disparos en el pecho y dos en la cabeza para evitar el robo.

7. Finalmente, es imperativo que dicha agresión ilegítima no responda a una provocación suficiente por parte de sujeto agredido. Dicha provocación entonces tiene que haber sido insuficiente para justificar la agresión propinada por su agresor. En este escenario se entiende que existen conductas que serán consecuencia de la provocación del agredido, es por ello que para que para que se configure la legítima defensa como causal de justificación es necesario que no haya existido provocación o que esta haya sido insuficiente para prever la agresión posterior propinada contra su persona.

Aplicación de la norma al caso concreto

Ahora bien, habiendo determinado que la legítima defensa es una causa de justificación, cabe analizar si en el caso consultado el comportamiento de

Ana se adecúa a los requisitos del inciso 3 del artículo 20.

8. Ante la inminente agresión propinada contra su persona, Ana decide agredir a quien la ultraja con el fin de detener dicha vulneración. Es con este fin en mente que decide tomar lo primero que encuentra a la mano, el lápiz, y clavárselo en el ojo a la primera oportunidad que encontró.
9. En este sentido cabe analizar si dicha conducta responde a una legítima defensa o no. El primer elemento, agresión ilegítima, se encuentra claramente presente en el caso, en tanto ella es agredida física y sexualmente y las intenciones de perpetrar más agresiones de índole sexual de su agresor se manifestaron visiblemente. Además es de considerar que la respuesta defensiva fue inmediata a la agresión propinada. El segundo elemento, la necesidad racional del medio empleado, también se encuentra presente, pues si bien no se señala que el agresor haya portado algún arma, la agresión y puesta en peligro del bien era inminente y el medio empleado para detenerlo fue uno que se encontró a la mano mientras sucedía la agresión. Y el tercer y último requisito, la falta de provocación suficiente, se encuentra satisfecho también en vista de que ella no tuvo ningún comportamiento para propiciar dicha agresión.

10. El comportamiento de Ana respondió a una legítima defensa ante la agresión realizada por su vecino, es por ello que ella no responderá penalmente por la lesión ocasionada en su defensa.

Conclusiones

1. La legítima defensa es una causa de justificación mediante la cual el ciudadano se encuentra facultado a defender bienes jurídicos protegidos penalmente cuando se trate de una agresión ilegítima, cuando exista una necesidad racional del medio empleado para repelerla y cuando exista una falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.
2. Para que una persona no responda penalmente por la agresión realizada en la defensa de bienes jurídicos es necesario que la agresión que pone en peligro dichos bienes sea ilegítima, es decir, contraria al ordenamiento jurídico, que no responda al cumplimiento de una norma. Asimismo, es necesario que exista una necesidad racional entre el medio de defensa para evitar la lesión, lo cual no significa una proporcionalidad entre el medio de agresión y el medio de defensa, sino una adecuación a la agresión defensiva y la protección del bien jurídico. Finalmente, dicha agresión no puede responder a una provocación suficiente por parte del agredido, en tanto ello legitimaría la agresión propinada en su contra.

06

Por agresión ilegítima, se debe entender toda vulneración, lesión o puesta en riesgo actual de un bien jurídico protegido, el cual puede ser uno de naturaleza individual o colectiva

Consulta:

Marco nos escribe consultándonos sobre su situación y la preocupación que tiene, porque el fin de semana se suscitó un hecho que le ha generado un sinfín de problemas. Sucede que cuando su enamorada fue a visitarlo, como todos los fines de semana, y encontrándose en la puerta de ingreso de su departamento a dos sujetos armados de pistolas la interceptan y le señalan que baje del automóvil e ingrese a la parte posterior del vehículo sin hacer ningún movimiento que llame la atención del vecindario, pero ante el inminente peligro que para ella suponía el poder ser secuestrada, grita pidiendo ayuda a su novio Marco, quien se encontraba en la sala de su domicilio esperando su llegada y al escuchar los llamados de auxilio de ella toma el arma que posee y se dirige a la calle para saber qué le sucedía. Es entonces que ve a dos hombres golpeándola y tratando de hacer ingresar a su enamorada a la parte posterior de su vehículo. En esas circunstancias realiza dos disparos contra los presuntos asaltantes y mata a uno de ellos y hiere al otro. La familia de los presuntos agresores ha entablado una

denuncia contra Marco por homicidio y lesiones graves. Ante lo cual Marco nos consulta si puede alegar la figura de legítima defensa contemplada en el inciso 3) del artículo 20 del Código Penal.

Características del inciso 3 del artículo 20 del Código Penal

“Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

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 dispone para la defensa;

c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa”.

Antes de dar una respuesta a Marco es necesario identificar cuándo nos encontramos ante la figura de legítima defensa y cómo la doctrina y jurisprudencia han aplicado este supuesto como eximente de responsabilidad penal.

1. Para el profesor Luis Alberto Bramont Arias Torres, la legítima defensa se caracteriza por la protección de bienes jurídicos individuales (propios o de terceros), lo que se materializa a través de la autorización del derecho del individuo para que se defienda ante una agresión antijurídica producida por otro, pues se entiende que la autodefensa constituye la salvaguarda del orden pacífico general.
2. En ese sentido, el fundamento de la eximente de la legítima defensa se haya, en primer lugar, en la necesidad de defender los bienes jurídicos frente a una agresión. Por otra parte, al impedir o repeler una agresión ilegítima se defiende el ordenamiento jurídico. La legítima defensa tiene, pues un doble fundamento. No basta la necesidad de defender, pues se exige que la agresión sea ilegítima⁽¹⁵⁾.
3. Es importante, asimismo, tomar en consideración que la figura de legítima defensa debe presentar una serie de requisitos, como son el configurar: 1) Agresión ilegítima; 2) necesidad racional del medio empleado, y 3) falta de provocación suficiente. En referencia al primer requisito, debemos entender como agresión la lesión o puesta en riesgo actual de un bien jurídico protegido, el cual puede ser uno de naturaleza individual

(15) CEREZO MIR, José. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial IB de F, Buenos Aires, 2008, pp. 521-522.

o colectiva. El término “ilegítima” equivale a ilícita y viene determinado por la infracción de las normas.

4. En referencia al segundo requisito, el medio empleado debe permitir repeler o impedir la agresión ilegítima; en tal sentido, para algunos autores debe existir una proporcionalidad en el medio empleado para repeler la agresión. Cabe destacar que otro grupo de teóricos consideran que se debe excluir 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.
 - Los medios de que se dispongan para la defensa.
5. Por su parte, la figura de la “falta de provocación” no es de admisión pacífica en la doctrina, para muchos el término **provocar** es entendido como aquella que genera un determinado estado psíquico en la persona del agresor, que estimula una reacción agresiva. Para, otro sector; este supuesto puede consistir en una acción o una omisión; como indica José Cerezo Mir, la acción no es preciso que esté dirigida al fin de desencadenar la respuesta agresora, es decir; no es preciso siquiera que la respuesta agresora sea una

consecuencia prevista como necesaria por el provocador. En conclusión, resulta necesario no haber provocado la situación agresiva para poder beneficiarse con la legítima defensa: quien se defiende no debe haber creado la situación.

La aplicación de la figura de la norma al caso en concreto

6. En el caso materia de análisis podemos apreciar que la conducta realizada por Marcos, se subsume en el numeral 3 del artículo 20, pues concurren los tres requisitos que hemos tenido ocasión de describir. Toda vez que él actuó para repeler un ataque inminente al bien jurídico de un tercero, empleando para ello un medio racional presente en el momento del ataque. Recordemos que la figura de la legítima defensa es un causa de justificación que reviste a los/as ciudadanos/as, del derecho de repeler agresiones ilegítimas, susceptibles de lesionar los bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que cumplan los requisitos establecidos en este numeral.
7. Es importante evidenciar que en el caso materia de consulta, se está ante: 1) Agresión ilegítima de un bien jurídico de un tercero; 2) necesidad racional del medio empleado al respecto, como se ha hecho referencia no se entra a evaluar la proporcionalidad del medio sino la necesidad racional del mismo, y por último, 3) falta de provocación suficiente, que se

- configura cuando la afectada es víctima de un asalto.
8. Dicho lo anterior, la legítima defensa constituye en esencia una causa de justificación que excluye el desvalor del resultado; surge así el derecho del agredido de repeler ataques injustificados en aras de proteger los intereses jurídicos penalmente tutelados, y la defensa del orden jurídico, sin que ello implique que el sujeto que alude a esta causal se irroge la potestad punitiva que le corresponde al Estado.
 3. Por último, la acción realizada en legítima defensa es lícita, al tener esta eximente, la naturaleza de una causa de justificación. Por tanto, queda excluida no solo la responsabilidad penal, sino también la responsabilidad civil.

07

El estado de necesidad justificante faculta al ciudadano que, ante un peligro inminente, pueda legítimamente lesionar un bien jurídico siempre que busque proteger otro de rango superior

Conclusiones

1. La figura de la “legítima defensa” responde a la necesidad de defender los bienes jurídicos frente a una agresión ilegítima (ilegal). Esta debe estar acompañada de los siguientes requisitos: 1) agresión ilegítima; 2) necesidad racional del medio empleado, y 3) falta de provocación suficiente.
2. Por agresión ilegítima, se debe entender toda vulneración, lesión o puesta en riesgo actual de un bien jurídico protegido, el cual puede ser uno de naturaleza individual o colectiva. Mientras que por necesidad racional del medio empleado, este debe permitir repeler o impedir la agresión ilegítima y, finalmente, por falta de provocación suficiente se entiende que quien se defiende no debe haber creado la situación.

Consulta:

Ramona es un ama de casa y madre de un niño de 5 años que sufre de leucemia. Una mañana despertó y encontró al pequeño inconsciente y pálido sobre su cama. Inmediatamente lo subió a su automóvil y manejó a toda prisa hacia el hospital. En el camino, y ante la desesperación, cruzó varios semáforos rojos, pero al momento avanzar por uno de ellos observó que un vehículo se encontraba cruzando simultáneamente y deliberadamente decide continuar y chocar contra este en la parte trasera con el afán de llegar pronto al hospital. El día de ayer le llegó a su domicilio la notificación de una denuncia penal interpuesta en su contra por lesiones graves, en la cual se detalla que producto del accidente automovilístico, Rosa, una mujer de 65 años de edad, sufrió severas

lesiones cervicales que le ocasionaron 35 días de internamiento hospitalario. Ramona nos consulta si va a tener que responder penalmente por dichas lesiones.

Características del inciso 4 del artículo 20 del Código Penal

“Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenaza 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.”

Previamente a la examinación de la aplicación de la norma al caso concreto, la presente consulta nos lleva al análisis académico de dos temas: la identificación del inciso cuarto como una causal de justificación (antijuridicidad) o una causa de inimputabilidad (culpabilidad), y las características y requisitos del estado de necesidad justificante como una causa de justificación.

1. Actualmente en el Perú la jurisprudencia, así como la doctrina

mayoritaria, reconoce la teoría tripartita del delito (tipicidad - antijuridicidad - culpabilidad) como el sistema de análisis de una conducta humana para la adecuación o no a un tipo penal y a su consecuente responsabilidad penal. En este sentido, es preciso analizar si el inciso en cuestión es una causal de justificación (antijuridicidad) o una causa de inimputabilidad (culpabilidad).

2. Dentro de la antijuridicidad se analiza si la conducta típica es contraria al ordenamiento jurídico, es decir, si la conducta prohibida por el Código Penal es también contraria al ordenamiento jurídico y, por ende, reprochable socialmente; para ello existen causales de justificación que de estar presentes harían de una conducta típica –que calza dentro del tipo penal– una conducta aceptada socialmente y no atribuible de responsabilidad penal. Por otro lado, dentro de la culpabilidad se examina si la conducta típica y antijurídica es atribuible al sujeto o no de acuerdo a sus características personales o circunstanciales al momento de la comisión del delito; para ello existen causas de inimputabilidad que harían de una conducta típica y antijurídica no atribuible penalmente a un sujeto y/o situación en particular.

3. El inciso cuarto, llamado estado de necesidad justificante, contempla una situación de riesgo de dos bienes jurídicos protegidos

- penalmente en donde la persona va a elegir la vulneración de uno sobre la protección de otro. Los bienes jurídicos en mención son de diferente jerarquía, por lo que resulta legítima cuando se pondera la protección de uno sobre la lesión de otro. En este sentido, Peña Cabrera reconoce al estado de necesidad justificante como el producto del conflicto de bienes jurídicos de distinto valor jerárquico; cuantificación valorativa que surge por la prelación que dichos bienes detentan –tanto desde un punto de vista social como jurídico–, a diferencia del estado de Necesidad Exculpante que opera ante el conflicto de intereses jurídicos de igual valor⁽¹⁶⁾.
4. El legislador reconoce la necesidad de protección de los bienes jurídicos y es por ello que dota al ciudadano de facultades permisivas que lo exonerarán de las repercusiones penales que pudieran derivar de lesionar un bien jurídico, cuando dicha lesión se realice en defensa de otro bien jurídico superior jerárquicamente. Esta facultad convierte un comportamiento típico en jurídico, haciéndolo acorde al ordenamiento jurídico.
 5. Para la aplicación de este supuesto se requiere de la verificación de los siguientes elementos en la conducta de la persona⁽¹⁷⁾: (i) Estado de necesidad, (ii) interés preponderante, (iii) acción justificada, (iv) elementos subjetivos y (v) ausencia de obligación de sacrificio.
 6. Como su mismo nombre lo indica, esta causa de justificación exige que exista un peligro inminente que lesione o amenace dos bienes jurídicos. Es este estado de necesidad el que requerirá que la persona opte por la protección de uno de ellos por sobre el otro. Al igual que en la legítima defensa, se trata de un peligro o amenaza inminente, pues no se encontrará dentro de esta causa quien por considerar un potencial peligro de un bien jurídico, lesiona otro. Es de tener en consideración que dicha puesta en peligro no debe haber sido causada por el sujeto voluntariamente, sin embargo, sí se admite cuando fue el resultado de un comportamiento negligente.
 7. Ante el peligro o amenaza inminente el sujeto va a realizar un análisis de valoración de la protección de los bienes jurídicos

(16) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, IDEMSA. Lima, 2011. p. 691.

(17) Los diferentes autores reconocen y nombran los requisitos del estado de necesidad justificante de acuerdo a sus propios criterios, sin embargo independientemente del nombre coinciden en presencia necesaria de estos elementos. Para los efectos del presente material se ha considerado la posición del autor Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, ver PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Ob. cit., 695 y ss.

expuestos, concluyendo en la necesaria protección de uno de ellos ante el otro. Este interés preponderante responde a que el daño causado debe ser inferior al que se pretendía evitar. Tratándose de la yuxtaposición de un bien jurídico superior, entiéndase de mayor protección constitucional y normativa y de mayor valoración social, sobre otro inferior, la vulneración del primero siempre va a resultar más lesivo que del segundo; es en razón de esto, que el sujeto va a preferir la vulneración del segundo en protección del primero.

8. El tercer elemento del estado de necesidad justificante requiere que el medio empleado haya sido idóneo al fin perseguido. Si bien es cierto para la protección de un bien era necesaria la vulneración de otro, el grado de vulneración tiene que responder al fin buscado. Este requisito funciona como limitante a la facultad dada por el legislador al ciudadano, indicando que el grado de afectación realizado al bien jurídico debe responder estrictamente a prevenir un daño en el otro bien jurídico. Aquí la conducta se debe regir por el principio de proporcionalidad. Lo que va a legitimar el obrar lesivo del bien jurídico jerárquicamente inferior será la falta de un remedio mejor para la protección del bien jurídico superior.
9. En este escenario es imprescindible que el sujeto sea consciente de la preponderancia de la protección

de un bien sobre otro, pues será este ánimo de evitar la vulneración del bien jurídico lo que legitimará su comportamiento lesivo. Así, el elemento subjetivo de esta causa de justificación requiere que el sujeto conscientemente tome la decisión de vulnerar el bien en salvaguarda de otro. Si por el contrario, el sujeto lesiona un bien jurídico, sin saber que al hacerlo estaba protegiendo otro de mayor rango jerárquico, no podría alegar un estado de necesidad justificante porque dicha agresión no respondió a un animus de protección, sino de lesionar el bien jurídico.

10. Finalmente, se evaluará si sobre el sujeto no recae una obligación de sacrificio que le impida sobreponer bienes jurídicos –de mayor jerarquía– propios sobre los –de menor jerarquía– de terceros. Determinados cargos u oficios, debido a su naturaleza, generan un deber de salvaguarda de los intereses de los otros sobre los propios, en tanto dicho sacrificio responde a la propia actividad del cargo u oficio. Por ejemplo, los bomberos, policías u médicos se encuentran obligados por ley a proteger los bienes jurídicos de los ciudadanos aun cuando ello significa la exposición de su propia vida o integridad física.

Aplicación de la norma al caso concreto

Ahora bien, habiendo determinado que el estado de necesidad justificante

es una causa de justificación, cabe analizar si en el caso consultado el comportamiento de Ramona se adecúa a los requisitos del inciso 4 del artículo 20.

- (i) Estado de necesidad. Ante la inminente puesta en peligro de la vida de su hijo, Ana decide obrar negligentemente consciente de la lesión que podría ocasionar a otras personas al manejar su automóvil sin respetar las normas de tránsito, a tal punto que de tal comportamiento se vulnera la integridad física de Rosa. Sin embargo, la urgencia que apremiaba el llevar a su hijo al hospital para salvarle la vida justificó tal puesta en peligro y desencadenante lesión del otro bien jurídico.
- (ii) Interés preponderante. Ramona ponderó el bien jurídico vida de su hijo y la integridad física de Rosa y resolvió que era superior la vida de su hijo y en salvaguarda de este decidió lesionar el otro bien jurídico para evitar la grave vulneración que hubiese significado demorar para la atención de su hijo.
- (iii) Acción justificada. El comportamiento de Ramona fue idóneo para poder proteger el bien jurídico vida de su hijo en tanto era imprescindible la asistencia médica para poder salvarle la vida. Llegar lo antes posible al hospital era necesario y para lograrlo no pudo evitar lesionar la integridad física de Rosa chocando el automóvil en el que se encontraba. Para

no chocar contra el otro vehículo, Ramona hubiese tenido que detenerse en el semáforo, pero como sabía que debido a su enfermedad la vida de su hijo corría un grave riesgo, decide avanzar, chocar y lesionar a quienes se encuentren dentro del otro automóvil.

- (iv) Elementos subjetivos. Consciente de las lesiones que su comportamiento pudiera ocasionar en otras personas, Ramona decide obrar en protección de la vida de su hijo; esto legitima su actuar.
 - (v) Ausencia de obligación de sacrificio. Siendo Ramona un ama de casa, no recae sobre ella obligación alguna de salvaguarda de algún bien jurídico de terceros sobre los propios.
11. El comportamiento de Ramona no tendrá repercusiones de índole penal sobre ella en tanto obró en protección del bien jurídico vida de su hijo aunque para ello era necesario la lesión de otros bienes jurídicos, en este caso, la integridad física de Rosa.

Conclusión

1. El estado de necesidad justificante es una causa de justificación que faculta al ciudadano, quien ante un peligro inminente pueda legítimamente lesionar un bien jurídico siempre que busque protegerse otro de rango jerárquico superior y cuando no recaiga sobre él una obligación de sacrificio. Para ello,

se requiere la verificación de ciertos elementos: (i) Estado de necesidad; (ii) interés preponderante, (iii) acción justificada; (iv) elementos subjetivos y (v) ausencia de obligación de sacrificio.

08

No incurre en responsabilidad penal quien comete violación de domicilio y daños para evitar la propagación del fuego entre las viviendas

Consulta:

En una asociación de viviendas ubicada en San Martín de Porres se inicia un incendio en una casa inhabilitada desde hacía muchos meses. Ante el inminente peligro que significa la expansión de las llamas José, vecino de la asociación, rompe la puerta de dicho predio e ingresa para tratar de apagar las llamas. Gracias a su oportuna intervención y la llamada que realizaron las demás personas de la asociación se evita un daño mayor a todos los vecinos pues se logró controlar y apagar el incendio. Una semana después de lo sucedido, José recibe una notificación de la Comisaría de su sector en la que le solicitan se presente a rendir su manifestación, pues pesa sobre él una denuncia por la presunta comisión del delito de violación de domicilio y daños. Para José la acción que tomó el día de los hechos respondió al peligro que constituía la

expansión del fuego en todas las casas de la asociación.

Características del inciso 4 del artículo 20 del Código Penal

“Artículo 20.- 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, 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”.

La consulta nos lleva a evaluar cuándo se está ante un “estado de necesidad justificante”, como causal eximente de responsabilidad penal, por ello pasaremos a realizar un breve desarrollo de este supuesto.

1. El estado de necesidad justificante, se construye a partir del grado de jerarquización de los bienes jurídicos, en cuanto su reconocimiento constitucional, que conlleve el sacrificio del bien menor en

- aras de cautelar la pervivencia del bien de mayor jerarquía⁽¹⁸⁾.
2. En ese sentido, este supuesto prioriza la jerarquía del bien a elegir, lo cual se fundamenta en la defensa de la tutela de los derechos fundamentales. Asimismo, el estar basado en el principio del interés preponderante significa que el ordenamiento jurídico permite una acción peligrosa porque valora más las posibilidades de salvaguarda generadas por esta que la peligrosidad que es consustancial a la misma.
 3. Se produce de esta manera una evaluación, que tiene como consecuencia la exclusión de la antijuricidad, en la medida de que la necesidad de lesión en relación a la menor significación del bien colocado en calidad de disponibilidad frente al bien salvado. Esto grafica cómo el “estado de necesidad” es producto de un análisis cuantificativo o valorativo que surge por la preexistencia de prelación de diferentes bienes jurídicos.
 4. A diferencia del estado de necesidad exculpante, en el estado de necesidad justificante el hecho se justifica. Por ello frente a quien actúa no cabe oponer la legítima defensa y, además, no cabe la participación punible en la actuación necesaria⁽¹⁹⁾.
 5. Para algunos autores, como lo señala Jescheck y Weigend, la figura de la defensa frente a cosas está próxima a la legítima defensa, pero es importante señalar sus especificidades y diferencias. De acuerdo con ello, podemos identificar que está permitido dañar o destruir una cosa ajena, así como aquellas que carezcan de dueño, para evitar un peligro originado por ella misma, siempre que el daño o la destrucción sean necesarios para eludir el peligro y los perjuicios no sean desproporcionados en relación al mismo.
 6. A diferencia de la legítima defensa, el estado de necesidad solo descansa sobre el principio de la conservación de intereses amenazados, de mayor valor (teoría de la ponderación de intereses), en tal supuesto la afirmación del derecho no desempeña ningún rol; de ahí que, en la medida de lo posible, el peligro debe ser evitado y la ponderación de intereses viene a constituirse en el fundamento decisivo de la justificación.
 7. Para evidenciar si estamos ante un supuesto de estado de necesidad justificante se debe evaluar la situación de necesidad que consiste

(18) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. 3ª edición, Lima, 2011, p. 690.

(19) JESCHECK, Hans-Heinrich y Tomas, WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. 5ª edición, traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Ed. Comares, Granada, 2002, p. 381.

- en un riesgo actual para un bien jurídico que solo puede ser evitado mediante la comisión de la acción típica. De este modo se reconoce la posibilidad de que todos los bienes jurídicos (personales o colectivos) sean susceptibles de ser protegidos por esta vía.
8. La identificación del peligro, en este supuesto, debe ser actual, es decir; visto desde una perspectiva objetiva *ex ante* es bastante probable la producción del resultado (sea en el mismo instante o en uno posterior que no difiera mucho en temas de tiempo), que las medidas necesarias para la protección del bien jurídico amenazado han de tomarse enseguida de modo razonable. Asimismo, se requiere que el peligro para dicho bien jurídico amenazado no pueda ser evitable de otro modo, de tal manera que solo puede ser salvado mediante el sacrificio del otro. Cabe indicar que no se puede acoger al estado de necesidad quien a causa de su posición está obligado a tolerar el peligro.
 9. Por otro lado, el término “adecuado” significa que el vencimiento de la situación concreta y el resguardo del bien jurídico, por medio del menoscabo de otro, debe aparecer fundado, ser digno de aprobación y estar permitido cuando se realice el análisis actual y posterior. Ello no debe llevarnos a pensar que el autor lleve a cabo un examen concienzudo.
 10. En suma, en el estado de necesidad justificante, se evalúa el grado de jerarquización de los bienes jurídicos, donde existe un conflicto entre ambos que conlleva el sacrificio del bien menor en aras de cautelar la pervivencia del bien de mayor jerarquía, lo cual amerita un análisis sobre la situación de peligro y la utilización de un medio adecuado para conjurar dicha situación.

La aplicación de la figura de la norma al caso en concreto

11. En el caso que José nos presenta, podemos observar que existía una situación de peligro inminente, que era la propagación del fuego a las casas contiguas y las posibles pérdidas humanas, que ameritó de su parte una reacción inmediata para reducir el peligro que ello constituía. Se encontraba en juego la propiedad de todas las personas de la asociación vecinal frente a la propiedad de las personas dueñas de la casa donde se inició el incendio.
12. En este contexto, José consideró como interés preponderante el resguardo de los bienes suyos y de terceros. En ese sentido, realizó una acción que afectaba el bien de otro, lo cual se consuma cuando ingresa al domicilio en llamas y destruye la puerta. Asimismo, podemos observar que el menoscabo de este bien ajeno, aparece fundado y adecuado en vista de la situación peligrosa que se estaba viviendo.

En ese sentido, no se le podría imputar responsabilidad penal por las acciones que llevó a cabo.

13. En ese sentido, sí estamos ante un supuesto de estado de necesidad justificante, tras evidenciar que existía un riesgo actual para un bien jurídico que solo podía ser evitado mediante la comisión de la acción típica, la violación de domicilio y daños.

Conclusiones

1. Un estado de necesidad constituye un principio general de justificación, que requiere una ponderación de bienes y deberes. Es decir, se debe apreciar que el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y para reducir o eliminar el peligro se emplee un medio adecuado.
2. Se produce de esta manera una evaluación, que tiene como consecuencia la exclusión de la antijuricidad, en la medida de que la necesidad de lesión en relación a la menor significación del bien colocado en calidad de disponibilidad frente al bien salvado. Por último, en este supuesto el hecho se justifica y no cabe la participación punible en la actuación necesaria.

09

En situación de peligro, oficial de las FF.AA. se encuentra en la obligación de sacrificio en salvaguarda de la vida de sus subordinados, por lo que será responsable si estos mueren

Consulta:

Carlos es un teniente de la Marina de Guerra del Perú y profesor en la Escuela Naval. Como parte de sus funciones, él se encarga de entrenar a los cadetes sobre las actividades propias de alta mar en los buques de guerra. En la última salida con los cadetes de primer año, una fuerte marea azotó el buque ocasionando que él junto con dos cadetes cayeran al mar y fueran arrastrados lejos de la embarcación. Siendo de noche, lo único que los hombres divisaron fue una boya a unos metros de donde estaban. Nadaron hacia ella pero al llegar se dieron cuenta de que esta no soportaba el peso de los tres, solo el de una persona. Es entonces cuando Carlos decide empujar a los dos jóvenes para ser el único en la boya y poder salvar su vida. Horas después, cuando fue rescatado, le informaron que previo a su rescate, los socorristas habían encontrado los cadáveres de los dos jóvenes en el mar, quienes aparentemente habrían muerto ahogados. Hoy Carlos nos pregunta si es posible que el responda penalmente por la muerte de los dos cadetes, cuando las acciones que el tomó fueron en salvaguarda de su propia vida.

Características del inciso 5 del artículo 20 del Código Penal

“Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

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

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica.”

La presente consulta nos lleva al análisis académico de las características y requisitos del estado de necesidad exculpante como una causal de eximición de responsabilidad penal:

1. El inciso cuarto, llamado también estado de necesidad exculpante, contempla una situación de peligro inminente e insuperable de dos bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, en donde el sujeto va a priorizar la salvaguarda de uno de ellos en vulneración del otro. Siendo esta una situación en donde no le era exigible un comportamiento diferente, en tanto, esta causal se encuentra limitada para bienes jurídicos como la vida, la integridad física y la libertad, los cuales son de importante protección constitucional y social, la norma exime de

responsabilidad penal la conducta típica.

2. En este supuesto, no cabe la ponderación de bienes jurídicos, como sucede en el estado de necesidad justificante, en tanto los dos bienes son de igual rango jerárquico, por lo tanto el Derecho los protege de igual manera. Es en este sentido que no se trata de una causa de justificación pues no es el sacrificio de uno de ellos para salvar el otro, sino que era la única vía adecuada⁽²⁰⁾. Al no haberse encontrado en la posibilidad de actuar de manera diferente, la conducta no resulta imputable a su persona, se considera un comportamiento único ante dicha situación de peligro de ambos bienes jurídicos.
3. El legislador reconoce la necesidad de protección de los bienes jurídicos y es por ello que dota al ciudadano de facultades permisivas que lo exonerarán de las repercusiones penales que pudieran derivar de lesionar un bien jurídico, cuando dicha lesión se realice en defensa de otro bien jurídico superior. Es por esto que en el estado de necesidad exculpante, ante la puesta en peligro inminente de ambos bienes jurídicos de igual rango y protección constitucional y ante la inevitabilidad de vulnerar uno de ellos al elegir la protección del otro, no puede ser imputado tal resultado al sujeto.

(20) VILLAVICENCIO, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Grijley, Lima, 2009, p. 639.

4. Para la aplicación de este supuesto se requiere de la verificación de los mismos requisitos que para el estado de necesidad justificante⁽²¹⁾, con excepción del interés preponderante, pues no tiene cabida la ponderación de dos bienes jurídicos del mismo rango jerárquico: (i) Estado de necesidad, (ii) acción justificada, (iii) elementos subjetivos y (iv) ausencia de obligación de sacrificio⁽²²⁾.
5. Como su mismo nombre lo indica, este inciso exige que exista un peligro inminente que lesione o amenace dos bienes jurídicos. Es este estado de necesidad el que requerirá que la persona opte por la protección de uno de ellos por sobre el otro. Al igual que en la legítima defensa, se trata de un peligro o amenaza inminente, pues no se encontrará dentro de esta causa quien por considerar un potencial peligro de un bien jurídico, lesiona otro. Si bien es cierto para la protección de un bien era necesaria la vulneración de otro, el grado de vulneración tiene que responder al fin buscado. En este escenario es imprescindible que el sujeto sea consciente de la preponderancia de la protección de un bien sobre otro, pues será este ánimo de evitar la vulneración del bien jurídico lo que legitimará su comportamiento lesivo.
6. Este supuesto además requiere textualmente que sobre el sujeto no recaiga una obligación de sacrificio que le impida sobreponer bienes jurídicos propios sobre los de terceros. Es de tener en consideración que determinados cargos u oficios, debido a su naturaleza, generan un deber de salvaguarda de los intereses de los otros sobre los propios, en tanto dicho sacrificio responde a la propia actividad del cargo u oficio; por ejemplo, los bomberos, policías o médicos se encuentran obligados por ley a proteger los bienes jurídicos de los ciudadanos aun cuando ello significa la exposición de su propia vida o integridad física. En estos casos es en donde existe el deber de soportar el estado de necesidad, de autocontrol del instinto de supervivencia exigible cuando se encuentran bajo el peligro de sus propias vidas, pues es precisamente en tales circunstancias cuando la comunidad debe poder depositar en ellos su confianza⁽²³⁾.

(21) Ver Puntos 5 y ss. de las características del inciso 4 del artículo 20 del Código Penal, desarrolladas en el presente material.

(22) Los diferentes autores reconocen y nombran los requisitos del estado de necesidad justificante y exculpan de acuerdo a sus propios criterios; sin embargo, independientemente del nombre coinciden en presencia necesaria de estos elementos. Para los efectos del presente material se ha considerado la posición del autor Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, ver PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Idemsa, Lima, 2011, p. 695 y ss.

(23) WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Granada, diciembre, 2002, p. 523.

7. Finalmente, el inciso 5 introduce una excepción a la aplicación de esta exoneración de responsabilidad penal que es cuando el peligro inminente que puso en riesgo ambos bienes jurídicos y que desencadenó en la vulneración de uno de ellos es causado por el mismo sujeto. La acción deliberada o negligente del sujeto que representa un peligro inminente para los bienes jurídicos es la justificación para la responsabilidad penal por la lesión ocasionada. Teniendo responsabilidad sobre el hecho peligroso, posee también responsabilidad de las consecuencias que de él se desencadenen. Sin embargo, si la puesta en peligro responde al hecho de tercero o caso fortuito entonces sí será de aplicación la eximición de responsabilidad penal en amparo de un estado de necesidad exculpante.

Aplicación de la norma al caso concreto

Ahora bien, habiendo determinado las características y requisitos del estado de necesidad exculpante, cabe analizar si en el caso consultado el comportamiento de Carlos se adecúa a los requisitos del inciso 5 del artículo 20.

(i) Estado de necesidad. La puesta en peligro de la vida de los tres hombres fue inminente desde el momento en que cayeron al agua, un hecho causado por una fuerza de la naturaleza no atribuible a ninguno de ellos. El caer al agua en alta mar y en la noche significa

una puesta en peligro alta incluso para un marino y dos cadetes de la Escuela Naval.

(ii) Acción justificada. Ante este peligro inminente era necesario proteger la vida de los tres hombres, sin embargo, las circunstancias determinaron que solo la vida de una persona pudiera resguardarse exponiendo gravemente la de las otras dos personas. Al percatarse de que la boya solo podía sostener a una persona, Carlos decidió proteger su vida por sobre la de los dos cadetes empujándolos hacia el mar, de lo contrario esta no habría soportado el peso de los tres y se hubiese hundido no pudiendo salvarse ninguno de ellos.

(iii) Elementos subjetivos. A pesar de tener de conocimiento de que al impedir que los cadetes no se sostuvieran de la boya exponía sus vidas, él decide hacerlo porque solo ello le permitiría salvar la suya.

(iv) Ausencia de obligación de sacrificio. No obstante que del análisis previo del comportamiento de Carlos se desprende que su actuar fue legítimo, este resulta reprochable y atribuible de responsabilidad penal, en tanto sobre él recaía una obligación de sacrificio y salvaguarda de la vida de otros por sobre la suya por ser un oficial (teniente) de la Marina de Guerra del Perú.

Siendo que Carlos es un teniente de la Marina de Guerra del Perú, se encontraba en la obligación de

sacrificio de su propia vida en salvaguarda de la vida de los dos cadetes quienes se encontraban bajo su tutela, no solo por ser él profesor de la escuela naval en donde los jóvenes estudiaban, sino por el rango de oficial de la Marina de Guerra a la que pertenece; es por ello que recae sobre él responsabilidad penal por las muerte de los dos jóvenes cadetes.

Conclusión

1. El estado de necesidad exculpante es una causa de eximición de responsabilidad penal, la cual faculta al ciudadano que ante un peligro inminente pueda legítimamente lesionar un bien jurídico cuando sea el único comportamiento exigible para salvaguardar otro bien jurídico de igual rango jerárquico. Para ello, se requiere la verificación de ciertos elementos: (i) estado de necesidad, (ii) acción justificada, (iii) elementos subjetivos y (iv) ausencia de obligación de sacrificio.

10

En el estado de necesidad exculpante solo la vida, el cuerpo y la libertad son bienes jurídicos susceptibles de ser amparados

Consulta:

La población de una localidad de la Sierra Central viene siendo amenazada por una serie de atentados de grupos terroristas, los cuales han

llegado al punto de llevar a cabo una serie de secuestros selectivos de las personas que tienen algún cargo público en la comunidad, Ante ese panorama Andrés, Teniente Alcalde de la comunidad ha recibido una serie de amenazas por parte de este grupo armado, siendo el caso que una noche fue despertado por una serie de ruidos en la calle y al acercarse a escuchar lo que pasa se da con la sorpresa de que un comité de este grupo armado se dirige a su domicilio portando armas de fuego y armas punzocortantes con la intención de llevárselo para ser sometido a un juicio popular (figura que era empleada de manera previa a los ajusticiamientos de las personas). En ese panorama, Andrés se dirige a la azotea por donde logra saltar a la calle donde un poblador lo identifica y comienza a llamar al comité armado, en esas circunstancias Andrés se lanza contra la persona y la ahorca hasta dejarla inconsciente para que no dé aviso sobre su ubicación. La familia de Andrés nos consulta sobre qué pueden hacer, pues tienen entendido que los familiares del sujeto han iniciado una denuncia contra él por lesiones.

Características del inciso 5 del artículo 20 del Código Penal

“Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique

una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica”.

La consulta nos lleva a evaluar cuándo se está ante un “estado de necesidad exculpante”, como causal eximente de responsabilidad penal, por ello pasaremos a realizar un breve desarrollo de este supuesto.

1. El estado de necesidad constituye una causa de exculpación que descansa sobre una disminución del injusto y una doble reducción del contenido de culpabilidad⁽²⁴⁾. Realizando el correlato con lo señalado en el numeral 5) del artículo 20 y a diferencia del estado de necesidad justificante, solo la vida, el cuerpo y la libertad son bienes jurídicos susceptibles de ser amparados por el estado de necesidad. Esta restricción se explica por la idea básica que rige el estado de necesidad exculpante, según la cual solo se trate de un peligro para bienes jurídicos esenciales.

2. Además, debe existir un peligro actual que no puede ser evitado de otro modo, en este supuesto es indiferente la forma a través de la cual se origina dicho peligro. Por peligro **actual** se debe entender el acaecimiento de un daño que aparece como algo seguro o altamente probable. Asimismo, el peligro **no puede ser evitable de otro modo** es decir que el hecho realizado por necesidad o como respuesta a la situación se presenta como último recurso y a la vez eficaz para contrarrestar la afectación.

3. El hecho realizado bajo estado de necesidad no solo se disculpa cuando el peligro amenaza al autor mismo sino, también, cuando amenaza a sus parientes o a una persona cercana a él. El legislador fundamenta esta decisión en el hecho de que este experimenta el peligro para un miembro de su familia o a una persona estrechamente vinculada como si se tratara de un riesgo que le amenazara a él mismo.

4. Asimismo, es necesario observar el principio de proporcionalidad. Por ello, una acción de rescate en caso de peligro para la integridad solo es disculpable si el resultado solo ha podido ser reducido a través de la evitación del daño que amenaza la vida, la integridad corporal o la libertad.

(24) JESCHECK, Hans-Heinrich y Tomas, WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. 5ª edición, traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Ed. Comares, Granada, 2002, p. 516.

5. La ley menciona dos ejemplos en los que hace exigible la existencia de la situación de necesidad, en atención a la concurrencia de deberes especiales que obligan a soportar el peligro, y que no han de ser entendido de modo forzoso ni taxativo sino que deben ser entendidas como cláusulas de exigibilidad. a) La exigibilidad puede ser afirmada debido a que el autor ha causado el peligro propio del estado de necesidad. b) Es exigible la asunción del riesgo cuando el autor se encuentra sometido a una relación jurídica especial, lo cual hace referencia a los deberes jurídicos que obligan a soportar el estado de necesidad.
6. En los casos en los que existe el deber de soportar el estado de necesidad se produce la eliminación del efecto exculpatorio, lo cual trae como correlato la elevación del injusto del hecho como la intensa culpabilidad del autor, esto se conoce en la doctrina como la “exigibilidad intensificada”. Finalmente, en este supuesto también se encuentra la exigencia de un deber de garante en beneficio de la víctima.
7. En síntesis, este supuesto opera sobre bienes de igual rango prelativo a diferencia del estado de necesidad justificante, que se aplica ante un conflicto de bienes de rango jerárquico diferenciado,

sacrificándose al de menor valor –siendo la razón el interés preponderante– aquel se constituye en una regla de validez general; a contrario sensu, la eximente del estado de necesidad disculpante (o exculpante) es un juicio al hecho individual considerado, que declara impune a su autor, pero concilia en una orientación común “conflicto de bienes jurídicos”⁽²⁵⁾.

La aplicación de la figura de la norma al caso en concreto

8. Como se aprecia del caso materia de análisis, estamos ante una situación en la que la vida de Andrés corría un peligro real, por ello a fin de salvaguardarla realiza una conducta antijurídica de lesión de un bien jurídico también importante, como fue el ataque contra la persona que iba a descubrirlo ante el comité del grupo armado, a quien le terminan generando una serie de lesiones.
9. Frente a la lesión del bien jurídico de un tercero, que se produce toda vez que no se le puede exigir al autor sacrificar sus intereses más preciados como lo es su vida, más aún si este no tiene una posición de garante ni ha generado la situación de peligro.
10. Asimismo, podemos apreciar que en el caso de que se presenta existe un peligro actual que no es

(25) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte general*. 3ª edición, Lima, 2011, p. 690.

posible ser evitado de otro modo, lo que conlleva la producción de un estado de lesión a un bien jurídico de un tercero. En este punto, es importante resaltar que la actuación de Andrés constituyó una medida idónea para poder conjurar el peligro, como lo fue el ataque contra esta persona hasta dejarlo inconsciente a efectos que no informe al grupo armado de la ubicación de Andrés. Por lo cual, de conformidad con el caso, Andrés actuó en un estado de necesidad exculpante.

Conclusión

1. En el estado de necesidad exculpante solo la vida, el cuerpo y la libertad son bienes jurídicos susceptibles de ser amparados por este supuesto. Esta restricción se explica por la idea básica que rige este tipo de estado de necesidad, según la cual solo se trate de un peligro para bienes jurídicos esenciales. Además, debe existir un peligro actual que no puede ser evitado de otro modo. Por peligro actual se debe entender el acaecimiento de un daño que aparece como algo seguro o altamente probable. Asimismo, el peligro no puede ser evitable de otro modo, es decir, que el hecho realizado por necesidad o como respuesta a la situación se presenta como último recurso y a la vez eficaz para contrarrestar la afectación. Cabe resaltar que la eximente del estado

de necesidad disculpante (o exculpante) es un juicio al hecho individual considerado, que declara impune a su autor, pero concilia en una orientación común “conflicto de bienes jurídicos”.

11

Existe fuerza física irresistible si el automóvil que colisiona con el carro del imputado genera que este atropelle a un peatón.

Causas que eximen o atenúan de responsabilidad penal.

Consulta:

Mónica nos comenta que un día por la mañana se encontraba en su automóvil camino a su trabajo. A unas cuadras de este, el semáforo cambia a rojo y ella se detiene frente al cruce peatonal. Unos metros más atrás un conductor distraído viene a toda prisa y, sin percatarse de que Mónica había ya detenido su automóvil, choca contra ella con fuerza ocasionando que su vehículo avance atropellando a un peatón que en ese momento se encontraba cruzando la calle. Por suerte este no sufrió heridas graves, sin embargo amenaza a Mónica con denunciarla penalmente por las lesiones ocasionadas. Hoy ella se encuentra muy preocupada y nos consulta si es responsable por lo acontecido.

Características del inciso 6 del artículo 20 del Código Penal

“Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

6. El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza.”

La presente consulta nos lleva al análisis sobre las características de la fuerza irresistible como una causa de eximición de responsabilidad penal:

1. El inciso sexto contempla una situación de lesión de un bien jurídico protegido penalmente pero que dicho resultado no será imputable al sujeto en tanto él obró como producto de una fuerza física irresistible que lo llevó a dicha vulneración. Esta fuerza irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza nunca será resultado de un actuar propio, es por ello que se señala que al no haber habido acción por parte del sujeto no existe responsabilidad penal por el resultado.
2. Al respecto, es importante señalar que la ausencia de este elemento –la acción– en el comportamiento del sujeto tiene como correlato la eximición de la responsabilidad penal. Para que una persona sea responsable penalmente por un delito es necesaria la verificación de un obrar adecuado a un tipo penal y en donde además no se encuentre presente ninguna causa de justificación o causal de inimputabilidad; es por ello, que

cuando no existe un obrar ya sea por acción u omisión no es posible imputar penalmente un resultado al sujeto.

3. La acción en el Derecho Penal es el comportamiento humano voluntario dirigido a la realización de fin concreto. Este obrar puede darse por medio de una acción así como de una omisión. Por ejemplo, el delito de homicidio puede ser cometido por la acción deliberada de tomar una pistola y disparar a una persona, así como por no auxiliar a una persona que se conoce padece de una enfermedad y que necesita de la aplicación de un medicamento para sobrevivir. En ambos casos se va a atribuir el resultado muerte porque el sujeto deliberadamente obró con el fin de configurar el resultado típico.
4. Siendo imprescindible la acción para la configuración de un tipo penal, en el supuesto en que el resultado típico responde a una fuerza física irresistible no se encuentra presente ningún accionar por parte del sujeto, quien se comportará como un medio para la configuración del resultado.
5. Para la aplicación del inciso sexto del artículo 20 del Código Penal es necesario que (i) exista una lesión a un bien jurídico penalmente protegido y que (ii) este haya sido causado por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza.

6. Es importante analizar el segundo requisito de esta causa de eximición de responsabilidad penal. Para que se configure la causa es necesario que la fuerza física desencadenante del obrar del sujeto lo imposibilite de actuar, de moverse o dejar de moverse, manteniéndolo en el mismo estado en el que se encontraba anterior a la presencia de dicha fuerza en él. Además esta fuerza tiene que ser de tal importancia que impida al sujeto reaccionar a tiempo para evitar lesionar el bien jurídico. En este sentido, si la persona puede haber rechazado la fuerza física ejercida sobre ella y aun así no lo hizo ocasionando la vulneración del bien jurídico, será responsable penalmente por dicha lesión.

Aplicación de la norma al caso concreto

Ahora bien, habiendo determinado que las características de la fuerza irresistible, cabe analizar si en el caso consultado el comportamiento de Mónica se adecúa a los requisitos del inciso 6 del artículo 20.

7. Para que Mónica no resulte responsable penalmente por las lesiones ocasionadas al peatón habría que concluir que el choque del otro conductor contra su vehículo se configuró como una fuerza física irresistible, la cual no le permitió evitar el avance de su automóvil.
8. Siendo que el automóvil de otro conductor venía a alta velocidad,

se puede determinar que el choque contra el vehículo de Mónica tuvo la fuerza física suficiente para que hiciera que este avanzara aun cuando se encontraba ya detenido y fue irresistible en tanto no le permitió obrar de manera alguna para detener su vehículo.

9. Habiendo determinado que las lesiones ocasionadas al peatón fueron el resultado de una fuerza física irresistible provocada por el choque de un automóvil contra el vehículo de Mónica, se evidencia la ausencia de acción por su parte, quedando exenta de responsabilidad penal alguna.

Conclusión

1. La fuerza física irresistible es una causa de eximición de responsabilidad penal en donde el resultado típico no será imputable al sujeto en tanto este no responde a un accionar de su parte, sino a una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza, la cual imposibilitó una acción por su parte. Al no haber acción no puede ser imputable el resultado típico a su persona.

12

No hay responsabilidad penal si por caída involuntaria del sujeto se generan daños a un establecimiento

Consulta:

La familia Cárdenas nos escribe con gran preocupación, pues sucede

que el fin de semana pasado su hijo Francisco fue víctima de dos sujetos cuando se encontraba saliendo del Estadio Nacional, quienes lo tomaron por los brazos y lo empujaron de tal manera que le fue imposible detener su caída, lo que tiene como consecuencia una serie de daños en el establecimiento comercial. Producto de este hecho Francisco presenta una serie de lesiones que lo ha obligado a estar hospitalizado, y cuando retorna a su hogar recibe una notificación judicial en la que se le sindicó como presunto autor del delito de daños en agravio de los dueños del establecimiento.

Características del inciso 6 del artículo 20 del Código Penal

“Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

6. El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza”.
1. La figura de “fuerza física irresistible” nos lleva a entender sus componentes, un componente interno (actos reflejos), y uno externo (proveniente de un tercero y/o de fuerzas de la naturaleza). El que una persona obre por una fuerza irresistible exige que se analice cada uno de estos términos especialmente el de la esencia de la “fuerza” y, por otro lado, el del alcance y sentido de lo “irresistible”.
2. La **fuerza** a que se hace referencia en este numeral ha de ser la fuerza

física o material como se indica expresamente, por ello; una consecuencia obligada es que ella provenga del exterior de la persona que la sufre. Asimismo, es posible que su origen sea no personal. Así pues la “fuerza” ha de ser directamente empleada para obligar al forzado, ya sea que actúe sobre él o a través de él, para realizar un acto en contra de su voluntad.

3. Mientras que el carácter irresistible de la fuerza hace denotar la incapacidad del sujeto para revertirla o detenerla. Esto tiene como consecuencia la exención de la responsabilidad penal, ello se da porque cuando un sujeto obra bajo una fuerza irresistible no cuenta con la libertad para la realización de un acto.
4. Así podemos llegar a la identificación de la **fuerza física irresistible** como aquella fuerza material y objetiva, generada externamente al sujeto, que actúa directa o indirectamente sobre él mismo, con una intensidad que no puede ser resistido por aquel y que tiene como resultado un cierto comportamiento corporal ajeno a su voluntad.
5. Asimismo, no se debe olvidar que la situación que se genera producto de la fuerza irresistible se produjo como resultado de un actuar ausente de voluntad, por lo cual no procede ninguna otro examen referente a la tipicidad, ya que la evaluación de esta es predicado de

una acción que ha sido realizada con conocimiento, pero que debe estar precipitada por la voluntad.

6. Finalmente, de conformidad con lo indicado por Felipe Villavicencio este supuesto debe ser evaluado desde la función delimitadora o negativa que cumple la teoría de la acción, la cual supone que no existe acción relevante para el Derecho Penal cuando falta la voluntad, es decir, se requiere un impulso socioindividual orientado a un objeto de manera que la ejecución esté dirigida a lo que se propuso el sujeto, como consecuencia material.

La aplicación de la figura de la norma al caso en concreto

7. En el caso presentado, podemos apreciar que los daños producidos al establecimiento por parte de Francisco responden a una situación que él no ha previsto o realizado, por lo cual no puede orientar su conducta; es decir, no es una actividad consciente. En esa línea la jurisprudencia refiere que debe tenerse en cuenta que no existe acción penalmente relevante cuando falta la voluntad, de modo que el resultado queda fuera del ámbito penal.
8. Asimismo, el Código Penal es claro al señalar en el numeral 6 del artículo 20 que se exige de responsabilidad penal al que "obra por una fuerza física irresistible". Por ello, pese a los daños que se

producen en el establecimiento tras la caída que sufrió Francisco a causa del empujón dado por los dos extraños, estamos evidenciando la existencia de este supuesto. Es decir, los daños resultaron como consecuencia de un estímulo extraño, externo e irresistible al sujeto que le genera un movimiento involuntario. Esto tiene como consecuencia la exención de la responsabilidad penal.

Conclusiones

1. Como ya se ha hecho referencia, **la fuerza física irresistible** hace referencia a aquella fuerza objetiva o material que proviene del exterior de la persona que la sufre con una intensidad que no puede ser resistido por aquel y que tiene como resultado un cierto comportamiento corporal ajeno a su voluntad. Esta fuerza ha de ser directamente empleada para obligar al forzado, ya sea que actúe sobre él o a través de él, para realizar un acto en contra de su voluntad.
2. Por último, reiteramos que este supuesto debe ser leído desde la teoría de la acción, la cual supone que no existe acción relevante para el Derecho Penal cuando falta la voluntad, es decir, se requiere un impulso socioindividual orientado a un objeto de manera que la ejecución esté dirigida a lo que se propuso el sujeto, como consecuencia material, lo que tiene como correlato la falta de responsabilidad del sujeto.

13

Actúa con miedo insuperable el cajero que no tuvo la posibilidad de darse cuenta de que el arma era de juguete y entrega el dinero al agresor

Consulta:

Roger trabaja en una tienda y se encuentra encargado del manejo de la caja de dinero. Un día entraron dos hombres a la tienda y apuntándole con una pistola en la cabeza le indicaron que debía darles todo el dinero de la caja o de lo contrario le dispararían a morir. Motivado por el miedo de la situación y de la amenaza, él accede y les da los 5,000.00 nuevos soles que había en la caja. Saliendo de la tienda ambos hombres fueron detenidos y actualmente se encuentran siendo procesados. Sin embargo, dentro de la investigación penal se encuentra él también considerado como cómplice, pues la policía al momento de arrestar a los sujetos vio que las armas con las que entraron a la tienda eran de juguete y señalan que ello no pudo ocasionar la coacción necesaria para que Roger les diera el dinero, así que presumen debió haber estado coludido con los dos sujetos para el hurto del dinero de la tienda. Hoy Roger nos consulta si es posible que se le exima de responsabilidad penal en tanto él no conocía a los sujetos y, a pesar que las armas eran de juguete, obró con miedo, pues pensó que eran de verdad.

Características del inciso 7 del artículo 20 del Código Penal

“Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

7. El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor”.

Previamente a la examinación de la aplicación de la norma al caso concreto, la presente consulta nos lleva al análisis académico de dos temas: la identificación del inciso séptimo como una causal de justificación (antijuridicidad) o una causa de inimputabilidad (culpabilidad), y las características del miedo insuperable como causal de inimputabilidad.

1. Actualmente en el Perú la jurisprudencia, así como la doctrina mayoritaria, reconoce la teoría tripartita del delito (tipicidad – antijuridicidad – culpabilidad) como el sistema de análisis de una conducta humana para la adecuación o no a un tipo penal y a su consecuente responsabilidad penal. En este sentido, es preciso analizar si el inciso en cuestión es una causal de justificación (antijuridicidad) o una causa de inimputabilidad (culpabilidad).
2. Dentro de la antijuridicidad se analiza si la conducta típica es contraria al ordenamiento jurídico, es decir, si la conducta prohibida por el Código Penal es también contraria al ordenamiento jurídico y, por ende, reprochable socialmente; para ello existen causales

- de justificación que harían de una conducta típica –que calza dentro del tipo penal– una conducta aceptada socialmente y no atribuible de responsabilidad penal. Por otro lado, dentro de la culpabilidad se examina si la conducta típica y antijurídica es atribuible al sujeto o no, de acuerdo a sus características personales o circunstanciales al momento de la comisión del delito; para ello existen causas de inimputabilidad que harían de una conducta típica y antijurídica no atribuibles penalmente a un sujeto y/o situación en particular.
3. El inciso sétimo contempla una situación de vulneración de un bien jurídico en donde la acción del sujeto se encontró motivada por un miedo insuperable de la lesión igual o mayor de otro bien jurídico propio o de terceros. Y es este miedo insuperable lo que imposibilitará que se le exija al sujeto un comportamiento diferente en tanto se encuentra afectada sus facultades de conducirse conforme a Derecho.
 4. Para la configuración de esta eximente es necesaria la verificación de tres requisitos: (i) El miedo previsto en la norma, (ii) que este miedo sea insuperable y (iii) que este signifique una amenaza de un mal mayor o igual.
 5. El miedo debe ser considerado como una situación subjetiva al interior del sujeto, una emoción angustiante provocada por la percepción de un peligro, real o ficticio, próximo o lejano que orilla a la persona a decidir cometer el ilícito penal, aun cuando conoce la ilicitud de su comportamiento, pero procurando que con ello no llegue a concretarse el peligro temido. Este miedo puede ser real o imaginario, sin embargo, la posible puesta en peligro del bien jurídico que desea proteger debe ser lo suficientemente real para él al momento de la comisión del delito que lo lleve a cometerlo, lo cual no significa que se haya encontrado imposibilitado de tomar una decisión diferente, sino que ante la posible lesión de otro bien jurídico decide obrar de esa manera⁽²⁶⁾.
 6. Además, el miedo presente en la psiquis del autor debe ser insuperable por este, es decir, no debe poder salir de ese estado psicológico que no le permite obrar conforme a derecho. El miedo debe tener la suficiente intensidad para doblegar la voluntad del autor –pero debe quedar latente la posibilidad de obrar distinto–; por otra parte, el miedo debe haber paralizado totalmente las facultades psíquicas del sujeto, de no ser así

(26) No confundir con el estado de necesidad justificante en donde el sujeto pondera la vulneración de dos bienes jurídicos y elige la lesión de uno para la protección de otro. En este caso el sujeto no obra libremente ponderando ambos bienes jurídicos, sino que lo hace motivado por un miedo insuperable a la lesión de un bien jurídico importante para él.

estaríamos frente a una de las eximentes incompletas contenidas en el artículo 21 del Código Penal⁽²⁷⁾.

7. Como tercer requisito la norma exige que este miedo insuperable represente un peligro igual o mayor en comparación al injusto penal cometido. El sujeto no puede pretender legitimar la comisión de un delito señalando haber obrado por miedo de que mataran a su mascota, pues si bien no existe una especificación de la norma del rango entre el bien jurídico lesionado y el que se pretende proteger, debe haber una razonabilidad entre ambos para que justifique el actuar ilícito.
8. Finalmente, cabe analizar los supuestos en los que un error llevó al sujeto a una situación de miedo insuperable. Aun cuando exista un error sobre la apreciación del mal amenazante, si el sujeto cree que este es real, se puede determinar la alteración en el estado psicológico del sujeto que lo lleve a cometer el ilícito creyendo que así evitará la afectación de un bien jurídico, pues no se discute el problema del error de los conocimientos, sino de las motivaciones, de un estado emocional⁽²⁸⁾.

Aplicación de la norma al caso concreto

Ahora bien, habiendo determinado que las características del miedo insuperable como eximente de responsabilidad penal, cabe analizar si en el caso consultado el comportamiento de Roger se adecuaba a los requisitos del inciso 7 del artículo 20.

9. Siendo que el miedo es una emoción que forma parte de la esfera personal del sujeto, de su psiquis, para la evaluación de su existencia al momento de cometer el ilícito es necesaria analizar si de las circunstancias y de las cualidades personales del sujeto, se puede manifestar el miedo. Para ello cabría examinar si el que dos hombres ingresen a una tienda con armas de fuego y amenacen a una persona con disparar si no accede a su demanda podría ocasionar una situación de miedo en el sujeto. La respuesta es que sí, ante la inminente amenaza de la vida por un arma de fuego desencadenaría en una persona promedio un miedo insuperable.
10. Ahora bien, procederemos a evaluar si este miedo fue insuperable por el sujeto al punto de no

(27) PEÑA CABRERA, Alonso. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. IDEMSA, Lima, 2011, p. 928.

(28) VILLAVICENCIO, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Grigley, Lima, 2009, p. 643.

permitirle obrar conforme a derecho. Encontrándose amenazado por dos sujetos con pistolas en mano apuntándole, quienes le indicaban que si no accedía a sus demandas le dispararían, no se encontró en la capacidad de salir de ese estado de miedo a sufrir una agresión, pues a pesar de que posteriormente se determinó que las armas no eran reales, al momento del ataque él creyó que sí lo eran y no tuvo la posibilidad de darse cuenta de lo contrario, lo cual hizo que el miedo fuera suficiente para obrar conforme a sus demandas.

11. Ante la inminente amenaza de su vida, Roger decide atentar contra patrimonio ajeno y disponer del dinero con el fin de evitar, lo que él creía, una lesión mortal a su persona.
12. En consideración de que el comportamiento de Roger respondió a una situación emocional de miedo insuperable que lo orilló a atentar contra patrimonio ajeno en salvaguarda de su propia vida y a pesar de haber obrado en error sobre la realidad de la amenaza, su actuar no tiene repercusión penal alguna por adecuarse a lo contenido por el inciso séptimo del artículo 20 del Código Penal.

Conclusión

1. El miedo insuperable es causa eximente de responsabilidad penal en tanto el sujeto actúa ante la amenaza, real o ficticia, de un peligro

inminente de un bien jurídico penalmente relevante, orillándolo a realizar el ilícito. Adicionalmente se tendrá en consideración que la lesión que pretende evitar debe ser igual o mayor.

14

El miedo insuperable se explica a través de la pérdida de la voluntad particular que no otorga al sujeto posibilidad de control

Consulta:

Carlos es un fanático del fútbol y como todo hincha asistió al Estadio Nacional a alentar a su equipo. Todo transcurrió con normalidad hasta finalizar el partido. Cuando se dirige a su domicilio, una barra del equipo contrario que portaba sables y palos lo intercepta con evidente intención de agredirlo, es entonces que Carlos no ve más salida que trepar las rejas de una casa y subir hasta el segundo piso de esta, procediendo a ingresar por la ventana al interior del domicilio. Es en esos momentos que las personas integrantes de la barra brava comienzan a lanzar piedras y palos contra dicho lugar, procediéndose a retirar tras realizar una serie de desmanes. Finalmente, cuando Carlos está seguro de que no corre peligro se dirige a la puerta y es sorprendido por los dueños del lugar, quienes inmediatamente lo cogen y llaman a la policía indicando que han atrapado a una persona que ha

ingresado a su hogar para robar. La defensa de Carlos nos consulta qué puede hacer, pues ha sido confundido por un ladrón y considera que de no haber ingresado a ese domicilio seguramente hubiese terminado muerto.

Características del inciso 7 del artículo 20 del Código Penal

“Artículo 20.- *Está exento de responsabilidad penal:*

7. El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor”.
1. Para evaluar este caso es necesario identificar cuáles son los elementos que configuran este supuesto, por ello es necesario hacer una breve introducción del contenido de esta causal. Comenzaremos indicando que la norma penal parte de un elemento de exigibilidad, el cual está estrechamente relacionado con la motivación y sus límites. Sin embargo, también se pueden producir casos en los que estemos frente a la no exigibilidad de una determinada conducta que tiene como consecuencia la exclusión de la responsabilidad penal del sujeto, pero que no quiere decir que el hecho no sea antijurídico o no se encuentre prohibido.
2. Nuestra legislación y jurisprudencia han reconocido que quien actúa compelido por miedo insuperable debe presentar los siguientes

elementos a efectos de configurarse como una eximente: a) Que, el miedo sea causado por estímulos externos al que lo padece; b) debe ser insuperable, lo cual denota que exista una dificultad de resistir en la medida del hombre medio; y c) debe tratarse de un mal igual o mayor, esto es, que no basta que el estímulo que causa el miedo insuperable sea real, sino que a la vez ofrezca una amenaza igual o mayor al que el autor ocasiona bajo el amparo del miedo.

3. Para el profesor Felipe Villavicencio Torres, el miedo es un estado psicológico personalísimo que obedece a estímulo o causas no patológicas; asimismo, recalca que el miedo no debe entenderse como terror, pues tal privación de facultades en el autor podría originar un caso de inimputabilidad. El miedo al que se hace referencia es aquel que pese a que afecta psíquicamente al autor le deja una opción o posibilidad de actuación y debe ser producido por estímulos externos al agente.
4. El miedo es la pérdida de la voluntad particular; es la inserción del ser de modo absoluto en ese sentimiento, que no otorga al sujeto posibilidad de control. Asimismo, el miedo debe ser insuperable, es decir no dejar otra posibilidad normal al sujeto en el momento de actuar, pues es superior a la exigencia media de soportar males y peligros. Es importante, señalar que no resulta una

- eximente bajo esta causal cuando el miedo ha sido provocado por un acto ilícito.
5. El miedo debe ser “insuperable”, difícilmente superable debido a la magnitud de su efecto psicológico, donde además de ser real, debe significar una amenaza latente –de un mal igual o mayor– en comparación al injusto penal cometido por el autor bajo el contexto del miedo, cuya actuación debe producirse de manera inmediata a la presentación del hecho generador del miedo. Se diferencia con la grave alteración de la conciencia que se concreta en el sujeto individual, y no como en este caso, que también toma consideración a la persona concreta en la situación particular.
 6. En suma, el miedo insuperable responde a una exigencia **político-criminal**, de valorar las particulares condiciones en las cuales actuó el autor, que determinan una exclusión de pena en orden a un juicio individual, que también inciden en los factores materiales que condicionan la reacción punitiva⁽²⁹⁾. Cabe resaltar, que conforme indica Mir Puig, el miedo insuperable no excluye la voluntariedad de la acción, sino que la priva de la normalidad necesaria para que pueda imputarse penalmente al sujeto.
 7. Finalmente, no podrá aplicarse esta eximente cuando el sujeto se coloca ante tal situación para cometer el delito o pudiendo prever su comisión, solo entonces ante conductas previsibles y/o evitables. Cuando el error que motiva el miedo insuperable fuera vencible, no hay razón para dejar sin castigo la conducta dolosa o imprudente; solo si esta es invencible debe conducir a la impunidad⁽³⁰⁾.

La aplicación de la figura de la norma al caso en concreto

1. En el caso a evaluar podemos identificar que la presencia de una barra “brava” con sables y palos que intercepta a Carlos con evidente intención de agredirlo, configura una situación de miedo insuperable, toda vez que el miedo responde a estímulos externos; y es insuperable, dado que existe una dificultad de resistir en vista de que tomando como parámetro la medida del hombre medio se confirmaría que enfrentar a un grupo de personas con esas características constituye un inminente peligro.
2. Frente a esos sucesos, Carlos no ve más salida que trepar las rejas de una casa y subir hasta el segundo piso de esta, procediendo a ingresar por la ventana al interior

(29) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal Parte General*. 3ª edición, Lima, 2011, p. 922.

(30) *Ibidem*, p. 930.

del domicilio; se puede evidenciar el último elemento de este supuesto de eximente de responsabilidad. Este establece que debe ser una amenaza igual o mayor al que el autor ocasiona bajo el amparo del miedo, por lo cual, al tratarse de una reacción basta el estímulo que causa el miedo, Carlos estaría exento de responsabilidad penal por la causal de miedo insuperable.

Conclusiones

1. Antes de entender esta causal debemos comprender el elemento de exigibilidad en el Derecho Penal, el cual se evidencia a partir de que la persona o autor puede dirigir su conducta, es decir la norma penal lo motiva. Sin embargo, también se pueden producir casos en los que estemos frente a la no exigibilidad de una determinada conducta que tienen como consecuencia la exclusión de la responsabilidad penal del sujeto.
2. Un ejemplo de lo indicado en el párrafo anterior es el miedo insuperable que se explica a través de la pérdida de la voluntad particular; que no otorga al sujeto posibilidad de control. Asimismo, este miedo no le deja otra posibilidad normal al sujeto, pues es superior a la exigencia media de soportar males y peligros.
3. En suma, el miedo insuperable responde a una exigencia **político-criminal**, de valorar las particulares condiciones en las cuales se

encuentra o actuó el autor; por ello, el miedo insuperable no excluye la voluntariedad de la acción, sino que la priva de la normalidad necesaria para que pueda imputarse penalmente al sujeto.

15

Los oficiales policiales se encuentran facultados para realizar cateos a bienes inmuebles e incautación de bienes muebles siempre que exista de por medio una orden judicial

Consulta:

Flor es una mujer de 25 años de edad que se dedica a la prostitución. Una noche se encontraba en su domicilio realizando esta actividad, cuando oficiales de la Policía ingresaron a su vivienda indicándole que tenían una orden para revisar el inmueble e incautar determinados bienes; sin embargo, en ningún momento le mostraron dicha orden ni le señalaron qué bienes serían incautados. Durante la intervención policial, ella fue obligada pararse en una esquina mirando la pared sin poder visualizar lo que sucedía a su alrededor. Al día siguiente se apersonó a la comisaría a revisar la mencionada orden y el acta de incautación para saber a ciencia cierta qué bienes habían sido incautados, pero le informaron que no existía ninguna orden ni mucho menos un acta de incautación. Hoy Flor nos consulta si la intervención a su vivienda fue legítima.

Características del inciso 8 del artículo 20 del Código Penal

“Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.

La presente consulta nos lleva al análisis académico de dos temas previamente a la examinación de la aplicación de la norma al caso concreto: la identificación del inciso sétimo como una causal de justificación (antijuridicidad) o una causa de inimputabilidad (culpabilidad), y las características de la eximente como causal de justificación.

1. Actualmente en el Perú la jurisprudencia, así como la doctrina mayoritaria, reconoce la teoría tripartita del delito (tipicidad - antijuridicidad - culpabilidad) como el sistema de análisis de una conducta humana para la adecuación o no a un tipo penal y a su consecuente responsabilidad penal. En este sentido, es preciso analizar si el inciso en cuestión es una causal de justificación (antijuridicidad) o una causa de inimputabilidad (culpabilidad).
2. Dentro de la antijuridicidad se analiza si la conducta típica es contraria al ordenamiento jurídico, es decir, si la conducta prohibida

por el Código Penal es también contraria al ordenamiento jurídico y, por ende, reprochable socialmente; para ello, existen causales de justificación que harían de una conducta típica –que calza dentro del tipo penal– una conducta aceptada socialmente y no atribuible de responsabilidad penal. Por otro lado, dentro de la culpabilidad se examina si la conducta típica y antijurídica es atribuible al sujeto o no, de acuerdo a sus características personales o circunstanciales al momento de la comisión del delito; para ello existen causas de inimputabilidad que harían de una conducta típica y antijurídica no atribuibles penalmente a un sujeto y/o situación en particular.

3. El inciso octavo contempla una situación de vulneración de un bien jurídico penalmente protegido por quien obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. El comportamiento típico se va a realizar, sin embargo, este va a ser proveniente de una autorización jurídica que valida y legitima tal comportamiento. Esta eximente es consecuencia del principio de la unidad del ordenamiento jurídico, ya que lo que está legitimado en una parte del Derecho no puede ser prohibido penalmente por otra⁽³¹⁾, resultado acorde a Derecho, de

(31) VILLAVICENCIO, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Grijley. Lima, 2009, p. 555.

- ahí que se considere una causal de justificación.
4. La norma analizada contiene tres supuestos de aplicación: (i) El que obra por disposición de la ley; (ii) el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho y (iii) el que obra en ejercicio de un oficio o cargo.
 5. Bajo determinadas circunstancias, el orden jurídico obliga a determinadas personas (funcionarios y servidores públicos), a realizar una acción u omisión constitutiva de un tipo penal en mérito a una autorización propia del principio de legalidad; en tal merced, estas acciones no pueden ser consideradas como antijurídicas⁽³²⁾. Como ya se mencionó, debe existir una unidad en el Derecho, un comportamiento que viene autorizado por una norma jurídica, no puede ser penada por otra; este inciso pretende resolver el conflicto jurídico que podría presentarse de la actuación acorde a Derecho, por ser ordenada por una ley, con su consecuencia típica, en donde determina que dicha actuación es jurídica. Es por ello que para la verificación del cumplimiento de este supuesto es necesario solamente el análisis del cumplimiento de la ley, independientemente de la vulneración del bien jurídico tutelado penalmente. No se le exige por
- ello que haya realizado un análisis de proporcionalidad entre su obligación del cumplimiento de la ley y la protección del bien jurídico. Es necesario señalar que no es lo mismo obrar por disposición de una ley que por obediencia debida, pues no es que la actuación responda a una subordinación a un superior jerárquico, sino al cumplimiento del ordenamiento jurídico.
6. Por otro lado, el obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho responde a una atribución dada por el ordenamiento jurídico a la persona. La Constitución, así como diferentes normas de rango internacional e internas, reconocen una amplia gama de derechos de las personas y protegen su efectivo ejercicio; es por ello que el Derecho Penal no puede atentar contra facultades dadas por ley y el legítimo ejercicio de estas. Es de tener en consideración que la facultad dada por la norma no tiene que ser necesariamente expresa (“la persona tiene derecho a (...)”), sino también en aplicación de la norma constitucional, artículo 20 inciso a) “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; siempre y cuando dichos derechos se hagan valer de conformidad con pautas

(32) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. IDEMSA, Lima, 2011. p. 705.

jurídicas o sociales que limitan su uso, ya que de otra manera, no cabría hablar de legitimidad en su ejercicio.

7. La diferencia entre el supuesto de ejercicio legítimo de un oficio o cargo con el ejercicio legítimo de un derecho es que el segundo de ellos puede ser aplicado a cualquier persona, en cambio el primero solo a aquellos que ostenten un oficio o cargo en particular que los facultaría a actuar de determinada manera. Ahora, cuando se refiere a un cargo u oficio, ello no se limita a funcionarios o servidores públicos, sino también a profesiones técnicas, manuales o universitarias.

Aplicación de la norma al caso concreto

Ahora bien, habiendo determinado que las características del inciso como causal de justificación, cabe analizar si en el caso consultado por Flor el comportamiento de oficiales policiales se encuentra exento de responsabilidad penal en virtud del inciso 8 del artículo 20.

8. Si bien es cierto, como parte de sus funciones los oficiales policiales se encuentran facultados para realizar cateos a bienes inmuebles e incautación de bienes muebles siempre que exista de por medio una orden judicial que lo autorice. Sin embargo, de no existir ello dichos comportamientos serían ilegítimos, en tanto caen en la arbitrariedad de quien realiza la acción.

9. El supuesto eximente de responsabilidad penal referido al que obra en el cumplimiento de un deber de oficio requiere que dicho ejercicio se encuentre acorde a Derecho, no obstante, el accionar de los oficiales policiales no corresponde a la actividad propia de su cargo pues la ley les requiere que determinadas actividades se encuentren autorizadas expresamente en documentos judiciales, tales como las órdenes de cateo o de incautación, de lo contrario el comportamiento resulta antijurídico. En el presente caso, la intervención al domicilio de Flor, así como la incautación realizada, fue arbitraria, ilegítima, antijurídica y, por lo tanto, los oficiales deberán responder penalmente por dicho accionar.

Conclusión

1. El obrar en cumplimiento de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo es una causal de justificación eximente de responsabilidad penal, en tanto dichos comportamientos se encuentran facultados por una norma legal. Existe un interés social y jurídico de unidad del ordenamiento jurídico en donde no debe ser imputado de responsabilidad penal quien obedeciendo el mandato de una norma sea penalizado por otro. Sin embargo, para la aplicación de cualquier supuesto, es necesario que dicho comportamiento sea legítimo, acorde a las normas sociales

y jurídicas correspondientes, de lo contrario devendría en arbitrario y antijurídico.

16

No se exime de responsabilidad penal al oficial que produce lesiones desproporcionadas a los presuntos delincuentes si estos se hubieran rendido previamente

Consulta:

Mario es un policía que el fin de semana frustró un asalto en un centro comercial de Lima Cercado, lo cual dejó como saldo a dos presuntos delincuentes heridos, uno de gravedad pues recibió un disparo en la cabeza y el otro con lesiones leves producto de la golpiza que le propinó el oficial. Cabe mencionar que este evento se desarrolló cuando realizaba sus funciones de rutina. Producto de esta intervención Mario ha sido ascendido en la comisaría donde laboraba. Por su parte los familiares del presunto delincuente nos hacen llegar su consulta sobre si la actuación de Mario es válida o debe responder penalmente por ella, pues según algunos testigos indican que el disparo realizado por Mario se produjo pese a que los implicados ya habían sido reducidos y no constituían un peligro.

Características del inciso 8 del artículo 20 del Código Penal

Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo;

Iniciaremos la introducción de esta causal explicando algunas nociones básicas a efectos de poder establecer su aplicación al caso concreto.

1. Nuestro Código Penal bajo este supuesto provee dos causas de justificación, por lo cual quien obra bajo alguna de ellas no puede ser castigado. Según esta norma está exento de pena primero: “el que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber”, y segundo; “el que obra en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.
2. Señala el profesor José Hurtado Pozo, en su *Manual de Derecho Penal. Parte General I*, la formulación “disposición de la ley” es bastante amplia, es así que puede ser comprendida en el sentido de que establece cuáles son los actos ordenados y cuáles son los permitidos; es decir, establece deberes y derechos. Así, las referencias explícitas al “cumplimiento de un deber” o “ejercicio de un derecho” solo explicarían la fórmula general.
3. Semejante situación se presenta respecto a la mención del oficio o del cargo, en la medida que estos deben ser autorizados o tolerados

- por la ley, es decir, no prohibidos. Por su parte, el “ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo” nos indica que debe preexistir a este actuar condiciones que legitiman el actuar del sujeto, las cuales deben estar establecidas por la ley.
4. Contrariamente a lo que se pueda entender de una lectura simple, este supuesto resulta complejo, toda vez que el ejercer un derecho, el cumplir con un deber, realizar un acto en el ejercicio de un cargo o de una profesión no son factores suficientes por sí solos para justificar un acto típico. Esto va a depender de las circunstancias en las que se ejecuta el hecho concreto, las cuales estarán determinadas o parametradas por las disposiciones legales que las regulan. Por ello, para muchos autores esta causal puede ser considerada como tipo abierto o normas de reenvío, ya que su aplicación solo será posible en la medida en que sean complementadas por otras normas comprendidas en el ordenamiento jurídico.
 5. Continuando con la línea argumentativa, Hurtado Pozo refiere que “un deber” se debe entender como un “deber jurídico”; no basta en ese sentido alegar la existencia de un deber moral. Si el autor solo está cumpliendo con un deber y comete en esas circunstancias un acto que reúne las condiciones señaladas en una norma, dicha actuación es lícita toda vez que no contraviene el ordenamiento jurídico. De ello, se desprende que el ordenamiento jurídico no puede obligar a actuar y producto de esta actuación le imputase por dicho comportamiento responsabilidad penal.
 6. Mientras que por “ejercicio legítimo de un derecho” se reconoce a aquella prerrogativa o poder facultativo de obrar reconocido por el derecho positivo, cuyo ejercicio implica en general la afectación de los derechos de otra persona. Así, al establecer los límites o parámetros de estos derechos, se determina la naturaleza justificante de su ejercicio, ahora es posible que dicho ejercicio pueda implicar la realización de un acto calificado como delito.
 7. Para comprender correctamente cuando se está ante un ejercicio legítimo de un oficio o cargo, debemos señalar que por “cargo” debe comprenderse tanto el que corresponde a un funcionario como a un empleado, y por “oficio” toda actividad económica.
 8. Como ya se ha indicado, cuando la norma lo disponga la actuación de la autoridad, bajo esta potestad constituirá un elemento del tipo legal objetivo que lo habilitará y en tanto se ciña por esta disposición su actuación no será prohibida o ilícita, pese a que pudiera con su actuar restringir o limitar el derecho de otras personas.

La aplicación de la figura de la norma al caso en concreto

9. Como se aprecia del caso señalado se debe evaluar si el recurso al uso de la fuerza por parte del agente del orden se ha desarrollado en el marco de las disposiciones legales que lo habilitan en el ejercicio de sus funciones. Al respecto, debemos indicar que los miembros de la policía así como de las Fuerzas Armadas o el ejército están sometidos a una serie de condiciones para que los resultados lesivos que puedan originarse por la utilización de un arma puedan quedar cubiertos por la eximente establecida en el numeral 8 del artículo 20. En consecuencia, dicha acción se encuentre justificada y desaparece el reproche antijurídico.
10. Para la consecución de lo señalado, la jurisprudencia ha establecido que se precisa: a) Que el sujeto activo sea una autoridad o agente que esté autorizado para hacer uso de estos medios (como puede ser el arma de reglamento) en el ejercicio de sus funciones; b) que su concreta actuación se haya producido en el ejercicio de sus funciones, y c) que para cumplir en el caso concreto sus funciones o deberes sea necesario el uso de la violencia y que, aun siendo necesario, emplee la mínima y proporcionada en el concreto caso de su uso. Por ello, es preciso que ocurra una situación de riesgo racionalmente grave para la vida y la integridad física del sujeto o de terceras personas.

11. De los hechos mencionados en el caso, se llega a establecer que las lesiones producidas a los presuntos asaltantes resultan desproporcionadas, más aún si se toma en cuenta que ni siquiera era precisa su utilización para repeler el riesgo toda vez que estas personas se rindieron. Por ello, no procedería esta causal ni siquiera como atenuante.

Conclusiones

1. Como se ha hecho referencia en esta causal no basta con que el autor ejerza un derecho, cumpla con un deber, realice un acto en el ejercicio de un cargo o de una profesión. Estos no son factores suficientes por sí solos para justificar un acto típico, pues esto va a depender de las circunstancias en las que se ejecuta el hecho concreto; las cuales estarán determinadas o parametradas por las disposiciones legales que las regulan. Por ello, esta causal es un tipo abierto, ya que su aplicación solo será posible en la medida en que sean complementadas por otras normas comprendidas en el ordenamiento jurídico.
2. Asimismo, no debemos dejar de considerar que la jurisprudencia ha establecido: a) Que el sujeto activo sea una autoridad o agente que esté autorizado para hacer uso de estos medios (como puede ser la arma de reglamento) en el ejercicio de sus funciones; b) que su concreta actuación se

haya producido en el ejercicio de sus funciones, y c) que para cumplir en el caso concreto sus funciones o deberes sea necesario el uso de la violencia y que, aun siendo necesario, emplee la mínima y proporcionada en el concreto caso de su uso.

- Finalmente, cuando la norma lo disponga la actuación de la autoridad, bajo esta potestad constituirá un elemento del tipo legal objetivo que lo habilitará y en tanto se ciña por esta disposición su actuación no será prohibida o ilícita, pese a que pudiera con su actuar restringir o limitar el derecho de otras personas.

17

Detención arbitraria realizada por un oficial por mandato superior no es una eximente de responsabilidad penal

Consulta:

Héctor es un oficial policial en la Comisaría de Magdalena y hace un mes su superior jerárquico, el capitán Rojas, le ordenó que detenga al ciudadano Félix Hernández Castillo por presunto terrorista. Ante dicha orden, Héctor detiene al hombre, le toma su manifestación y lo mantiene detenido por el plazo de 15 días. Hoy Félix Hernández Castillo ha interpuesto una denuncia penal en su contra por el delito de secuestro, ante lo cual Héctor nos consulta si es posible que se le exima de responsabilidad penal por haber

obrado en cumplimiento de la orden de su Capitán.

Características del inciso 9 del artículo 20 del Código Penal

“Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

- El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones”.

La presente consulta nos lleva al análisis académico de dos temas previamente a la examinación de la aplicación de la norma al caso concreto: la identificación del inciso séptimo como una causal de justificación (antijuridicidad) o una causa de inimputabilidad (culpabilidad), y las características de la eximente como causal de justificación.

- Actualmente en el Perú la jurisprudencia, así como la doctrina mayoritaria, reconoce la teoría tripartita del delito (tipicidad – antijuridicidad – culpabilidad) como el sistema de análisis de una conducta humana para la adecuación o no a un tipo penal y a su consecuente responsabilidad penal. En este sentido, es preciso analizar si el inciso en cuestión es una causal de justificación (antijuridicidad) o una causa de inimputabilidad (culpabilidad).
- Dentro de la antijuridicidad se analiza si la conducta típica es contraria al ordenamiento jurídico, es decir, si la conducta prohibida

por el Código Penal es también contraria al ordenamiento jurídico y, por ende, reprochable socialmente; para ello existen causales de justificación que harían de una conducta típica –que calza dentro del tipo penal– una conducta aceptada socialmente y no atribuible de responsabilidad penal. Por otro lado, dentro de la culpabilidad se examina si la conducta típica y antijurídica es atribuible al sujeto o no, de acuerdo a sus características personales o circunstanciales al momento de la comisión del delito; para ello existen causas de inimputabilidad que harían de una conducta típica y antijurídica no atribuible penalmente a un sujeto y/o situación en particular.

3. Resulta, que las órdenes realizadas por un superior jerárquico han de ser ejecutadas por el subordinado, han de revelar un mínimo de “legalidad”, dígame de “validez”, de que el órgano inferior, infiera que está ejecutando una decisión presuntamente revestida de legalidad. Es que la actuación pública no confiere al funcionario ninguna potestad para hacer lo que le venga en gana, solo ha de emprender aquellas conductas amparadas por el ordenamiento jurídico; la ley y la Constitución establecen los límites de toda actuación funcional.

Por consiguiente, no se puede tolerar, menos admitir, la posibilidad de una “obediencia ciega”, desprovista de toda valoración, lo que de cuño implica, rechazar el acatamiento de una orden manifiestamente antijurídica, como se ha sostenido en cierto sector de la doctrina y en los pronunciamientos de los Tribunales Internacionales de Justicia⁽³³⁾.

4. En este sentido, no todo cumplimiento de una orden realizada por el superior jerárquico ameritará una eximición de responsabilidad penal, para ello se deberá verificar los siguientes requisitos: (i) relación de subordinación; (ii) competencia del superior jerárquico; (iii) la orden debe estar revestida de formalidades legales; (iv) el subordinado no debe encontrarse en la capacidad de conocer la ilegalidad de dicha orden y (v) la orden debe ser antijurídica.
5. En primer lugar, la norma exige que exista una relación de subordinación jerárquica entre quien emite la orden y quien la ejecuta, para ello cabe resaltar que la aplicación de esta causal está reservada específicamente para servidores o funcionarios públicos. No puede darse en el ámbito de las relaciones privadas laborales o familiares.

(33) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. IDEMSA, Lima, 2011, p. 745.

6. En segundo lugar, se requiere que quien emita la orden sea una autoridad competente por ley para realizarla. Todas las funciones públicas se encuentran determinadas por ley, esto se da para revestirlas de legitimidad y limitar las actuaciones arbitrarias que se pudieran presentar.
 7. En tercer lugar, es imprescindible que la orden emitida por el superior jerárquico sea aparentemente legal, es decir, que al encontrarse dentro de sus competencias, cumpla con los requisitos formales para su emisión y su ámbito de aplicación.
 8. En cuarto lugar, para la aplicación de la eximente de responsabilidad penal el subordinado no debe conocer ni tener la capacidad de conocer la ilicitud de la orden. Si el funcionario o servidor público conoce que dicha orden no es acorde a derecho pero aun así la ejecuta transgrede a conciencia el ordenamiento jurídico, muy a pesar de que sea en cumplimiento de un mandato impuesto.
 9. Finalmente, dicha orden debe ser contraria al ordenamiento jurídico, pues de ser acorde a este no cabría la aplicación de este supuesto ya que el servidor o funcionario público se encontraría en el cumplimiento de un deber.
- si en el caso consultado por Héctor cabría la aplicación del inciso 9 del artículo 20.
10. A pesar de que existe una relación de subordinación entre Héctor como oficial de la Policía y el capitán Rojas, como superior jerárquico en la Comisaría, la orden emanada por este último no reviste de legitimidad en tanto no se encontraba dentro de sus competencias el emitirla. Debemos recordar que la detención policial se realiza solo en los supuestos de flagrancia y cuando medie una orden judicial que lo ordene. En el presente caso, la orden de detención fue notoriamente arbitraria.
 11. Habiendo determinado que la orden de detención fue arbitraria, Héctor no debió cumplirla aun cuando se le haya ordenado cumplirla, por lo que su comportamiento no calza dentro del supuesto del inciso 9 del artículo 20 del Código Penal, teniendo que responder penalmente por dicho acto.

Conclusión

1. La obediencia debida de un funcionario o servidor público hacia su superior jerárquico no puede ser a ciegas, es por ello que para la eximición de responsabilidad penal el inciso analizado establece determinados requisitos para su aplicación: (i) Relación de subordinación; (ii) competencia del superior jerárquico; (iii) la orden debe estar revestida de formalidades legales; (iv) el subordinado

Aplicación de la norma al caso concreto.

Ahora bien, habiendo determinado que las características del inciso como causal de justificación, cabe analizar

no debe encontrarse en la capacidad de conocer la ilegalidad de dicha orden y (v) la orden debe ser antijurídica.

18

Si el subordinado identifica que la orden no cumple con los requisitos formales para constituirse en vinculante, no puede acogerse a esta eximente de la responsabilidad

Consulta:

Ernesto es un egresado de la Escuela de Oficiales de la PNP, quien ha sido uno de los mejores alumnos de su promoción y actualmente se desempeña en el área de inteligencia del Estado; el cual ha sido creado para contrarrestar el nivel de delincuencia que cada vez se incrementa en diferentes departamentos del país. Es en ese contexto, que a Ernesto lo destacan a Chimbote donde forma parte de un escuadrón encargado de dismantelar las mafias de extorsiones que se desarrollan en ese departamento. Luego de varios días de seguimiento se procedió a la detención, conforme al proceso legal, de los integrantes de un grupo de personas por la presunta comisión de los delitos de extorsión y secuestro selectivo. Una vez realizada la captura, el General a cargo del equipo solicita telefónicamente a Ernesto que traslade a los detenidos a una dirección desconocida. El duda sobre considerar válida

la orden pues de acuerdo con el procedimiento regular los detenidos deberían ser puestos a disposición del Juzgado de turno. Pero dada la insistencia de su superior procede a llevar a los detenidos al lugar que se le había indicado, donde es recibido por dos personas que no formaban parte del equipo, las cuales le informan que se retire dejando a los detenidos con ellos. Al día siguiente, cuando Ernesto está viendo el noticiero, se entera, de que las personas que había detenido fueron encontradas muertas en una playa del distrito. Ernesto se encuentra muy preocupado y nos consulta si él puede ser responsabilizado por los hechos o puede encontrarse exento de responsabilidad bajo la causal de “obediencia debida”.

Características del inciso 9 del artículo 20 del Código Penal

“Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones”.

Para dar respuesta a este caso debemos entender la figura de la actuación en virtud de la obediencia debida como causa de justificación y de exculpación.

1. El deber de obediencia del subordinado se fundamenta por medio de cualquier **orden vinculante**; esto rige tanto para los

- funcionarios como para los soldados. El subordinado que ejecuta una orden vinculante, dado que está obligado a obedecerla actúa conforme a derecho. Por el contrario, una orden que no posee carácter vinculante solo es tenida en cuenta como causa de exculpación, en ese sentido; el subordinado que ejecuta un mandato penalmente ilícito actúa típica y antijurídicamente incluso aunque crea en la obligatoriedad de la orden⁽³⁴⁾.
2. Para la doctrina, en el caso de los funcionarios esta situación funciona como causa que los libera de responsabilidad en tanto dicha orden no reconozca la punibilidad del comportamiento que le ha sido encargado. Por el contrario, para los soldados el efecto de la orden como causa de justificación se extiende más allá, el subordinado solo es responsable si reconoce el carácter delictivo que supone la ejecución de la orden o si, de conformidad con las circunstancias que le son conocidas, tal carácter es manifiesto. Así el subordinado cree que está actuando conforme a derecho y desarrolla la acción en cumplimiento de la obediencia debida cuya inobservancia acarrea una sanción disciplinaria.
 3. La actuación en virtud de la obediencia debida es una causa de exculpación autónoma que, simultáneamente, presenta un tratamiento especial en relación con el error de prohibición. Mientras que toda persona tiene que responder por sí misma por la realización de sus acciones; en cambio, dentro del aparato burocrático y de la jerarquía militar rigen otras leyes. En estas estructuras es determinante la confianza en la autoridad del superior y la obediencia.
 4. Por su parte un mandato que no resulta obligatorio solo se asume como causa de exculpación cuando el subordinado lo ha estimado de obligado cumplimiento y solo pudo considerarlo de tal modo. En caso no concurra estas circunstancias este debe asumir la culpabilidad del hecho antijurídico.
 5. Si el subordinado identifica que la orden no cumple con los requisitos formales para constituirse en vinculante, esta no contaría con la presunción de legalidad. Si el subordinado sabe que la orden carece de los requisitos materiales para que sea vinculante, e identifica que con su ejecución cometería una acción delictiva, la consecuencia natural es que no puede acogerse a esta eximente de la responsabilidad.

(34) JESCHECK, Hans-Heinrich y Tomas, WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. 5ª edición, traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Ed. Comares, Granada, 2002, p. 532.

Para Peña Cabrera, el cumplimiento de una orden revestida de todas las formalidades legales; siempre deberá ser “debida” (el precepto legal es claro y contundente). Si es debida es porque está autorizada por el ordenamiento jurídico.

6. Como ya se ha señalado, el reconocer órdenes tiene límites y restricciones: a) Relación de dependencia jerárquica entre la autoridad que ordena y el que obedece, subordinación que procede de la autoridad pública; b) la orden debe referirse a las relaciones regulares entre el superior y el subordinado, y dentro del ejercicio de las funciones de competencia del primero; c) competencia del subordinado para cumplir el acto ordenado por el superior; y, d) la orden debe ser expresa y presentarse con las formalidades legales que le son inherentes⁽³⁵⁾.
7. Finalmente, debemos reiterar que la “obediencia debida” solo se refiere a órdenes legales, impartidas por la autoridad competente, en el ejercicio pleno de sus competencias y revestida de legalidad.

La aplicación de la figura de la norma al caso en concreto

8. Como se ha indicado la “obediencia debida” no puede ser utilizada como eximente de la pena, a

quien, merced a una orden de su superior, lleva a cabo un hecho abiertamente lesivo a los valores fundamentales, como se aprecia en el caso concreto, si bien la detención de los presuntos integrantes de un grupo delictivo se dio bajo los requisitos formales y legales, el traslado de estos a un lugar que se indicó telefónicamente no correspondía al trámite regular que se da en este tipo de situaciones, más aún si tomamos en consideración que dicha orden generó en él dubitación por la irregularidad de la orden.

9. En ese sentido, Ernesto sí estaba en capacidad para reconocer el carácter delictivo que supone la ejecución de la orden emitida por su superior, de conformidad con las circunstancias en que se presentaron y que le fueron conocidas. Por ello, él pese a su condición de subordinado, no puede creer que está actuando conforme a derecho y desarrollar dicha acción en cumplimiento de una supuesta obediencia.
10. Asimismo, Ernesto debió identificar que la orden no cumplía con los requisitos formales para constituirse en vinculante, en ese sentido, no contaría con la presunción de legalidad toda vez que carece de los requisitos materiales para que sea vinculante. Asimismo, él

(35) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte general*. 3ª edición, Lima, 2011, p. 750.

era consciente de que con su ejecución estaría cometiendo una acción contraria al derecho y al debido procedimiento. Frente a lo ya señalado, la consecuencia natural es que Ernesto no puede acogerse a la eximente de la “obediencia debida”, pues esta exige que tal orden esté revestida de todas las formalidades legales.

Conclusiones

1. Para que la figura de la “obediencia debida” funcione como causal que exime de responsabilidad penal esta debe presentar los siguientes requisitos: a) Relación de dependencia jerárquica entre la autoridad que ordena y el que obedece, subordinación que procede de la autoridad pública; b) la orden debe referirse a las relaciones regulares entre el superior y el subordinado, y dentro del ejercicio de las funciones de competencia del primero; c) competencia del subordinado para cumplir el acto ordenado por el superior; y, d) la orden debe ser expresa y presentarse con las formalidades legales que le son inherentes.
2. Asimismo, el deber de obediencia del subordinado solo se fundamenta por la existencia de una **orden vinculante**; esto rige tanto para los funcionarios como para los soldados. El subordinado que ejecuta una orden vinculante, dado que está obligado a obedecerla actúa conforme a derecho. Por el contrario, una orden que no posee

carácter vinculante solo es tenida en cuenta como causa de exculpación, en ese sentido; el subordinado que ejecuta un mandato penalmente ilícito actúa típica y antijurídicamente incluso aunque crea en la obligatoriedad de la orden.

3. Si el subordinado identifica que la orden no cumple con los requisitos formales para constituirse en vinculante, o sabe que la orden carece de los requisitos materiales para que sea vinculante, o identifica que con su ejecución cometería una acción delictiva, la consecuencia natural es que no puede acogerse a esta eximente de la responsabilidad.

19

Si el paciente fue adecuadamente informado sobre los riesgos de una cirugía plástica y consintió la intervención no cabría una responsabilidad penal del médico si actuó acorde a la praxis médica.

Causas que eximen o atenúan de responsabilidad penal.

Consulta:

Lucía es una mujer de 24 años de edad que se ha sometido a una cirugía plástica, rinoplastia, en una clínica de renombre en la comunidad. Antes de ser sometida a la operación, ella fue informada sobre los riesgos propios de la cirugía y se le solicitó que firmase un documento

donde deja constancia de su consentimiento. A los 6 meses de realizarse la cirugía plástica, Lucía denuncia penalmente por lesiones graves al doctor que la operó por señalar que su nariz no quedó como se le ofreció y que, por el contrario, se encuentra deformada. En su descargo, el doctor señala que él obró conforme lo manda la praxis médica y que esa situación es uno de los riesgos de los que se le informó. Lucía se encuentra indignada por la falta de responsabilidad por parte del doctor y nos consulta si es posible que sea exonerado de responsabilidad penal.

Características del inciso 10 del artículo 20 del Código Penal

“Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

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

La presente consulta nos lleva al análisis académico de la naturaleza y las características del consentimiento como eximente de responsabilidad penal.

1. Actualmente en el Perú la jurisprudencia, así como la doctrina mayoritaria, reconoce la teoría tripartita del delito (tipicidad – antijuridicidad – culpabilidad) como el sistema de análisis de una conducta humana para la adecuación o no a un tipo penal y a su consecuente responsabilidad penal.

En este sentido, es preciso analizar si el inciso en cuestión es una causal de justificación (antijuridicidad) o una causa de atipicidad (tipicidad).

2. El primer análisis de un comportamiento humano es si satisface los elementos del tipo penal. Se determinará si contiene los elementos objetivos del tipo penal (la acción típica contemplada por la norma penal: “matar”, “sustraer”, etc.) y con los elementos subjetivos (dolo o culpa). Dentro de la antijuridicidad se analiza si la conducta típica es contraria al ordenamiento jurídico, es decir, si la conducta prohibida por el Código Penal es también contraria al ordenamiento jurídico y, por ende, reprochable socialmente; para ello existen causales de justificación que harían de una conducta típica –que calza dentro del tipo penal– una conducta aceptada socialmente y no atribuible de responsabilidad penal.
3. Inicialmente cabe determinar qué se entiende por consentimiento. Este deriva de la autodeterminación del individuo como derecho fundamental de primer orden, cuyo reconocimiento constitucional fluye del inciso 1) del artículo 2, el cual señala que toda persona tiene el derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. En este sentido, el consentimiento es la manifestación, expresa o tácita, de una voluntad de autodeterminación de la

persona para decidir sobre los derechos y bienes de libre disponibilidad que la ley le reconozca.

4. Para la aplicación de esta eximente de responsabilidad penal es necesaria la verificación de cuatro requisitos: (i) Que quien dé su consentimiento tenga suficiente capacidad de discernimiento (14 años); se exigen facultades intelectuales para comprender el alcance y significación de sus actos por quien consiente; (ii) basta que el consentimiento sea reconocido externamente, empleando cualquier medio idóneo, el cual debe ser anterior y no posterior al hecho lesivo; (iii) no se quiere que quien lesiona tenga conocimiento del consentimiento, pues la eximente no radica en sus capacidades de conocer, sino en la validación de su actuar por el agredido, y (iv) el consentimiento tiene que ser manifestación de la voluntad, por lo tanto esta no puede encontrarse viciada por ningún elemento externo como la coacción, el error o engaño⁽³⁶⁾.
5. Con los fines académicos que persigue el presente material es necesario analizar si se tratase de una causa de atipicidad o de justificación. Dicho análisis ha sido materia de mucha discusión doctrinal y se ha llegado a la conclusión,

aceptada por la mayoría, que dependiendo del delito, se tratará de una causa de atipicidad o de justificación. En delitos donde la ausencia de consentimiento es un elemento del tipo penal, se aplicará como una causal de atipicidad; por ejemplo, en los delitos de libertad sexual en donde la falta de consentimiento de la víctima es elemento principal del tipo penal, si este se encontrase presente haría jurídico dicho comportamiento. Pero, por otro lado, en los delitos en donde no se encuentre presente dentro del tipo penal, se aplicará como una causal de justificación en tanto el consentimiento va a legitimar el comportamiento típico del sujeto.

Aplicación de la norma al caso concreto

Ahora bien, habiendo determinado que las características del inciso como eximente de responsabilidad penal, cabe analizar si en el caso consultado por Lucía cabría la aplicación del inciso 10 del artículo 20.

6. En consideración de que el delito de lesiones graves no contiene como elemento típico el consentimiento, se deberá analizar si este funcionaría como una causal de justificación. Para ello es necesario verificar que este haya

(36) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. IDEMSA, Lima, 2011, p. 742.

sido válido, es decir, que no haya algún elemento que pueda haberlo viciado. Siendo Lucía una persona mayor de edad, es necesario analizar si existió coacción, engaño o error en su consentimiento, circunstancias que invalidarían el consentimiento dado previamente.

7. Como se detalla, Lucía fue informada adecuadamente de los riesgos propios de una cirugía plástica y a pesar de ello accedió a firmar la autorización de consentimiento y a someterse a la misma. Como lo indica el doctor, este obró acorde a la praxis médica por lo que el resultado no respondería a una negligencia suya, no cabría una responsabilidad penal por la deformidad en su rostro, en tanto ella en el ejercicio libre de disposición de su integridad física, consintió dicha cirugía conociendo los riesgos que en ella pudieran presentarse.

Conclusión

1. El consentimiento como manifestación de la voluntad de una persona para autodeterminarse es un eximente de responsabilidad penal. Su naturaleza jurídica va a depender del delito que se trate. Si la norma penal contempla el consentimiento como un elemento típico entonces su presencia fungirá como una causa de atipicidad. Por otro lado, si el tipo penal no lo considera, se deberá analizar si es una causa de justificación suficiente para eximir de responsabilidad penal.

20

El consentimiento a un tratamiento médico experimental excluye la responsabilidad siempre que este tenga por finalidad someter a un procedimiento curativo

Consulta:

José es una persona que ha trabajado muchos años de su vida como ambulante. Un día sufre un desmayo y sus amigos preocupados por él lo llevan a un centro médico. Luego de una serie de evaluaciones a José le detectan cáncer al páncreas, él se siente muy desalentado pues no cuenta con el dinero necesario para seguir un tratamiento y menos aún para dejar de trabajar. Cuando sale del hospital rumbo a su domicilio observa una feria médica donde se entera de que existe un centro de investigación experimental que proporciona tratamiento gratuito por un lapso de dos años a las personas que padecen su tipo de enfermedad. José se siente aliviado y solicita ser uno de los beneficiados, para lo cual le brindan la información referente a los beneficios y desventajas que podría dar el tratamiento ya que es experimental. José solo desea recuperarse y acepta las condiciones del mismo firmando una serie de documentos, entre los que se encuentra el acta de consentimiento. Pasados seis meses de tratamiento José no ve cambio alguno en su salud y por el contrario ahora presenta una expansión de la enfermedad en otro de sus órganos. Por ello, plantea una denuncia contra el centro de investigación.

Características del inciso 10 del artículo 20 del Código Penal

“Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

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

En la doctrina y en la jurisprudencia se recurre frecuentemente a la figura del consentimiento para exculpar de responsabilidad penal a una persona, por ello vamos a analizar los elementos que debe tener el consentimiento para que tenga este efecto.

1. La exposición de motivos de este numeral refiere que la coincidencia de voluntades, entre el sujeto activo y el pasivo de un delito, no tiene penalmente el valor que ostenta el acuerdo en el ámbito del derecho privado. Sin embargo, teniendo en cuenta que en el Derecho Penal no siempre son públicos los intereses ofendidos, la Comisión Revisora admite, entre otras causas de exención de responsabilidad penal, el consentimiento válido del titular del bien jurídico.
2. La determinación de los efectos del consentimiento, señala José Hurtado Pozo, depende de la concepción que se tenga sobre el Derecho en general y, en particular, sobre el Derecho Penal. De modo que resultan decisivos los criterios de política criminal que se admitan. Asimismo, no se debe dejar de evidenciar que esta causal se sustenta en la idea que el

ser humano es autónomo para decidir o realizar sus actos así como su proyecto de vida. La libertad del titular del derecho, nos hace presuponer que es él quien está en mejor capacidad de conocer qué le es más conveniente. Por lo cual las restricciones no podrían contravenir ni restringir el ejercicio de su libertad en tanto no constituyan una afectación a los derechos de terceros.

3. Resulta evidente que la libertad del titular de los derechos o de los bienes jurídicos individuales condicione el nivel de la protección jurídica, especialmente desde el ámbito penal, más aún si su puesta en peligro responde a un acto consensuado de las partes. En consecuencia, que su consentimiento respecto a la puesta en peligro de un bien jurídico materializa la expresión de su libertad personal, una posición contraria resultaría paternalista y desproporcionada.
4. Para un sector de la doctrina, se debe diferenciar el consentimiento del acuerdo, mientras que para otro es difícil e inconveniente establecer condiciones distintas, teniendo en cuenta la importancia de la aceptación del titular del bien jurídico, asimismo, el respeto de su libertad individual. No basta con presentar como equivalentes el acuerdo y el consentimiento, ni admitir sin mayor análisis la prevalencia del consentimiento sobre el acuerdo. Por ello, la determinación de las condiciones relativas a

- las dos circunstancias a la exclusión de la tipicidad, exige evaluar tanto la naturaleza del bien jurídico atacado como el comportamiento del agente.
5. Entre los requisitos que debe presentar el consentimiento para ser una causa eximente de responsabilidad, están; a) Disponibilidad del bien jurídico; b) capacidad para consentir; c) manifestación de consentimiento; d) momento del consentimiento; e) contenido del consentimiento, y f) consentimiento libre.
 6. En referencia al primer requisito (“disponibilidad del bien jurídico”), se debe señalar que dicha disponibilidad solo concierne a los bienes jurídicos individuales; es decir a los bienes relativos a la misma persona de quien consiente. Por ello, la libertad de disposición está limitada por el carácter personal del bien jurídico en cuestión así como por los límites que establecen los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y los tratados internacionales.
 7. Por su parte, la “capacidad para consentir” hace referencia a que el consentimiento debe estar dado por una persona capaz a efectos de que se produzca la eficacia del mismo. Es decir, el titular del bien jurídico debe poder darse cuenta de los alcances de la acción que tendrá repercusión directa en estos y debe poder ser apreciado debidamente. Mientras que la “manifestación del consentimiento” se refiere a que la voluntad de autorizar la intervención del sujeto activo de la acción debe ser exteriorizada por cualquier medio o mediante actos concluyentes.
 8. El “momento del consentimiento” engloba cuando se puede producir la injerencia en los bienes jurídicos ajenos a efectos de estar protegida por esta causal, y es solo cuando el titular autoriza antes de que el autor intervenga. El titular del bien jurídico puede exteriorizar su cambio de voluntad, según el profesor Hurtado Pozo, hasta antes de concluida la acción perjudicial, por ello no es admisible el consentimiento a posteriori pues lo que se estaría produciendo es un perdón del hecho típico.
 9. Por último, el titular del bien jurídico debe expresar su conformidad respecto a la intervención del tercero sobre la base de una información suficiente y oportuna sobre los alcances de esta. Finalmente, el consentimiento debe ser dado con plena libertad; es decir, no debe haber sido obtenido mediante engaño o coacción. Si estamos ante la existencia de un presunto engaño este debe ser tal que debe viciar la voluntad manifiesta de modo que el sujeto no hubiera otorgado su consentimiento; asimismo, la amenaza o violencia, refieren algunos autores, debe ser de tal magnitud e intensidad que sea propicia doblar la resistencia del titular.

Referente a este último punto, debemos indicar que se adopta una relación de violencia con la fuerza lo que denota que para gran sector de la doctrina, el consentimiento no sería tal si se usa contra el sujeto que lo dio la fuerza física o violencia material, mas no la violencia psicológica ni la amenaza a otros bienes o sujetos con las cuales el titular guarde estrecha relación.

La aplicación de la figura de la norma al caso en concreto

10. Como se ha indicado, una limitación a la aceptación del consentimiento, como excluyente de la tipicidad, son los derechos inherentes a la persona que tienen la característica de ser irrenunciables, así nuestro Código Civil refiere que los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando sean contrarios al orden público o las buenas costumbres, pero son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. Bajo esta premisa la disposición que ha realizado José sobre su cuerpo es válida, por motivos médicos en vista de que su salud está afectada por la presencia del cáncer.
11. Es importante recordar que el derecho a la integridad corporal y a la salud inherente a la persona, es un derecho del que se puede disponer,

aunque de manera limitada. En ese sentido, debemos ver si el consentimiento proporcionado por José tiene un efecto de excluir la tipicidad. Respecto a un tratamiento médico experimental, la doctrina ha afirmado que a pesar de que las intervenciones médicas afectan el cuerpo o la salud del paciente, ello no será penalmente relevante siempre que este tenga por finalidad someterlo a un procedimiento curativo. Al respecto, la jurisprudencia extranjera estima que la intervención médica es típica y que solo el consentimiento del paciente excluye la represión porque así lo justifica el proceso, como es de suponer el consentimiento debe cumplir con todos los requisitos a efectos de ser válido. Asimismo, el consentimiento puede ser revocado a efectos de dar por concluida las consecuencias que generan la afectación.

12. Por lo señalado, en tanto la afectación del bien jurídico se ha producido bajo el amparo de un consentimiento válido, eficaz y anterior a la vulneración, no cabe responsabilidad penal. En ese sentido, José no podría presentar una denuncia contra el centro de investigación, salvo se dé el caso de que no se le permita retirarse del tratamiento, bajo la coacción o amenaza por ejemplo.

Conclusión

1. Para que la causal del “consentimiento” sea válida cuando se va a producir una afectación en

la salud del titular, se requiere:
 1.- Consentimiento libre, producto de una decisión objetiva, al margen de cualquier tipo de presión.
 2.- el consentimiento será eficaz, si es presentado por una persona capaz de discernimiento; y, 3.- el paciente debe saber con exactitud, los alcances y consecuencias de la intervención o tratamiento al que será sometido, basta con habersele omitido una información relevante, para que el consentimiento sea por no dado. Sobre este último punto, es en el proceso que se debe establecer la carga de la prueba para quien ha actuado bajo la figura del consentimiento, ya que está en mejor situación para probar que entregó toda la información de manera oportuna.

21

La lesión al bien jurídico vida no sería imputable al oficial si hecho se justifica en el ejercicio de la actividad propia de su cargo

Consulta:

Fabiana es Teniente del Ejército del Perú y hoy se encuentra detenida en el penal de Santa Mónica. Hace dos meses la destacaron al interior del país, al distrito de Sihuas en el Departamento de Áncash, para la investigación de presuntos levantamientos de los pobladores en contra de las actividades mineras en zonas aledañas. Un día, los pobladores desfilaron

con armas blancas y de fuego ante la municipalidad cuando se desató el fuego armado entre ambos bandos. Del enfrentamiento resultaron varios heridos y 3 muertos, uno de ellos un niño de 5 años que se encontraba en una de las casas de la calle. La madre del menor de edad pide justicia por su muerte y culpa a Fabiana como autora del homicidio de su hijo. La familia de la oficial nos consulta si en el proceso iniciado en su contra podrían condenarla.

Características del inciso 11 del artículo 20 del Código Penal

“Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte”.

La presente consulta nos lleva al análisis académico de la naturaleza y las características del eximente del inciso 11.

1. El inciso contempla una situación de vulneración de bienes jurídicos, vida e integridad física, en el cumplimiento de su deber del personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, por medio del empleo de sus armas y otro medio de defensa. Con ello se exonera de responsabilidad penal a aquel personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional

- del Perú que mate o lesione en el ejercicio de sus funciones.
2. Respecto a la presente eximente, el Tribunal Constitucional advierte que el legislador ordinario ha considerado conveniente y relevante poner énfasis en la actuación de los agentes estatales encargados de proteger la seguridad ciudadana, el orden público y la defensa nacional, así como el respeto de la ley, del Estado Constitucional y Social de Derecho y los derechos ciudadanos, quienes al utilizar las armas que el Estado les otorga para tales fines, pueden lesionar bienes jurídicamente tutelados, tales como la vida, integridad, etc. En virtud de esta norma corresponde evaluar si su actuación, respecto de los hechos que son materia de investigación, está relacionada con el cumplimiento del deber de uso de armas de fuego en forma reglamentaria⁽³⁷⁾.
 3. Cabe especificar que si bien es cierto, esta eximente contiene una justificación similar a la del inciso 8, referente al que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, pues en ambos el legislador manifiesta la necesidad de exonerar de responsabilidad teniendo en consideración que bajo determinadas circunstancias, el orden jurídico obliga a determinadas personas (funcionarios y servidores públicos), a realizar una acción u omisión constitutiva de un tipo penal en mérito a una autorización propia del principio de legalidad; en tal merced, no pueden ser consideradas como antijurídicas⁽³⁸⁾.
 4. La inclusión de esta causal responde a un criterio de política criminal por parte del operador legislativo ante una realidad social en donde existían muchos miembros de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional que se encontraban siendo procesados aun cuando el hecho materia de investigación calzaba dentro de la eximente del inciso 8 del artículo 20 del Código Penal, rompiendo con la seguridad jurídica, bien jurídico de alto interés político en tanto permite el desarrollo de los derechos fundamentales. De nada sirve el derecho a la vida, si las normas que lo reconocen y tutelan no son respetadas.
 5. Para la aplicación de esta eximente es necesaria la verificación de los requisitos que contempla la norma: (i) Que se trate de un miembro de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional

(37) Sentencia N° 00012-2008-PI/TC emitida por el Tribunal Constitucional de fecha 14 de julio de 2010. Ver: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00012-2008-AI.pdf>> (Visto: 19/09/2014).

(38) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. IDEMSA, Lima, 2011, p. 705.

del Perú, limitando el sujeto activo con relación al inciso 8 que es aplicable para cualquier servidor o funcionario público; (ii) que el hecho típico se dé dentro del cumplimiento de sus funciones, pues ello legitimará tal comportamiento en resguardo de la seguridad jurídica y unidad del ordenamiento jurídico; (iii) que el acto lesivo se haya dado mediante el empleo de armas u otro medio de defensa y (iv) que con dicho acto lesivo se haya ocasionado la muerte o afectación a la integridad física.

Aplicación de la norma al caso concreto

Ahora bien, habiendo determinado las características del inciso como eximente de responsabilidad penal, cabe analizar si en el caso consultado por la familia de Fabiana, cabría la aplicación del inciso 11 del artículo 20.

6. El comportamiento de Fabiana, siendo ella una oficial del Ejército del Perú, debió ser acorde con las funciones dadas por el ordenamiento jurídico; así dicha lesión al bien jurídico vida no sería imputable a su persona en tanto se justifica en el ejercicio de la actividad propia de su cargo. Siendo además que la muerte del menor se dio en medio de un enfrentamiento armado entre un grupo de pobladores y personal de las Fuerzas Armadas que buscaban apaciguar dicho levantamiento en el pueblo. El resultado típico se convierte en

antijurídico a los ojos del ordenamiento peruano.

Conclusión

1. La eximente contenida en el inciso 11 contempla una situación de vulneración al bien jurídico vida o integridad física de una persona cuando, dentro del marco de sus funciones, un personal de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional del Perú emplea un arma u otro medio de defensa en su contra. Esto responde a que la actividad propia de estos cargos implica necesariamente la injerencia de derechos fundamentales, en orden de garantizar la seguridad jurídica del Estado de Derecho. Para la aplicación de esta eximente es necesaria la verificación de los requisitos que contempla la norma: (i) que se trate de un personal de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú; (ii) que el hecho típico se dé dentro del cumplimiento de sus funciones; (iii) que el acto lesivo se haya dado mediante el empleo de armas u otro medio de defensa y (iv) que con dicho acto lesivo se haya ocasionado la muerte o afectación de la integridad física.

Consulta:

Mariano es un miembro de las Fuerzas Armadas que se encontraba de vacaciones en la selva peruana, y se entera por los medios de comunicación sobre el conflicto social en Bagua. Sus compañeros fueron enviados a dicha ciudad para reestablecer el orden, tras los cuarenta y cinco de que pobladores del lugar bloquearan la carretera Fernando Belaunde para exigir la derogación de los decretos legislativos que limitaban la propiedad de la tierra de las comunidades campesinas. Mariano considera que debe apoyar a sus compañeros pues son un equipo. Cuando intentaba llegar a la base de operaciones, es interceptado por un grupo de pobladores que llevaban llantas y palos, y se dirigían al lugar de las protestas, contra los cuales Mario abre fuego, pues considera que se encuentra cumpliendo con su deber.

Características del inciso 11 del artículo 20 del Código Penal

“Artículo 20.- Está exento de responsabilidad penal:

11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas u otro medio de defensa, cause lesiones o muerte”.

Este inciso se incorporó vía Decreto Legislativo N° 982, aprobado el 22 de julio de 2007, y es importante evaluar en qué medida esta causal puede constituirse como un supuesto que se aleja de las garantías constitucionalmente reconocidas bajo el argumento de la presunta amenaza al orden público. Asimismo, como esta causal puede constituir un quiebre en los elementos de imputación objetiva al producirse la sustitución de las variables que en su inicio legitimaron la intervención punitiva que pasa de haber estado orientada en el principio de la existencia de estados de lesión a aquellos donde exista una puesta en peligro. Si esta causal no va acompañada de criterios claros de delimitación puede resultar sumamente perjudicial pues podría dar espacio al uso indiscriminado de la fuerza por parte del personal de las FF.AA. o la PNP, para quienes incluso resultaría difícil no caer en aplicación de la figura de la sospecha⁽³⁹⁾ antes que la presunción de inocencia.

1. Debemos partir de rebelar cómo la política criminal se va orientando a dar un mensaje utilitarista, de establecer un mensaje en el cual la “seguridad pública” tiene una primacía aun frente a los derechos fundamentales que sustentan un Estado Social y Democrático de Derecho. Esta situación nos grafica cómo un Estado puede devenir en una realidad de irracionalidad legislativa donde el uso de la

(39) Lo que deriva de la teoría de la política penal del enemigo.

- fuerza puede aparecer como legítimo contraviniendo el principio de última ratio del Derecho Penal.
2. Coincidimos con el profesor Peña Cabrera en que esta causal es un ejemplo de cómo la política criminal ha desbordado el umbral de razonabilidad y de racionalidad, configurándose la maximización de una propuesta punitiva abiertamente incompatible con los postulados de un Estado de Derecho. Así, la inclusión del “cumplimiento de un deber”, como una errática manifestación dogmática de “inimpuntabilidad” que confiere a los efectivos policiales y agentes militares a matar o causar lesiones a las personas configuran el abandono definitivo de las garantías materiales que el Derecho Penal debe observar.
 3. Garantizar un Estado de Derecho, a través del uso de la fuerza pública, está condicionada que esta sea proporcional a las circunstancias y que se ejecute en respeto a los derechos fundamentales de las personas, en ese panorama la “prohibición de exceso” y el principio de “proporcionalidad” se instituyen como piezas indispensables para garantizar un uso legítimo de la fuerza.
 4. Una observación adicional a tomar en consideración es referente al ámbito de acción de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. La primera se encuentra encargada de garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial del país y solo podrá asumir el control interno en estados de excepción, mientras que la PNP es la encargada de garantizar, mantener y restablecer el orden interno; de acuerdo a ello, tiene la potestad de actuar en las funciones de prevención y represión en hechos delincuenciales; así el uso de la fuerza se orienta a resguardar el orden público y si hay detenidos estos deben ser puestos a disposición del Ministerio Público y Poder Judicial.
 5. Por su parte, el término “cumplimiento de su deber” nos deja la imagen de una situación amplia, cuyo contenido puede ser muy variado que a la larga puede constituir la convalidación de actos injustos y no menos arbitrarios. Lo que sí se puede afirmar de manera inequívoca es que esta exoneración únicamente operará en el ejercicio efectivo de la actuación policial o militar. En tal sentido, la admisión de la exoneración de responsabilidad por “el cumplimiento de un deber” requiere la valoración de las circunstancias de cómo se cometió el hecho típico (lesiones y homicidio), y solo si concurren todos los presupuestos de legitimación es que la conducta puede ser sustraída del ámbito de punición.
 6. Sobre esta causal, el Tribunal Constitucional⁽⁴⁰⁾ señala que es un

(40) Sentencia emitida en el Exp. N° 00012-2008-PI/TC, disponible en: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00012-2008-A1.html>>.

error de **técnica legislativa**, por lo que este inciso está ya contenido en el inciso 8, respuesta que –indica Peña Cabrera– es insuficiente. En primer lugar, al contemplar una duplicidad no genera un afianzamiento de la exoneración de responsabilidad penal, sino más bien la inseguridad del juzgador, quien debe dirimir cuál de las causales aplicará, las cuales se configuran a partir de presupuestos distintos pero conllevan una idéntica consecuencia jurídica. Toda vez que el inciso 8 es una causa de justificación que revela un precepto permisivo que enerva la antijuricidad de la conducta, mientras que el inciso 11 es una causal de inimputabilidad por el cual se incide sobre las características personales del sujeto infractor⁽⁴¹⁾.

7. Para finalizar, debemos indicar que no existe autorización o licencia para lesionar a un individuo, menos aún causar su muerte. Situación excepcional se presenta cuando el miembro de la policía o la fuerzas armadas está en un contexto en que se producirá su agresión ilegítima por parte de

un ciudadano o ciudadanos, en ese panorama dichos miembros de la PNP o las FF.AA. sí contarán con la posibilidad o el derecho de repeler dicho ataque, el cual se fundamenta en el principio de autoprotección (legítima defensa⁽⁴²⁾).

La aplicación de la figura de la norma al caso en concreto

8. Las movilizaciones sociales muchas veces son expresión de la disconformidad de un grupo de la población, que exige del Estado la puesta en marcha del diálogo y el consenso a efectos de llegar a un acuerdo consensuado por las partes que tengan por finalidad restablecer el orden democrático. Ello no quiere decir que frente al abuso del derecho no se deba hacer uso de los mecanismos legales que prevé la ley, respetando –claro está– los derechos fundamentales.
9. Como ya se ha hecho referencia, la validez de la aplicación de esta causal va a estar condicionada al cumplimiento de los requisitos identificados como, por ejemplo, que el sujeto sea miembro de las

(41) De manera que si el juzgador considerase que debe aplicar el inciso 11, tendría que valorar la personalidad del agente, mientras que si optará por el inciso 8) debería valorar las circunstancias en que se dieron los hechos que desencadenaron la muerte o lesión de la persona. Por responder a instituciones jurídico penales distintas.

(42) En este punto debemos señalar que coincidimos con el Tribunal Constitucional cuando dice que no toda lesión a los bienes jurídicos fundamentales, que sea perpetrado por un agente policial o militar, quedará cubierta por la causal de exoneración de responsabilidad penal en el caso del inciso 8), para tal efecto debe valorarse la concurrencia de algunos elementos: 1.- Necesidad racional de la violencia, 2.- Uso proporcional de acuerdo a las circunstancias concretas del caso, el ejercicio de aquella violencia suficiente para neutralizar la conducta agresiva; y, 3.- Uso racional de la fuerza e idónea para restablecer el orden jurídico perturbado.

FF.AA. o PNP, toda vez que el inciso 11 es una causal de inimputabilidad por el cual se incide sobre las características personales del sujeto infractor. Asimismo, que su actuación se encuentre enmarcada en el ejercicio efectivo de deber. Así, de la valoración de las circunstancias de cómo se cometió el hecho típico (lesiones y homicidio), y, solo si concurren todos los presupuestos de legitimación es que la conducta puede ser sustraída del ámbito de punición.

10. Por lo ya mencionado, si bien Mariano es un miembro de las Fuerzas Armadas, su actuación no se encuentre enmarcada en el ejercicio efectivo de deber, pues como se indica en el momento de los hechos él se encontraba de vacaciones, es decir de licencia. Con esos elementos analizados podemos afirmar que Mario no se encontraría protegido bajo el inciso 11 del artículo 20.
11. En todo caso, Mariano podría alegar haber actuado bajo la figura excepcional de legítima defensa, que se presenta cuando el miembro de la policía o las Fuerzas Armadas está en un contexto en que se producirá su agresión ilegítima por parte de un ciudadano o ciudadanos, situación que lo habilita a ejercer su derecho

de repeler dicho ataque. Para apelar a esta causal deben concurrir los siguientes elementos: 1.- necesidad racional de la violencia; 2.- uso proporcional de acuerdo a las circunstancias concretas del caso, el ejercicio de aquella violencia suficiente para neutralizar la conducta agresiva; y, 3.- uso racional de la fuerza idónea para restablecer el orden jurídico perturbado.

Conclusiones

1. Cuando el agente policial o militar, en ejercicio de sus funciones, hace uso de su arma de reglamento, causando la lesión o muerte de un individuo, en salvaguarda de un bien jurídico preponderante, importa la concurrencia de una causa de inimputabilidad, pues este supuesto requiere de la evaluación de la valoración en el marco de la culpabilidad según lo señalado por parte de la doctrina.
2. Reiteramos que esta causal no debe ser leída como un derecho a matar o lesionar por parte de los custodios del orden, sino debe ser evaluada como una causal eximente de responsabilidad penal solo en tanto se lleve a cabo dentro de los límites establecidos para no constituir un abuso del poder por parte del Estado.

PARTE III
JURISPRUDENCIA

01 Es constitucional el nuevo eximente de responsabilidad penal a favor del personal de las Fuerzas Armadas y Policiales, que en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte

El legislador ordinario ha considerado conveniente y relevante poner énfasis en la actuación de los agentes estatales encargados de proteger la seguridad ciudadana, el orden público y la defensa nacional, así como el respeto de la ley, del Estado Constitucional y Social de Derecho y los derechos ciudadanos, quienes al utilizar las armas que el Estado les otorga para tales fines, pueden lesionar bienes jurídicamente tutelados, tales como la vida, integridad, etc. En virtud de esta norma corresponde evaluar si su actuación, respecto de los hechos que son materia de investigación, está relacionada con el cumplimiento del deber y el uso de armas de fuego en forma reglamentaria.

EXP. N° 00012-2008-PI/TC-LIMA

Cinco mil trescientos noventa y tres ciudadanos

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 14 días del mes de julio de 2010, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Presidente; Beaumont Callirgos, Vergara Gotelli; Calle Hayen; Eto Cruz y Álvarez Miranda, expide la siguiente sentencia con el fundamento de voto del magistrado Eto Cruz y el voto singular de los magistrados Landa Arroyo y Beaumont Callirgos, que se agregan.

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Juan Miguel Jugo Viera y más de cinco mil ciudadanos contra algunos extremos de las siguientes disposiciones: artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo N° 982, artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 983, Decreto Legislativo N° 988 y artículo 1 del Decreto Legislativo N° 989.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso	: Proceso de inconstitucionalidad.
Demandante	: Juan Miguel Jugo Viera y más de cinco mil ciudadanos.
Disposiciones sometidas a control	: Decretos Legislativos N°s 982, 983, 988 y 989.
Disposiciones constitucionales	: Artículos 2 incisos 1, 4 y 24, 28, 104, 139, inciso 3, 159 y 200.

Petitorio : Se declare la inconstitucionalidad de determinados extremos de las siguientes disposiciones: artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo N° 982, artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 983, Decreto Legislativo N° 988 y artículo 1 del Decreto Legislativo N° 989.

III. DISPOSICIONES LEGALES CUESTIONADAS

Decreto Legislativo N° 982

Artículo 1

Se cuestiona el extremo que modifica el artículo 20 del Código Penal, introduciendo el inciso 11 en el referido artículo:

“Artículo 1.- Modifícase los artículos 2, 20, 29, 46-A, 57, 102 y 105 del Libro Primero (Parte General) del Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 635, en los términos siguientes:

(...)

Artículo 20.- Inimputabilidad

Está exento de responsabilidad penal:

(...)

11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte”:

Se cuestiona también el extremo en el que se modifica el artículo 57 del Código Penal, introduciendo una nueva causal por la que no procede la suspensión de la ejecución de la pena:

“Artículo 1.- Modifícase los artículos 2, 20, 29, 46-A, 57, 102 y 105 del Libro Primero (Parte General) del Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 635, en los términos siguientes:

(...)

“Artículo 57.- Requisitos

El Juez podrá suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

(...)

La suspensión de la pena no procederá si el agente es reincidente o habitual”.

Artículo 2

Se cuestiona el extremo que modifica el artículo 200 del Código Penal, concretamente lo referido a la participación en huelgas por parte de funcionarios públicos con poder de decisión:

“Artículo 2.- Modificase los artículos 148-A, 152, 200, 296, 296-A, 297, 298, 299, 316, 317, 367, 404, 405 e incorpórase los artículos 195, 409-A, 409-B y 417-A del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 635, en los siguientes términos:

(...)

Artículo 200.- Extorsión

(...)

El funcionario público con poder de decisión o el que desempeña cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú, participe en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con inhabilitación conforme a los incisos 1) y 2) del artículo 36 del Código Penal”.

Decreto Legislativo N° 983

Artículo 1

Se cuestiona el extremo que modifica el artículo 244 inciso 2 del Código de Procedimientos Penales:

“Artículo 1.- Modificase el artículo 16 y la denominación del Título II del Libro II y los artículos 94, 97, 102, 188, 238, 244, 248, 251, 260, 261, 263 y 267 del Código de Procedimientos Penales, aprobado por Ley N° 9024, en los términos siguientes:

(...)

Artículo 244.- Examen del acusado

(...)

2. El acusado es examinado por el Fiscal, por los abogados de la parte civil, del tercero civil, por su abogado y por el Director de Debates, en ese orden. Los demás miembros de la Sala, solo podrán examinar al acusado si existiera la necesidad de una aclaración. En todos estos casos, el interrogatorio será directo.

(...)”.

Se cuestiona, además, el extremo del artículo 1 del Decreto Legislativo N° 983 que modifica el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales, permitiendo valorar en los procesos penales, la sentencia firme en la que se tenga por acreditada la existencia o naturaleza de una organización delictiva o asociación ilícita para delinquir:

“Artículo 1.- Modificase el artículo 16 y la denominación del Título II del Libro II y los artículos 94, 97, 102, 188, 238, 244, 248, 251, 260, 261, 263 y 267 del Código de Procedimientos Penales, aprobado por Ley N° 9024, en los términos siguientes:

(...)

Artículo 261.-

En los delitos perpetrados por miembros de una organización criminal o asociación ilícita para delinquir, la Sala a pedido de las partes o de oficio podrá realizar las actuaciones probatorias siguientes:

(...)

La sentencia firme que tenga por acreditada la existencia o naturaleza de una organización delictiva o asociación ilícita para delinquir determinada, o que demuestre una modalidad o patrón de actuación en la comisión de hechos delictivos o los resultados o daños derivados de los mismos, constituirá prueba con respecto de la existencia o forma de actuación de esta organización o asociación en cualquier otro proceso penal, la misma que deberá ser valorada conforme al artículo 283”.

Artículo 2

Se cuestiona el extremo que modifica el artículo 137 del Código Procesal Penal, introduciendo una nueva causal para la procedencia de la prolongación del plazo de detención:

“Artículo 2.- Modifícase el artículo 137 del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 638, en los términos siguientes:

Artículo 137.-

(...)

Cuando el delito se ha cometido a través de una organización criminal y el imputado pudiera sustraerse a la acción de justicia o perturbar la actividad probatoria, la detención podrá prolongarse hasta por un plazo igual. La prolongación de la detención se acordará mediante auto debidamente motivado, de oficio por el Juez o a solicitud del Fiscal y con conocimiento del inculcado. Contra este auto procede el recurso de apelación, que resolverá la Sala, previo dictamen del Fiscal Superior dentro del plazo de setenta y dos horas.

(...)”.

Artículo 3

Se cuestiona el extremo que modifica el artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal, modificando el concepto de flagrancia:

Artículo 3.- Modifícase los artículos 24, 259, 318, 319, 382 y adiciónese el inciso “c” al numeral 1) y el numeral 10) al artículo 523 del Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 957, en los términos siguientes:

“Artículo 259.-

1. La Policía detendrá, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo, o cuando:

- a) Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de este y, es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible.
- b) Es encontrado dentro de las 24 horas, después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.

(...)”.

Decreto Legislativo N° 988

Se cuestiona el artículo único del referido Decreto Legislativo en la parte que modifica el artículo 2 de la Ley N°27379, introduciendo la posibilidad de llevar a cabo la incomunicación del detenido:

“Artículo Único.- Modificase el inciso 3) e incorpórase los incisos 4) y 5) al artículo 1; incorpórase los incisos 2-a) y 3) y modificase los incisos 4), 7) y 8) del artículo 2; y, modificase los artículos 3 y 4 de la Ley N° 27379, que regula el Procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones fiscales preliminares, en los términos siguientes:

(...)

Artículo 2.- Medidas limitativas de derechos

El Fiscal Provincial, en casos de estricta necesidad y urgencia, podrá solicitar al Juez Penal las siguientes medidas limitativas de derechos:

(...)

“2.a. Incomunicación. Esta medida se acordará siempre que resulte indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados. Puede acumularse a la medida de detención preliminar, con una duración no mayor de diez (10) días, siempre que no exceda el plazo de duración de esta última. Esta medida no impide la conferencia en privado del detenido con su abogado defensor, la que no requiere autorización previa ni podrá ser prohibida”.

Decreto Legislativo N° 989

Artículo 1

Se cuestiona en el extremo que modifica el artículo 1 de la Ley N° 27934, incrementando las facultades de la Policía Nacional del Perú en la investigación preliminar:

“Artículo 1.- Modificase los artículos 1 , 2 y 4 e incorpórase los artículos 2-A, 2-B, 2-C, 2-D, 2-E, 2-F, 2-G y 2-H de la Ley N° 27934, Ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, en los términos siguientes:

(...)

Artículo 1.- Actuación de la Policía en la investigación preliminar

La Policía Nacional, en su función de investigación, al tomar conocimiento de hechos de naturaleza delictiva deberá de inmediato llevar a cabo las diligencias imprescindibles para impedir que desaparezcan sus evidencias y, en caso de flagrante delito, proceder a la captura de los presuntos autores y partícipes, dando cuenta sin mayor dilación que el término de la distancia, en su caso, al Fiscal Provincial, para que asuma la conducción de la investigación.

(...)

Cuando el Fiscal se encuentre impedido de asumir de manera inmediata la conducción de la investigación debido a circunstancias de carácter geográfico o de cualquier otra naturaleza, la Policía procederá con arreglo a lo dispuesto en el párrafo precedente, dejando constancia de dicha situación y deberá realizar según resulten procedentes las siguientes acciones:

(...)

13. Recibir la manifestación de los presuntos autores y partícipes de la comisión de los hechos investigados.
14. Solicitar y recibir de inmediato y sin costo alguno de las entidades de la Administración Pública correspondientes, la información y/o documentación que estime necesaria vinculada a los hechos materia de investigación, para lo cual suscribirá los Convenios que resulten necesarios, con las entidades que así lo requieran.
15. Realizar las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados.

(...) El Fiscal durante la Investigación puede disponer lo conveniente en relación al ejercicio de las atribuciones reconocidas a la Policía.

Las partes y sus abogados podrán intervenir en todas las diligencias practicadas y tomar conocimiento de éstas, pudiendo en cualquier momento obtener copia simple de las actuaciones, guardando reserva de las mismas, bajo responsabilidad disciplinaria. En caso de inobservancia del deber de reserva, el Fiscal deberá comunicar al Colegio de Abogados correspondiente para que proceda con arreglo a sus atribuciones.

El Fiscal dispondrá, de ser el caso, el secreto de las actuaciones en la investigación por un plazo prudencial que necesariamente cesará antes de la culminación de las mismas, poniendo en conocimiento de tal decisión a las partes”.

Se cuestiona también el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 989 en el extremo que modifica el artículo 4 de la Ley N° 27934, modificando la definición de flagrancia:

“Artículo 1.- Modifícase los artículos 1 , 2 y 4 e incorpórase los artículos 2-A, 2-B, 2-C, 2-D, 2-E, 2-F, 2-G y 2-H de la Ley N° 27934, Ley que regula la

intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, en los términos siguientes:

(...)

Artículo 4.- Detención en flagrancia

A los efectos de la presente Ley, se considera que existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible o acaba de cometerlo o cuando:

- a) Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de este y, es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.
- b) Es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas, después de la perpetración del hecho punible con efectos o instrumentos procedentes de aquel, o que hubieran sido empleados para cometerlo, o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en ese hecho delictuoso”.

IV. ANTECEDENTES

1. Argumentos del demandante

Don Juan Miguel Jugo Viera y más de cinco mil ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra diversas disposiciones de los Decretos Legislativos N°s 982, 983, 988 y 989.

Cuestionan las disposiciones impugnadas alegando, en primer lugar, que exceden la materia delegada en virtud de la Ley N° 29009, puesto que habiéndose autorizado únicamente a regular en materia de delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado y pandillaje, el Poder Ejecutivo no se encontraba autorizado a regular sobre materias referidas de forma genérica a todos los delitos y tipos penales. Cuestionan el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 982 en cuanto modifica el artículo 20,11 del Código Penal, que regula la exención de responsabilidad penal para quien actúe en cumplimiento de un deber. Cuestionan también el mismo artículo 1 del Decreto Legislativo N° 982, en cuanto modifica el artículo 57 del Código Penal referido a la suspensión de la pena. Finalmente cuestionan el artículo 1 del Decreto legislativo N° 983 en el extremo que modifica el artículo 244 del Código de Procedimientos Penales, estableciendo nuevas reglas para el interrogatorio del acusado. En el mismo sentido, alegando exceso en la materia delegada, cuestionan el artículo 3 del Decreto legislativo N° 983 en el extremo que modifica el artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal, modificando el concepto de flagrancia.

Asimismo, aducen que el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982 es inconstitucional en el extremo que modifica el artículo 200 del Código Penal, que tipifica el delito de extorsión. Refieren que no se autoriza a reprimir derechos laborales como la huelga, y que no existe ningún elemento jurídico para considerar que la participación en huelga

de funcionarios públicos con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza y de dirección constituya criminalidad organizada.

De otro lado, las disposiciones legales son también impugnadas por el fondo. Así, señalan que el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 982 es inconstitucional en el extremo que modifica el artículo 20 inciso 11 del Código Penal, por cuanto consideran que la introducción de un supuesto de inimputabilidad para los integrantes de las Fuerzas Armadas y policiales que “en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte” implica una seria violación de los derechos a la vida e integridad personal. Asimismo, consideran que se vulnera su derecho al recurso efectivo contra actos que violen derechos fundamentales, por cuanto dicha norma podría generar impunidad en los miembros de la Policía Nacional y Fuerzas Armadas que incurran en actos delictivos, lo que resulta totalmente contrario a la obligación del Estado peruano de respetar y proteger la vida e integridad física de los ciudadanos y permitiría que los policías o militares lesionen o maten ciudadanos sin siquiera ser procesados.

Cuestionan también la modificatoria del artículo 200 del Código Penal (delito de extorsión) pues consideran que se vulnera el derecho a la huelga, reconocido en el artículo 28 de la Constitución Política, así como la libertad de pensamiento y de expresión, reconocidas en el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución. Alegan asimismo que se vulnera el principio de lesividad. A tal efecto, refieren que mientras el delito de extorsión se materializa a través de una conducta dolosa que requiere de ánimo de lucro a través del uso de la violencia o intimidación, que de otro modo no se obtendría, sin embargo la modificatoria en cuestión distorsiona totalmente el sentido de esta figura delictiva, al comprender acciones que no buscan obtener ventajas económicas indebidas, olvidando que la extorsión es un delito contra el patrimonio. Señalan además que la agravante incorporada en el delito de extorsión tiene una pena de 25 años, la que resulta sumamente elevada si es comparada, por ejemplo, con el delito de homicidio, cuya pena es hasta de 15 años, por lo que consideran que se trata de sanciones desproporcionadas.

Alegan también que el mismo artículo 1 del Decreto Legislativo N° 982 resulta también inconstitucional en cuanto modifica el artículo 57 del Código Penal, estableciendo que la suspensión de la pena no procedería si el agente es reincidente o habitual. Al respecto consideran que vulnera la garantía de la cosa juzgada, por cuanto el acusado terminará siendo juzgado dos veces por una misma infracción.

Cuestionan también el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 983 en el extremo que modifica el artículo 244 del Código de Procedimientos Penales, que regula el procedimiento a seguir en el examen del acusado en el juicio oral. Consideran que se viola el derecho de defensa por cuanto de acuerdo a la disposición legal cuestionada, el último en interrogar es el magistrado, por lo que es posible que este le impida a la defensa poder aclarar algunos puntos fundamentales. Señalan que hasta antes de la entrada en vigencia de dicha norma el último en interrogar era el abogado del acusado.

De otro lado alegan la inconstitucionalidad del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 983 (que modifica el artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal) y del artículo 1 del Decreto Legislativo N° 989 (que modifica el artículo 4 de la Ley N° 27934, Ley que regula la intervención de la Policía Nacional y del Ministerio Público en la

investigación preliminar). Consideran que ambas disposiciones, que extienden la flagrancia hasta 24 horas después de ocurrido el hecho, desvirtúan la naturaleza inmediata de esta institución y vulneran gravemente el derecho a la libertad y seguridad personales. A tal efecto, refieren que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como la doctrina, han reconocido que para que se configure flagrancia se requiere de inmediatez temporal y personal.

También cuestionan el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 983, que incorpora al tercer párrafo del artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991 un nuevo supuesto para prolongar la prisión preventiva. Consideran que dicha modificatoria posibilita la prolongación de la detención judicial por más de 36 meses. Señalan además que la posibilidad de ampliar el plazo de la detención no se condice con uno de los fines de la autorización normativa, que era el redefinir los procesos con diligencias pertinentes y plazos perentorios que permitan decisiones judiciales oportunas, por cuanto con esta modificatoria más bien se permitirá una prolongación excesiva del proceso penal, lo que resulta vulneratorio del derecho al plazo razonable de la detención.

Asimismo cuestionan el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 983 que modifica el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales, permitiendo valorar en los procesos penales aquellas sentencias firmes en las que se tenga por acreditada la existencia de una organización delictiva o asociación ilícita para delinquir. Consideran que ello vulnera el principio de cosa juzgada, toda vez que el sujeto sería víctima de una doble persecución penal.

Cuestionan también el artículo único del Decreto Legislativo N° 988 que modifica el artículo 2 de la Ley N° 27379, Ley que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, el cual introduce la posibilidad de decretar la incomunicación del investigado. Aducen que resulta inconstitucional en tanto no se precisa en qué casos se considera como indispensable la adopción de esta medida, ni se especifica la necesidad de motivar adecuadamente la resolución que se adopte.

También impugnan el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 989 que modifica los artículos 1 y 2 de la Ley N° 27934, Ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar, que establece nuevas atribuciones de la Policía en la investigación preliminar. Consideran que dicha modificatoria disminuye las atribuciones otorgadas al Ministerio Público con relación a la investigación del delito y establece mayores atribuciones a la Policía en esta etapa, lo que vulnera las atribuciones del Ministerio Público reconocidas en los incisos 2 y 4 del artículo 159 de la Constitución. Alegan que las facultades que la cuestionada modificación legislativa otorga a la Policía, (consistentes en la posibilidad de recibir manifestaciones de los presuntos agresores, solicitar información a entidades públicas y realizar las demás diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos) implican un desconocimiento del rol del Ministerio Público como director de la investigación.

2. Contestación de la demanda

La Procuradora del Ministerio de Justicia contesta la demanda señalando que los Decretos Legislativos cuestionados sí respetan los términos de la delegación de

facultades legislativas prevista en la Ley N° 29009, toda vez que el literal “a” del artículo 2 de la referida ley autoritativa señala que se encuentra dentro del marco de la delegación legislativa, “establecer una estrategia integral dirigida a combatir con mayor eficacia el crimen organizado en general, y en especial los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión y trata de personas, así como pandillaje pernicioso”. Afirma pues que la estrategia integral a la que alude la norma en mención supone efectuar las modificaciones necesarias en la parte general del Código Penal que permitan cumplir con tal objetivo. Agrega que el fenómeno de la criminalidad organizada puede enfrentarse de mejor manera si se cuenta con una regulación legal sistematizada y coherente, que atienda a una visión global del Derecho Penal y penitenciario y normas conexas, así como a un fortalecimiento del Estado.

Así, respecto de las cuestionadas modificaciones del Código de Procedimientos Penales y Código Procesal Penal por exceder la materia delegada, señala que resultaba necesario introducir algunas modificaciones que sirvan para mejorar el particular diseño del proceso judicial, el cual es aplicado a los procesos por los delitos que son materia de delegación de facultades. Agrega que la norma no es inconstitucional por cuanto está dirigida a lograr a una administración de justicia más rápida, que en forma oportuna permita la solución de dichos procesos, dotando al Poder Judicial de elementos necesarios para administrar justicia.

Asimismo señala que la modificatoria del artículo 20 inciso 11 del Código Penal no implica una vulneración del derecho a la vida ni a la integridad personal, como se señala en la demanda, toda vez que lo que se pretende es garantizar el accionar de las fuerzas del orden en su lucha contra la delincuencia, y en especial contra la criminalidad organizada. Señala además que se encuentra vigente la Ley N° 29166 que regula el empleo de la fuerza por parte de las fuerzas armadas, así como el artículo 103 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú que regula el empleo del arma de fuego por parte de los efectivos policiales, por lo que considera que la actuación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están limitadas.

Sobre el cuestionamiento a la modificatoria del artículo 57 del Código Penal por considerarse que se vulnera la cosa juzgada, alega que el Tribunal Constitucional ya ha determinado que la previsión de la institución de la reincidencia es constitucionalmente válida, y que no implica una doble sanción.

Señala también que la modificatoria del artículo 20 del Código Penal no vulnera el derecho a la huelga, las libertades de pensamiento y de expresión ni el derecho de reunión, por cuanto por la especial característica del cargo que tiene un funcionario con poder de decisión, confianza y de dirección, esta le crea una ventaja frente al empleador público, pues dicho funcionario tiene acceso a información secreta de la institución, o su intervención es imprescindible para el normal funcionamiento de la entidad estatal, por lo que puede amenazar al empleador con divulgar dicha información a otros en su perjuicio, a cambio de una ventaja económica indebida.

Respecto de la cuestionada modificatoria del artículo 244 del Código de Procedimientos Penales por vulneración del derecho de defensa, aduce que a quien debe contradecir el acusado es al Fiscal y a la parte civil, y no al juez, quien no es parte, por lo que

no puede vulnerar el derecho de defensa que quien interroge en último lugar sea el titular del órgano jurisdiccional.

Respecto de los cuestionamientos a la modificatoria del artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991 que establece un nuevo supuesto para disponer la prolongación de la detención, refiere que el Tribunal Constitucional ha señalado en el Expediente N° 1175-2006-PHC/TC que la prolongación del plazo de la detención no vulnera el derecho al plazo razonable de la detención cuando se imputa la comisión de hechos a través de una organización criminal internacional con ramificaciones internacionales, estructura en compartimientos estancos, división de funciones y con poder para encubrir el accionar, que tornan en este caso dificultosa la actividad del Estado para el debido esclarecimiento de los hechos.

Respecto de los cuestionamientos a la ampliación de los alcances de la definición de delito flagrante, considera que se necesitan los mecanismos legales que garanticen el accionar efectivo y oportuno de las fuerzas del orden, las mismas que de acuerdo a lo informado presentan múltiples problemas operativos para proceder a la detención en flagrancia.

En cuanto a las alegaciones en el sentido de que sería inconstitucional la modificatoria del artículo 2 de la Ley N° 27379, Ley que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones fiscales preliminares, incorporando la posibilidad de decretar la incomunicación del detenido, sostiene que la cuestionada modificatoria señala expresamente que la referida medida se aplicará solo en los casos en que sea indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados y que la medida no incomunica totalmente al inculpado por cuanto no existe impedimento alguno para que se entreviste con su abogado defensor ni se le impedirá acceder a libros diarios, revistas y escuchar las noticias.

Finalmente, con respecto a los cuestionamientos a la modificatoria del artículo 1 de la Ley N° 27934, Ley que regula la Intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito, que dota a la Policía Nacional de Perú de facultades adicionales en el marco de la investigación preliminar, afirma que las referidas facultades adicionales guardan conformidad con lo previsto en el artículo 166 de la Constitución respecto de la Policía Nacional de Perú.

V. FUNDAMENTOS

1. **Sustracción parcial de la materia respecto del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 983 (que modificaba al artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal); del artículo 1 del Decreto Legislativo N° 989 (que modificaba el artículo 4 de la Ley N° 27934) y del artículo 1 del Decreto Legislativo N° 982 (que modificaba el artículo 57 del Código Penal)**

1. En relación al artículo 3 del Decreto Legislativo N° 983 que modifica el artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal, que regulaba la flagrancia, se ha producido la sustracción de la materia porque la Ley N° 29372 ha definido la flagrancia en términos, ahora sí, acordes con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias N° 1958-2008-PHC; N° 5423-2008-PHC

y N° 1871-2009-PHC), y no como se proponía en la legislación modificada, extendiendo dicha situación a las 24 horas posteriores a la comisión del delito.

2. En ese sentido la Ley N° 29372 ha modificado el artículo 259 del Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957), con lo que el inciso 2 de dicho dispositivo vigente a la fecha queda de la siguiente manera:

“Existe flagrancia cuando la realización de un hecho punible es actual y en esa circunstancia el autor es descubierto o cuando es perseguido y capturado inmediatamente después de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas de que revelan que acaba de ejecutarlo”.

3. En cuanto al artículo 1 del Decreto Legislativo N° 989, que modificaba el artículo 4 de la Ley N° 27934 (definiendo el concepto de flagrancia), igualmente se ha producido la sustracción de la materia, por las razones precedentemente expuestas, sobre todo si se tiene que el artículo 2 de la Ley N° 29372 establece que el artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal (definición de flagrancia) entrará en vigencia desde el 1 de julio de 2009.
4. También ha operado la sustracción de la materia respecto del artículo 1 del Decreto Legislativo N° 982, el cual a su vez modificaba el artículo 57 del Código Penal, al introducir una nueva causal de suspensión de ejecución de la pena (reincidencia y habitualidad), toda vez que dicho dispositivo posteriormente fue modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29407, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 18 de setiembre de 2009. No obstante ello con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra la Ley N° 28726, Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46, 48, 55, 440 y 444 del Código Penal, y el artículo 135 del Código Procesal Penal, en el Exp. N° 0014-2006-PI/TC, este Colegiado tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la reincidencia, sentencia que tiene la calidad de cosa juzgada.

2. Análisis de constitucionalidad por la forma (exceso en la materia delegada en la ley autoritativa)

5. Sobre el particular, cabe tener presente que la ley de delegación de facultades es la Ley N° 29009, por la que se otorgó facultades al Poder Ejecutivo para que legisle “en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, crimen organizado, trata de personas y pandillaje pernicioso” “con el objeto de adoptar e implementar una estrategia integral para combatir eficazmente los citados delitos” (artículo 1).
6. En el marco de dicha delegación, y en lo que respecta a las normas impugnadas en la demanda de autos, el Poder Ejecutivo estaba facultado para “establecer una estrategia integral dirigida a combatir con mayor eficacia el crimen organizado en general” y en especial, los delitos precitados; “definir con precisión la configuración de la flagrancia en la comisión de los delitos”; modificar las normas penales para “tipificar nuevas conductas delictivas,

perfeccionar los tipos penales vigentes y modificar o establecer nuevas penas”; modificar la legislación procesal “para rediseñar los procesos con diligencias pertinentes y plazos perentorios que permitan decisiones judiciales oportunas” y “mejorar los procedimientos para lograr una efectiva investigación preliminar” (artículo 2). Todo ello dentro del marco de los delitos antes acotados.

7. Sin embargo lo expuesto puede llevar a dos tipos de interpretaciones; por un lado, la que propone que la legislación delegada debía circunscribirse a la lucha en contra de los delitos mencionados expresamente en la norma –tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, crimen organizado, trata de personas y pandillaje pernicioso–, y por otro lado, la que sugiere que el ámbito de acción del Poder Ejecutivo es más amplio, dado que se le delegaron facultades para legislar no solo sobre dichos ilícitos sino también para “establecer una estrategia integral” en relación a ellos (artículo 2.a de la Ley N° 29009), y con ello “modificar el Código Penal” a fin de tipificar nuevas conductas o perfeccionar los tipos penales vigentes, así como para modificar o establecer nuevas penas (artículo 2.c de la Ley N° 29009), o también para “modificar normas conexas” a los delitos precitados (artículo 2.f de la Ley N° 29009).
 8. En principio para el Tribunal Constitucional, aunque se ha alegado que el Poder Ejecutivo ha actuado con exceso al modificar la parte general del Código Penal, tal situación per se no es inconstitucional. En el presente caso el legislador derivado ha legislado bajo criterios de política criminal, por lo que correspondía al Parlamento, en caso de considerar que la legislación otorgada desbordaba el marco de las facultades delegadas, proceder de acuerdo con lo previsto por el artículo 90 del Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso; es por ello que, al no existir recomendación para la derogación de la legislación que excede las facultades dadas e incluso, al no haberse derogado ella conforme al procedimiento establecido, significa que la legislación delegada ha sido convalidada por el Congreso de la República.
 9. Esta convalidación opera cuando la norma no puede ser objetada en cuanto al fondo, sobre todo porque no puede pretenderse que discusiones sustentadas en la conveniencia de ciertas medidas políticas se trasladen al seno del Tribunal Constitucional, cuando el análisis que le corresponde a este último es de naturaleza constitucional.
 10. En consecuencia se desestima que las normas impugnadas adolezcan de vicios formales que la afecten en su constitucionalidad, debiendo procederse a revisar si tienen vicios materiales que afecten su vigencia.
- 3. Análisis de las normas que han sido cuestionadas por el fondo**
- 3.1. Nueva causal de inimputabilidad prevista en el artículo 20.11 del Código Penal**
11. El inciso adicionado por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 982 establece que:

- “11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte”.
12. Formalmente cabe señalar que existe un error de técnica legislativa, dado que podría considerarse dicho inciso como subsumido dentro del inciso 8) de la misma norma; sin embargo este problema de técnica o de redundancia introducida por el legislador no puede acarrear la inconstitucionalidad de dicha norma.
 13. Esto es consecuencia del hecho de que solamente puede ser sancionado aquel comportamiento calificado como reprochable al sujeto que lo realiza.
 14. Sin embargo el Estado puede también determinar en qué casos su acción punitiva puede ser limitada; es por ello que en el artículo 20 del Código Penal se han precisado los casos en los que los autores de un hecho, en principio ilícito, están exentos de responsabilidad, esto es, que su conducta se considera irreprochable.
 15. De modo que lo dispuesto en el inciso 11) del artículo 20 del Código Penal, añadido por el dispositivo impugnado, no es inconstitucional, tanto más cuando como ha quedado señalado, es una reiteración y hace una precisión al contenido del inciso 8) de la misma norma.
 16. En todo caso se advierte que el legislador ordinario ha considerado conveniente y relevante poner énfasis en la actuación de los agentes estatales encargados de proteger la seguridad ciudadana, el orden público y la defensa nacional, así como el respeto de la ley, del Estado Constitucional y Social de Derecho y los derechos ciudadanos, quienes al utilizar las armas que el Estado les otorga para tales fines, pueden lesionar bienes jurídicamente tutelados, tales como la vida, integridad, etc. En virtud de esta norma corresponde evaluar si su actuación, respecto de los hechos que son materia de investigación, está relacionada con el cumplimiento del deber y el uso de armas de fuego en forma reglamentaria.
 17. Ello no importa que el Tribunal Constitucional entienda o interprete que con el dispositivo añadido al artículo 20 del Código Penal se haya creado un marco jurídico que permita o consienta que toda actuación de los efectivos de la Fuerzas Armadas o Policía Nacional del Perú deba quedar impune, si es que se han cometido delitos.
 18. Esta legislación entonces no puede ser entendida como que está dirigida a impedir la investigación y procesamiento de malos policías o militares que delinquen –según se trate de la comisión de delitos de función, comunes o de grave violación de derechos humanos–; por ello, cuando a dichos servidores públicos se les impute la comisión de un ilícito, deben ser denunciados, investigados casos por caso, y si corresponde procesados dentro de un plazo razonable, con todas las garantías que la Constitución ofrece, no solo ellos, sino cualquier persona que se encuentre en

similares circunstancias. Dentro del proceso penal, con todas las garantías constitucionales, corresponderá al juez competente evaluar, tanto si concurren circunstancias agravantes o eximentes de responsabilidad, y corresponderá a dicho funcionario, a través de una sentencia motivada, imponer las sanciones previstas o expresar las razones por las que ello, en determinados supuestos, no corresponde, esto es, y en lo que importa al dispositivo impugnado, si la actuación de los efectivos de ambas instituciones ha sido en cumplimiento de su deber y además si sus armas han sido usadas de manera reglamentaria.

3.2. La modificación del artículo 200 del Código Penal, que regula el delito de extorsión

19. Este Tribunal considera que el párrafo cuarto de dicho artículo no es inconstitucional, porque el legislador ordinario ha previsto que las transgresiones en que incurran determinados servidores públicos, que inobserven lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución, genera consecuencias penales. La actuación del legislador, por ello, no es inconstitucional, pues no transgrede norma constitucional alguna, tanto más cuando el dispositivo precitado no establece ningún límite para legislar sobre el particular, salvo los límites que se encuentren vinculados a la concordancia de esta norma con las demás contenidas en la Constitución.
20. Así, el artículo 42 de la Constitución limita los derechos de sindicación y huelga a los funcionarios públicos con poder de decisión y a los que desempeñan cargos de confianza y dirección, así como a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; en consecuencia resulta claro que la infracción de este dispositivo constitucional puede dar lugar – como lo ha regulado el Poder Legislativo–, a que se establezcan responsabilidades de distinta naturaleza, entre ellas la penal.
21. Se ha penalizado entonces una conducta prohibida en la Constitución, la misma que será considerada sumamente grave cuando los servidores públicos además hagan uso de la violencia o amenacen hacerlo, características estas que son propias del delito de extorsión, lo que en modo alguno puede ser considerado como una actuación inconstitucional.
22. No obstante ello la sola existencia de este dispositivo no significa que los funcionarios públicos aludidos en el precepto constitucional no puedan expresar su opinión o protestar, siempre que dichas manifestaciones sean pacíficas y no alteren el orden público o afecten derechos de terceros, pues cuando esto último ocurra (toma de locales, interrupción del tránsito, afectar bienes y servicios públicos, etc.), la conducta es sancionable al haberse cometido un delito. Tales funcionarios son responsables tanto de los actos que promueven como de las consecuencias que aquellos generen; por lo tanto, corresponderá en cada caso, al juez penal, en los procesos de su competencia, determinar si la conducta del procesado se adecua a este o a otros tipos penales, tomando en cuenta tanto el nexo causal, como el resultado de tales conductas.

3.3. Nuevas reglas procesales introducidas en el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal

23. Las normas a tener en cuenta son:
- a. El artículo 1 del Decreto Legislativo N° 983, que modifica el artículo 244 del Código de Procedimientos Penales, y establece reglas de naturaleza procesal respecto a cómo se debe desarrollar el examen del acusado.
 - b. El artículo 2 del mismo Decreto Legislativo, que modifica el artículo 137 del Código Procesal Penal en relación a la duración del mandato de detención, en el extremo de la prolongación del mandato de detención, en el supuesto que el delito haya sido cometido a través de una organización criminal.
 - c. El Decreto Legislativo N° 988, que modifica el artículo 2 de la Ley N° 27379, estableciendo la posibilidad de dictar ciertas medidas limitativas de derechos.
24. Al establecerse las reglas detalladas en los ítems a. y c. precedentes, es obvio que no solo se aplican a los delitos materia de la delegación de facultades, sino a todos los procesos; sin embargo, al producirse una modificación de las reglas procesales para todos los procesos que tienen el mismo trámite, el legislador ha evitado generar un trato desigual sin base objetiva razonable, la que, de haberse producido, sí sería inconstitucional.
25. Al respecto, cabe recordar lo expuesto por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0004-2006-PI, en el que se expuso que:
- “Antes de examinar la vinculación del Legislador a la igualdad jurídica, conviene analizar la configuración de la igualdad en la Constitución. Al respecto, cabe mencionar que este Colegiado ha sostenido en reiteradas oportunidades que la igualdad se configura en nuestra Norma Fundamental, como principio y como derecho fundamental. De este modo: ‘(...) la noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. En el primero, se constituye como un principio rector de la organización y actuación del Estado Social y Democrático de Derecho. En el segundo, se erige como un derecho fundamental de la persona’. ‘Como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica que, como tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en hechos, situaciones o acontecimiento coincidentes; por ende, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias’. ‘Entonces, la igualdad es

un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones'. 'Por consiguiente, supone la afirmación a priori y apodíctica de la homologación entre todos los seres humanos, por la identidad de naturaleza que el derecho estatal se limita a reconocer y garantizar'. 'Dicha igualdad implica lo siguiente: La abstención de toda acción legislativa o jurisdiccional tendiente a la diferenciación arbitraria, injustificable y no razonable, y La existencia de un derecho subjetivo destinado a obtener un trato igual, en función de hechos, situaciones y relaciones homólogos'''.

26. El derecho a la igualdad se constituye, prima facie, en aquel derecho que obliga, tanto a los poderes públicos como a los particulares, a encontrar un actuar paritario con respecto a las personas que se encuentran en las mismas condiciones o situaciones, así como a tratar de manera desigual a las personas que estén en situaciones desiguales, debiendo dicho trato dispar tener un fin legítimo, cual debe ser conseguido mediante la adopción de la medida más idónea, necesaria y proporcional.
27. Puntualmente, en referencia al artículo 137 modificado del Código Procesal Penal, corresponde precisar que:
 - El derecho que tiene todo encausado a que la prisión preventiva no exceda de un plazo razonable no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución. Sin embargo, se trata de un derecho que coadyuva al pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que debe observar toda prisión provisional para ser reconocida como constitucional. Se trata propiamente de una manifestación implícita del derecho a la libertad personal reconocido en el artículo 2.24) de la Carta Fundamental; y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana.
 - Debe señalarse que existen diversos tratados en materia de derechos humanos ratificados por el Estado que sí reconocen expresamente este derecho. Tal es el caso del artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que "[t]oda persona detenida (...) tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad". Por su parte, el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce el derecho de "[t]oda persona detenida o retenida (...) a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso".

Por ello, el derecho a que la detención preventiva no exceda de un **plazo razonable** forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocidos por el sistema internacional de protección de los derechos humanos, y por tanto no puede ser desconocido.

- En su oportunidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Suárez Rosero contra Ecuador, expidió la sentencia del 12 de noviembre de 1997, en la que expresó en relación a los artículos 7.5 y 8 de la Convención Americana, que la finalidad de dichos dispositivos es impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación, ya que esta debe decidirse en forma pronta (párrafo 70); en ese sentido precisó que el proceso termina cuando se dicta una sentencia definitiva y firme, de modo que en materia penal, comprende a todo el procedimiento (párrafo 71). Finalmente, en relación a la razonabilidad del plazo de detención, citando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH: Motta, 19/02/1991; Ruíz Mateos c. España, 23/06/1993), señaló que debía tomarse en cuenta tanto la complejidad del asunto como la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales.
- Teniendo en cuenta ello, se advierte que la prolongación de la investigación a que se hace referencia en el dispositivo modificado está motivado por circunstancias tales como la comisión del delito a través de una organización criminal, situación que es de especial dificultad o complejidad y afecta el desarrollo del proceso, por lo que se justifica dicho cambio legislativo.

De otro lado, dicha prolongación no queda librada al capricho o arbitrio del juzgador, dado que este está en la obligación, por mandato constitucional –reiterado en la norma bajo análisis–, de motivar adecuadamente la decisión que expida en ese sentido, en los términos previstos por el artículo 139.5) de la Constitución.

28. Finalmente, respecto a la posibilidad de dictar ciertas medidas limitativas de derechos, prevista por el Decreto Legislativo N° 988, en tanto modifica parte del artículo 2 de la Ley N° 27379, este Colegiado precisa que si bien se ha establecido que ello es competencia del juez penal –pues no podría ser de otro forma–, aquellas deben ser dictadas respetando los derechos y garantías previstas en la Constitución, principalmente la motivación de la resolución, dado que ello permite un mejor control de las decisiones jurisdiccionales en sede constitucional.

3.4. Reglas para el tratamiento de la denominada “prueba trasladada” prevista en el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales

29. El precitado artículo 1 del Decreto Legislativo N° 983 también modificó el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales, estableciendo que la sentencia dictada en otro proceso podrá constituir prueba en uno distinto de aquel en el que se dictó, cuando se acredite en dicha resolución,

sea la existencia o naturaleza de una organización delictiva o una modalidad o patrón de actuación en la comisión de hechos delictivos o los resultados o daños derivados de los mismos. Como consecuencia de ello la sentencia constituye prueba respecto de la existencia o forma de actuación de esta organización en cualquier otro proceso penal, la misma que debe ser valorada conforme al artículo 283 del Código de Procedimientos Penales.

30. Este Tribunal considera que dicho precepto podría ser salvado si se precisaran algunos criterios para evitar defectos o vicios en su aplicación:
 - a. En principio, la sentencia de un proceso penal puede ser utilizada en cualquier otro proceso; pero ello no la convierte en prueba plena.
 - b. Los hechos acreditados en esa sentencia lo están en relación a los condenados. Si un tercero es juzgado por los mismos hechos, puede cuestionar no solo si tales hechos han ocurrido, sino también cuestionar su participación en ellos.
 - c. El medio probatorio debe ser incorporado al proceso, de modo que se garanticen las garantías procesales penales establecidas en la Constitución, entre ellas la relacionada con los derechos de contradicción y de defensa.
 - d. Además, en relación a la valoración de la precitada sentencia, la norma remite al artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, que establece que: “Los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia”; esto es, que su valor probatorio depende de la evaluación que el juez realice de todos los actos en el proceso.

3.5. Reglas que incrementan las facultades de la Policía Nacional del Perú en la investigación preliminar

31. Este Colegiado tampoco encuentra vicio de inconstitucionalidad en la modificatoria introducida por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 989 en el artículo 1 de la Ley N° 27934, cuando agrega o establece nuevas facultades para la Policía Nacional, en la investigación preliminar, puesto que ello en modo alguno afecta la potestad contenida en el artículo 159 inciso 4 de la Constitución en lo relativo a que corresponde al Ministerio Público la conducción de la investigación del delito, donde además se precisa que la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos de aquel, en el ámbito de su función.
32. Además, es oportuno recordar que el ejercicio de las funciones encomendadas por la norma afectada a la Policía Nacional no está exenta del control que debe realizar el Ministerio Público.

VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

1. Declarar que se ha producido la sustracción de la materia respecto del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 983 en el extremo que modifica el artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957); respecto del artículo 1 del Decreto Legislativo N° 983 en el extremo que modifica el artículo 4 de la Ley N° 27934; y respecto del artículo 1 del Decreto Legislativo N° 982, en cuanto modifica el artículo 57 del Código Penal.
2. Declarar que la modificación introducida por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 983 al artículo 261 del Código de Procedimientos Penales, no es inconstitucional, en la medida que sea interpretado y aplicado conforme a lo dispuesto en el fundamento 30 de la presente resolución.
3. Incorporar el fundamento 18 al presente fallo, de manera que su contenido sea tomado en cuenta por los jueces penales en los procesos en los que se solicite la aplicación del artículo 20 inciso 11 del Código Penal.
4. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.
MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

EXP. N° 00012-2008-PI/TC-LIMA

Cinco mil trescientos noventa y tres ciudadanos

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO LANDA
ARROYO Y DEL MAGISTRADO BEAUMONT CALLIRGOS**

Con el debido respeto por las opiniones de los magistrados colegas, me permito, a través de este voto, expresar mi posición sobre el caso:

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Juan Miguel Jugo Viera y más de Cinco mil ciudadanos contra algunos extremos de las siguientes disposiciones: artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo N° 982, artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 983, Decreto Legislativo N° 988 y artículo 1 del Decreto Legislativo N° 989.

II. DATOS GENERALES

Tipo de proceso : Proceso de inconstitucionalidad.
Demandante : Juan Miguel Jugo Viera y más de cinco mil ciudadanos.

- Disposiciones sometidas a control : Decretos Legislativos N°s 982, 983, 988 y 989.
- Disposiciones constitucionales : Artículos 2 incisos 1, 4 y 24, 28, 104, 139, inciso 3, 159 y 200.
- Petitorio : Se declare la inconstitucionalidad de determinados extremos de las siguientes disposiciones: artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo N° 982, artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 983, Decreto Legislativo N° 988 y artículo 1 del Decreto Legislativo N° 989.

III. DISPOSICIONES LEGALES CUESTIONADAS

Decreto Legislativo N° 982

Artículo 1

Se cuestiona el extremo que modifica el artículo 20 del Código Penal, introduciendo el inciso N° 11 en el referido artículo:

“Artículo 1.- Modifícase los artículos 2, 20, 29, 46-A, 57, 102 y 105 del Libro Primero (Parte General) del Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 635, en los términos siguientes:

(...)

Artículo 20.- Inimputabilidad

Está exento de responsabilidad penal:

(...)

11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte”:

Se cuestiona también el extremo en el que se modifica el artículo 57 del Código Penal, introduciendo una nueva causal por la que no procede la suspensión de la ejecución de la pena:

“Artículo 1.- Modifícase los artículos 2, 20, 29, 46-A, 57, 102 y 105 del Libro Primero (Parte General) del Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 635, en los términos siguientes:

(...)

“Artículo 57.- Requisitos

El Juez podrá suspender la ejecución de la pena siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

(...)

La suspensión de la pena no procederá si el agente es reincidente o habitual”.

Artículo 2

Se cuestiona el extremo que modifica el artículo 200 del Código Penal, concretamente lo referido a la participación en huelgas por parte de funcionarios públicos con poder de decisión:

“Artículo 2.- Modificase los artículos 148-A, 152, 200, 296, 296-A, 297, 298, 299, 316, 317, 367, 404, 405 e incorpórase los artículos 195, 409-A, 409-B y 417-A del Libro Segundo (Parte Especial) del Código Penal, promulgado mediante Decreto Legislativo N° 635, en los siguientes términos:

(...)

Artículo 200.- Extorsión

(...)

El funcionario público con poder de decisión o el que desempeña cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú, participe en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con inhabilitación conforme a los incisos 1) y 2) del artículo 36 del Código Penal”.

Decreto Legislativo N° 983

Artículo 1

Se cuestiona el extremo que modifica el artículo 244 inciso 2 del Código de Procedimientos Penales:

“Artículo 1.- Modificase el artículo 16 y la denominación del Título II del Libro II y los artículos 94, 97, 102, 188, 238, 244, 248, 251, 260, 261, 263 y 267 del Código de Procedimientos Penales, aprobado por Ley N° 9024, en los términos siguientes:

(...)

Artículo 244.- Examen del acusado

(...)

2. El acusado es examinado por el Fiscal, por los abogados de la parte civil, del tercero civil, por su abogado y por el Director de Debates, en ese orden. Los demás miembros de la Sala, solo podrán examinar al acusado si existiera la necesidad de una aclaración. En todos estos casos, el interrogatorio será directo.

(...)”.

Se cuestiona, además, el extremo del artículo 1 del Decreto Legislativo N° 983 que modifica el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales, permitiendo valorar en los procesos penales, la sentencia firme en la que se tenga por acreditada la existencia o naturaleza de una organización delictiva o asociación ilícita para delinquir:

Artículo 1.- Modificase el artículo 16 y la denominación del Título II del Libro II y los artículos 94, 97, 102, 188, 238, 244, 248, 251, 260, 261, 263 y 267 del Código de Procedimientos Penales, aprobado por Ley N° 9024, en los términos siguientes:

(...)

Artículo 261.-

En los delitos perpetrados por miembros de una organización criminal o asociación ilícita para delinquir, la Sala a pedido de las partes o de oficio podrá realizar las actuaciones probatorias siguientes:

(...)

La sentencia firme que tenga por acreditada la existencia o naturaleza de una organización delictiva o asociación ilícita para delinquir determinada, o que demuestre una modalidad o patrón de actuación en la comisión de hechos delictivos o los resultados o daños derivados de los mismos, constituirá prueba con respecto de la existencia o forma de actuación de esta organización o asociación en cualquier otro proceso penal, la misma que deberá ser valorada conforme al artículo 283”.

Artículo 2

Se cuestiona el extremo que modifica el artículo 137 del Código Procesal Penal, introduciendo una nueva causal para la procedencia de la prolongación del plazo de detención:

“Artículo 2.- Modificase el artículo 137 del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 638, en los términos siguientes:

Artículo 137.-

(...)

Cuando el delito se ha cometido a través de una organización criminal y el imputado pudiera sustraerse a la acción de justicia o perturbar la actividad probatoria, la detención podrá prolongarse hasta por un plazo igual. La prolongación de la detención se acordará mediante auto debidamente motivado, de oficio por el Juez o a solicitud del Fiscal y con conocimiento del inculgado. Contra este auto procede el recurso de apelación, que resolverá la Sala, previo dictamen del Fiscal Superior dentro del plazo de setenta y dos horas.

(...)”.

Artículo 3

Se cuestiona el extremo que modifica el 259 del Nuevo Código Procesal Penal, modificando el concepto de flagrancia:

“Artículo 3.- Modificase los artículos 24, 259, 318, 319, 382 y adiciónese el inciso “c” al numeral 1) y el numeral 10) al artículo 523 del Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 957, en los términos siguientes:

Artículo 259.-

1. La Policía detendrá, sin mandato judicial, a quien sorprenda en flagrante delito. Existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo, o cuando:
 - a) Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de este y, es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible.
 - b) Es encontrado dentro de las 24 horas, después de la perpetración del delito con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en el hecho delictuoso.

(...)”.

Decreto Legislativo N° 988

Se cuestiona el artículo único del referido Decreto Legislativo en la parte que modifica el artículo 2 de la Ley 27379, introduciendo la posibilidad de llevar a cabo la incomunicación del detenido:

“Artículo Único.- Modifícase el inciso 3) e incorpórase los incisos 4) y 5) al artículo 1; incorpórase los incisos 2-a) y 3) y modifícase los incisos 4), 7) y 8) del artículo 2; y, modifícase los artículos 3 y 4 de la Ley N° 27379, que regula el Procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones fiscales preliminares, en los términos siguientes:

(...)

Artículo 2.- Medidas limitativas de derechos

El Fiscal Provincial, en casos de estricta necesidad y urgencia, podrá solicitar al Juez Penal las siguientes medidas limitativas de derechos:

(...)

2.a. Incomunicación. Esta medida se acordará siempre que resulte indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados. Puede acumularse a la medida de detención preliminar, con una duración no mayor de diez (10) días, siempre que no exceda el plazo de duración de esta última. Esta medida no impide la conferencia en privado del detenido con su abogado defensor, la que no requiere autorización previa ni podrá ser prohibida”.

Decreto Legislativo N° 989

Artículo 1

Se cuestiona en el extremo que modifica el artículo 1 de la Ley N° 27934, incrementando las facultades de la Policía Nacional del Perú en la investigación preliminar:

“Artículo 1.- Modifícase los artículos 1 , 2 y 4 e incorpórase los artículos 2-A, 2-B, 2-C, 2-D, 2-E, 2-F, 2-G y 2-H de la Ley N° 27934, Ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, en los términos siguientes:

(...)

Artículo 1.- Actuación de la Policía en la investigación preliminar

La Policía Nacional, en su función de investigación, al tomar conocimiento de hechos de naturaleza delictiva deberá de inmediato llevar a cabo las diligencias imprescindibles para impedir que desaparezcan sus evidencias y, en caso de flagrante delito, proceder a la captura de los presuntos autores y partícipes, dando cuenta sin mayor dilación que el término de la distancia, en su caso, al Fiscal Provincial, para que asuma la conducción de la investigación.

(...)

Cuando el Fiscal se encuentre impedido de asumir de manera inmediata la conducción de la investigación debido a circunstancias de carácter geográfico o de cualquier otra naturaleza, la Policía procederá con arreglo a lo dispuesto en el párrafo precedente, dejando constancia de dicha situación y deberá realizar según resulten procedentes las siguientes acciones:

(...)

13. Recibir la manifestación de los presuntos autores y partícipes de la comisión de los hechos investigados.
14. Solicitar y recibir de inmediato y sin costo alguno de las entidades de la Administración Pública correspondientes, la información y/o documentación que estime necesaria vinculada a los hechos materia de investigación, para lo cual suscribirá los Convenios que resulten necesarios, con las entidades que así lo requieran.
15. Realizar las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados.

(...) El Fiscal durante la Investigación puede disponer lo conveniente en relación al ejercicio de las atribuciones reconocidas a la Policía.

Las partes y sus abogados podrán intervenir en todas las diligencias practicadas y tomar conocimiento de estas, pudiendo en cualquier momento obtener copia simple de las actuaciones, guardando reserva de las mismas, bajo responsabilidad disciplinaria. En caso de inobservancia del deber de reserva, el Fiscal deberá comunicar al Colegio de Abogados correspondiente para que proceda con arreglo a sus atribuciones.

El Fiscal dispondrá, de ser el caso, el secreto de las actuaciones en la investigación por un plazo prudencial que necesariamente cesará antes de la culminación de las mismas, poniendo en conocimiento de tal decisión a las partes”.

Se cuestiona también el artículo 1 del Decreto legislativo N° 989 en el extremo que modifica el artículo 4 de la Ley N° 27934, modificando la definición de flagrancia:

“Artículo 1.- Modificase los artículos 1 , 2 y 4 e incorpórase los artículos 2-A, 2-B, 2-C, 2-D, 2-E, 2-F, 2-G y 2-H de la Ley N° 27934, Ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, en los términos siguientes:

(...)

Artículo 4.- Detención en flagrancia

A los efectos de la presente Ley, se considera que existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible o acaba de cometerlo o cuando:

- a) Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de este y, es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.
- b) Es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas, después de la perpetración del hecho punible con efectos o instrumentos procedentes de aquel, o que hubieran sido empleados para cometerlo, o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en ese hecho delictuoso”.

IV. ANTECEDENTES

1. Argumentos del demandante

Don Juan Miguel Jugo Viera y más de Cinco mil ciudadanos interponen demanda de inconstitucionalidad contra diversas disposiciones de los Decretos Legislativos N°s 982, 983, 988 y 989.

Cuestionan las disposiciones impugnadas alegando, en primer lugar, que exceden la materia delegada en virtud de la Ley N° 29009, puesto que habiéndose autorizado únicamente a regular en materia de delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado y pandillaje, el Poder Ejecutivo no se encontraba autorizado a regular sobre materias referidas de forma genérica a todos los delitos y tipos penales. En este sentido cuestionan el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 982 en cuanto modifica el artículo 20.11 del Código Penal que regula la exención de responsabilidad penal para quien actúe en cumplimiento de un deber. Cuestiona también el mismo artículo 1 del Decreto Legislativo N° 982, en cuanto modifica el artículo 57 del Código Penal referido a la suspensión de la pena. También cuestionan el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 983 en el extremo que modifica el artículo 244 del Código de Procedimientos Penales, estableciendo nuevas reglas para el interrogatorio del acusado. En el mismo sentido, alegando exceso en la materia delegada cuestiona el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 983 en el

extremo que modifica el artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal, modificando el concepto de flagrancia.

Asimismo, alegan que el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982 es inconstitucional en el extremo que modifica el artículo 200 del Código Penal, que tipifica el delito de extorsión. En este sentido, señalan que no se autoriza a reprimir derechos laborales como la huelga, y que no existe ningún elemento jurídico para considerar que la participación en huelga de funcionarios públicos con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza y de dirección constituyan criminalidad organizada.

De otro lado, las disposiciones legales son también impugnadas por el fondo. En este sentido, señalan que el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 982 es inconstitucional en el extremo que modifica el artículo 20 inciso 11 del Código Penal, por cuanto consideran que al introducir un supuesto de inimputabilidad para los integrantes de las Fuerzas Armadas y policiales que “en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte” implica una seria violación de los derechos a la vida e integridad personal. Asimismo, consideran que se ve vulnerado su derecho al recurso efectivo contra actos que violen sus derechos fundamentales, por cuanto dicha norma podría generar impunidad en los miembros de la Policía Nacional y Fuerzas Armadas que incurran en actos delictivos, lo que resulta totalmente contrario a la obligación del Estado peruano de respetar y proteger la vida e integridad física de los ciudadanos y permitiría que los policías o militares lesionen o maten ciudadanos sin siquiera ser procesados.

Cuestionan, también, la modificatoria del artículo 200 del Código Penal (delito de extorsión) pues consideran que se vulnera el derecho a la huelga, reconocido en el artículo 28 de la Constitución Política, así como la libertad de pensamiento y de expresión, reconocidas en el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución. Alegan, también, que se ve vulnerado el principio de lesividad. A tal efecto, refieren que mientras el delito de extorsión se materializa a través de una conducta dolosa que requiere de ánimo de lucro a través del uso de la violencia o intimidación, que de otro modo no se obtendría, sin embargo la modificatoria en cuestión distorsiona totalmente el sentido de esta figura delictiva, al comprender acciones que no buscan obtener ventajas económicas indebidas, olvidando que la extorsión es un delito contra el patrimonio. Señalan, además, que la agravante incorporada en el delito de extorsión tiene una pena de 25 años, la que resulta sumamente elevada si es comparada, por ejemplo, con el delito de homicidio, cuya pena es hasta de 15 años, por lo que consideran que se trata de sanciones desproporcionadas.

Alegan, también, que el mismo artículo 1 del Decreto Legislativo N° 982 resulta también inconstitucional en cuanto modifica el artículo 57 del Código Penal, estableciendo que la suspensión de la pena no procedería si el agente es reincidente o habitual. Al respecto, considera que vulnera la garantía de la cosa juzgada, por cuanto el acusado terminará siendo juzgado dos veces por una misma infracción.

Cuestionan también el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 983 en el extremo que modifica el artículo 244 del Código de Procedimientos Penales, que regula el procedimiento a seguir en el examen del acusado en el juicio oral. Consideran que se viola el

derecho de defensa, por cuanto de acuerdo a la disposición legal cuestionada, el último en interrogar es el magistrado, por lo que es posible que este le impida a la defensa poder aclarar algunos puntos fundamentales. Señalan que hasta antes de la entrada en vigencia de dicha norma el último en interrogar era el abogado del acusado.

De otro lado, alegan la inconstitucionalidad del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 983 (que modifica el artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal) y del artículo 1 del Decreto Legislativo N° 989 (que modifica el artículo 4 de la Ley N° 27934, Ley que regula la intervención de la Policía Nacional y del Ministerio Público en la investigación preliminar). Consideran que ambas disposiciones, que extienden la flagrancia hasta 24 horas después de ocurrido el hecho desvirtúan la naturaleza inmediata de esta institución y vulneran gravemente el derecho a la libertad y seguridad personales. A tal efecto, refieren que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como la doctrina, han reconocido que para que se configure flagrancia se requiere de inmediatez temporal y personal.

También cuestionan el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 983, que incorpora al tercer párrafo del artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991 un nuevo supuesto para prolongar la prisión preventiva. Consideran que dicha modificatoria posibilita la prolongación de la detención judicial por más de 36 meses. Señalan, además, que la posibilidad de ampliar el plazo de la detención no se condice con uno de los fines de la autorización normativa, que era el redefinir los procesos con diligencias pertinentes y plazos perentorios que permitan decisiones judiciales oportunas, por cuanto con esta modificatoria más bien se permitirá una prolongación excesiva del proceso penal, lo que resulta vulneratorio del derecho al plazo razonable de la detención.

También cuestionan el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 983 que modifica el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales, permitiendo valorar en los procesos penales aquellas sentencias firmes en las que se tenga por acreditada la existencia de una organización delictiva o asociación ilícita para delinquir. Consideran que ello vulnera el principio de cosa juzgada, toda vez que el sujeto sería víctima de una doble persecución penal.

Cuestionan, también, el artículo único del Decreto Legislativo N° 988 que modifica el artículo 2 de la Ley N° 27379, Ley que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares, el cual introduce la posibilidad de decretar la incomunicación del investigado. Aduce que resulta inconstitucional en tanto no se especifica en qué casos se considera como indispensable la adopción de esta medida ni se especifica la necesidad de motivar adecuadamente la resolución que se adopte.

También impugnan el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 989 que modifica los artículos 1 y 2 de la Ley N° 27934, Ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar, que establece nuevas atribuciones de la Policía en la investigación preliminar. Consideran que dicha modificatoria disminuye las atribuciones otorgadas al Ministerio Público con relación a la investigación del delito y establece mayores atribuciones a la Policía en esta

etapa, lo que vulnera las atribuciones del Ministerio Público reconocidas en los incisos 2 y 4 del artículo 159 de la Constitución. Alegan que las facultades que la cuestionada modificación legislativa otorga a la policía (consistentes en la posibilidad de recibir manifestaciones de los presuntos agresores, solicitar información a entidades públicas y realizar las demás diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos) implican un desconocimiento del rol del Ministerio Público como director de la investigación.

2. Contestación de la demanda

La Procuradora del Ministerio de Justicia contesta la demanda señalando que los Decretos Legislativos cuestionados sí respetan los términos de la delegación de facultades legislativas prevista en la Ley N° 29009, toda vez que el literal “a” del artículo 2 de la referida ley autoritativa señala que se encuentra dentro del marco de la delegación legislativa, “establecer una estrategia integral dirigida a combatir con mayor eficacia el crimen organizado en general, y en especial los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión y trata de personas, así como pandillaje pernicioso”. En este sentido, considera que la estrategia integral a la que alude la norma en mención implica efectuar las modificaciones necesarias en la parte general del Código Penal que permitan cumplir con tal objetivo. Agrega que el fenómeno de la criminalidad organizada puede enfrentarse de mejor manera si se cuenta con una regulación legal sistematizada y coherente, que considere una visión global del Derecho Penal y Penitenciario y normas conexas, así como un fortalecimiento del Estado.

En el mismo sentido, respecto de las cuestionadas modificaciones del Código de Procedimientos Penales y del Código Procesal Penal por exceder la materia delegada, señala que resultaba necesario introducir algunas modificaciones que sirvan para mejorar el particular diseño del proceso judicial, el mismo que es aplicado a los procesos por los delitos que son materia de delegación de facultades. En tal sentido, la norma no es inconstitucional, por cuanto está dirigida a lograr una administración de justicia más rápida, que en forma oportuna permita la solución de dichos procesos, dotando al Poder Judicial de elementos necesarios para administrar justicia.

Asimismo señala que la modificatoria del artículo 20 inciso 11 del Código Penal no implica una vulneración del derecho a la vida ni a la integridad personal como se señala en la demanda, toda vez que lo que se pretende es garantizar el accionar de las fuerzas del orden en su lucha contra la delincuencia, y en especial contra la criminalidad organizada. Señala además que se encuentra vigente la Ley N° 29166 que regula el empleo de la fuerza por parte de las fuerzas armadas así como el artículo 103 de la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú que regula el empleo del arma de fuego por parte de los efectivos policiales, por lo que considera que la actuación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional están limitadas.

Sobre el cuestionamiento a la modificatoria del artículo 57 del Código Penal por considerarse que se vulnera la cosa juzgada, alega que el Tribunal Constitucional ya ha determinado que la previsión de la institución de la reincidencia es constitucionalmente válida, y que no implica una doble sanción.

Señala también, que la modificatoria del artículo 200 del Código Penal no vulnera el derecho a la huelga, libertad de pensamiento, expresión ni derecho de reunión, por cuanto por la especial característica del cargo que tiene un funcionario con poder de decisión, confianza y de dirección, esta le crea una ventaja frente al empleador público, pues dicho funcionario tiene acceso a información secreta de la institución, o su intervención es imprescindible para el normal funcionamiento de la entidad estatal, por lo que puede amenazar al empleador con divulgar dicha información a otros en su perjuicio, a cambio de una ventaja económica indebida.

Respecto de la cuestionada modificatoria del artículo 244 del Código de Procedimientos Penales por vulneración del derecho de defensa, señala que a quien debe contradecir el acusado es al Fiscal y a la parte civil, y no al juez, quien no es parte, por lo que no puede vulnerar el derecho de defensa que quien interroga en último lugar sea el titular del órgano jurisdiccional.

Respecto de los cuestionamientos a la modificatoria del artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991 que establece un nuevo supuesto para disponer la prolongación de la detención, refiere que el Tribunal Constitucional ha señalado en el Expediente N° 1175-2006-PHC/TC que la prolongación del plazo de la detención no vulnera el derecho al plazo razonable de la detención cuando se imputa la comisión de hechos a través de una organización criminal internacional con ramificaciones internacionales, estructura en compartimientos estancos, división de funciones y con poder para encubrir el accionar que hacen en este caso dificultosa la actividad del Estado para el debido esclarecimiento de los hechos.

Respecto de los cuestionamientos a la ampliación de los alcances de la definición de delito flagrante, considera que se necesitan los mecanismos legales que garanticen el accionar efectivo y oportuno de las fuerzas del orden, las mismas que de acuerdo a lo informado presentan múltiples problemas operativos para proceder a la detención en flagrancia.

Respecto de las alegaciones en el sentido de que sería inconstitucional la modificatoria del artículo 2 de la Ley N° 27379, que regula el procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones fiscales preliminares, incorporando la posibilidad de decretar la incomunicación del detenido, alega que la cuestionada modificatoria señala expresamente que la referida medida se aplicará solo en los casos en que sea indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados y que la medida no incomunica totalmente al inculpado por cuanto no existe impedimento alguno para que se entreviste con su abogado defensor ni se le impedirá acceder a libros diarios, revistas y escuchar las noticias.

Finalmente, con respecto a los cuestionamientos a la modificatoria del artículo 1 de la Ley N° 27934, que regula la Intervención de la Policía y el Ministerio Público en la Investigación Preliminar del Delito, que dota a la Policía Nacional del Perú de facultades adicionales en el marco de la investigación preliminar, considerando que las referidas facultades adicionales son conforme a lo previsto en el artículo 166 de la Constitución respecto de la Policía Nacional del Perú.

3. Amicus Curiae

Con fecha 17 de febrero de 2007, se apersonó ante este Tribunal la Fundación Ecu-ménica para el Desarrollo y la Paz - Fedepaz a fin de presentar un informe de *amicus curiae* para expresar criterios jurídicos que abonarían a la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas.

V. FUNDAMENTOS

1. Sustracción parcial de la materia

1. El Decreto Legislativo N° 983 en su artículo 3 modifica el artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957). Asimismo el Decreto Legislativo N° 989 en su artículo 1 modifica el artículo 4 de la Ley N° 27934, que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación del delito.
2. El artículo 3 del Decreto Legislativo N° 983 que modifica el artículo 259 del Código Procesal Penal establece lo siguiente:

“Artículo 259.-

1. La Policía detendrá, sin mandato judicial, a quien sorprenda en fla-grante delito. Existe flagrancia cuando el sujeto agente es descu-bierto en la realización del hecho punible, o acaba de cometerlo, o cuando:
 - a) Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de este y, **es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho punible.**
 - b) **Es encontrado dentro de las 24 horas, después de la perpetración del delito** con efectos o instrumentos procedentes de aquel o que hubieren sido empleados para cometerlo o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría y par-ticipación en el hecho delictuoso.
2. Si se tratare de una falta o de un delito sancionado con una pena no mayor de dos años de privación de libertad, luego de los interrogato-rios de identificación y demás actos de investigación urgentes, podrá ordenarse una medida menos restrictiva o su libertad”.
3. Por su parte, el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 989 modifica el artículo 4 de la Ley N° 27394, definiendo la flagrancia en los siguientes términos:

“A los efectos de la presente Ley, se considera que existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible o acaba de cometerlo o cuando:

- a) Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya

presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de este y, es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible.

- b) Es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas, después de la perpetración del hecho punible con efectos o instrumentos procedentes de aquel, o que hubieran sido empleados para cometerlo, o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en ese hecho delictuoso”.
4. Los demandantes cuestionan las referidas modificatorias en el extremo que extienden la flagrancia hasta 24 horas después de ocurrido el hecho, por cuanto consideran que desvirtúan la naturaleza de esta institución, al desnaturalizar el requisito de inmediatez personal y temporal y de este modo vulneran gravemente el derecho a la libertad y seguridad personales.
5. Al respecto, cabe señalar que con fecha 9 de junio de 2009 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 29372, vigente desde el 1 de julio de 2009 la que modifica el artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal (Decreto legislativo N° 957) y disponiendo su entrada en vigencia en todo el país, el mismo que en su inciso 2 establece que:
- “Existe flagrancia cuando la realización de un hecho punible es actual y en esa circunstancia el autor es descubierto o cuando es perseguido y capturado inmediatamente después de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas de que revelan que acaba de ejecutarlo”.
6. De este modo, ha quedado derogada de manera expresa la cuestionada modificatoria del artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal. Asimismo, también ha quedado derogada de manera tácita la modificatoria del artículo 4 de la Ley N° 27394, lo que supone sustracción de la materia sobre este punto.
7. Cabe señalar, que en anteriores pronunciamientos, el Tribunal ha entendido que la derogatoria de una norma no supone necesariamente que ya no sea posible someterla a un proceso en el que se controle su validez constitucional, en dos situaciones; a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria (Cfr. Exp. N° 004-2004-AI, fund 2,0019-205-PI fund 5, 005-2007-AI, fund 1-5).
8. En materia penal, como regla derivada del principio de legalidad penal, resulta aplicable el tipo penal y la consecuencia jurídico penal vigente al momento de la comisión del ilícito. Es por ello que, incluso derogada una norma que contenga un tipo penal y una pena, resulta aplicable a un caso concreto si es que estuvo vigente al momento de comisión de la infracción. Cosa distinta ocurre en el presente caso, en el que si bien se trata de una norma penal, regula aspectos atinentes a la detención preliminar, acto procesal al que le es aplicable la norma vigente al momento en que esta se comete y en la que no

cabe aplicación ultractiva. Es por ello que, en el presente caso, la derogatoria en mención comporta la sustracción de la materia.

2. Análisis de constitucionalidad por la forma (exceso en la materia delegada en la ley autoritativa)

Argumentos de los demandantes

9. Los demandantes alegan que las normas impugnadas han excedido la materia delegada en virtud de la Ley N° 29009, puesto que habiéndose autorizado únicamente a regular en materia de delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado y pandillaje, el Poder Ejecutivo no se encontraba autorizado a regular sobre materias referidas de forma genérica a todos los delitos y tipos penales.

Argumentos de los demandados

10. Los demandados alegan que los decretos legislativos cuestionados sí han sido expedidos de conformidad con la delegación de facultades prevista en la Ley N° 29009, toda vez que el literal “a” del artículo 2 de la referida ley señala que es objeto de la delegación legislativa: “establecer una estrategia integral dirigida a combatir con mayor eficacia el crimen organizado en general, y en especial los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión y trata de personas, así como pandillaje pernicioso”. En este sentido, consideran que la estrategia integral a la que alude la norma en mención implica efectuar las modificaciones necesarias en la parte general del Código Penal que permitan cumplir con tal objetivo. Agregan que el fenómeno de la criminalidad organizada puede enfrentarse de mejor manera si se cuenta con una regulación legal sistematizada y coherente que considere una visión global del Derecho Penal y Penitenciario y normas conexas, así como un fortalecimiento del Estado.

Consideraciones particulares

11. Al respecto, cabe señalar que conforme al artículo 1 de la Ley autoritativa, Ley N° 29009, se delegaba al Poder Ejecutivo:

“(…) la facultad de legislar en materia de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado y pandillaje pernicioso (...) con el objeto de adoptar e implementar una estrategia integral para combatir eficazmente los citados delitos”.

12. Siendo esta la materia delegada, resulta inconstitucional hacer uso de la delegación legislativa para emitir disposiciones legales que regulen cualquier otra materia que no se encontrara contemplada en la referida ley autoritativa, como por ejemplo, delitos no previstos en ella, o de aspectos del proceso penal que no estuvieran referidos a la materia delegada. A tal efecto, cabe señalar que, como es de verse del texto citado, el artículo 1 de la referida ley no autoriza únicamente a legislar en materia de determinados delitos, sino también en materia de “crimen organizado”.

13. Considero que, a fin de determinar lo que debe entenderse por “crimen organizado”, lo que resulta necesario a efectos de evaluar la observancia de la autorización normativa, debe acudirse a la definición prevista en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), ratificada por el Perú mediante Decreto Supremo N° 88-2001-RE, la cual entiende por grupo delictivo organizado:

“Por ‘grupo delictivo organizado’ se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

14. En este sentido, solo habrá observancia de la ley autoritativa en materia de crimen organizado si se legisla en materia de criminalidad organizada conforme a la definición arriba descrita o si se legisla sobre los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas o pandillaje pernicioso.
15. Cabe señalar, entonces, que si bien el artículo 2 de la propia ley autoritativa explicita una serie de aspectos que deberán ser materia de legislación delegada, como por ejemplo, **modificar el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal** (inciso d) o **mejorar los procedimientos para lograr una efectiva investigación preliminar** (inciso e), ello, evidentemente, no implica una autorización para hacer cualquier modificación a nuestra normativa penal o procesal penal. Y es que tales disposiciones previstas en el artículo 2 de la ley autoritativa (que explicita el mandato previsto en el artículo 1) deben de ser interpretadas de manera concordada con el artículo 1 de la misma ley, que autorizaba al Poder Ejecutivo a legislar en materia de delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, crimen organizado y pandillaje pernicioso.
16. En este sentido, cuando la Ley N° 29009 en su artículo 2 autoriza a hacer modificaciones en una serie de temas tales como la flagrancia delictiva (inciso b), tipificar nuevas conductas delictivas y perfeccionar los tipos penales vigentes (inciso c), modificar el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal (inciso d), mejorar los procedimientos para lograr una efectiva investigación preliminar (inciso e), la legislación efectuada por el Poder Ejecutivo en virtud de dicha ley autoritativa solo puede ser constitucionalmente válida en caso de que se trate de disposiciones referidas a los delitos contemplados en el artículo 1 de la ley autoritativa o al crimen organizado. En caso contrario, de verificarse que se legisló sobre materias distintas a las previstas en la ley autoritativa, ya sea porque se legisló sobre delitos distintos a los contemplados en la referida Ley N° 29009 o bien porque se reguló materias comunes a todos los delitos, la legislación delegada deviene en inconstitucional por no respetar los términos de la delegación normativa.

17. Conforme a ello, las siguientes disposiciones impugnadas resultan inconstitucionales por exceder la materia delegada:

- **Inconstitucionalidad del artículo 1 del Decreto Legislativo N° 982 en los extremos que modifican el artículo 20 y el artículo 57 del Código Penal.**

En cuanto al extremo que modifica el artículo 20 del Código Penal, adiciona un inciso N° 11 que establece que:

“El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte”.

En cuanto al extremo que modifica el artículo 57 del Código Penal, referido a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, adicionado un supuesto en el que esta medida no precederá:

“La suspensión de la pena no procederá si el agente es reincidente o habitual”.

En ambos casos cabe señalar que la ley autoritativa solo autorizaba a regular en materia de determinados delitos y no a establecer una cláusula general aplicable a todos los tipos penales.

18. Del mismo modo, resultan inconstitucionales aquellas disposiciones que modifican las normas en materia procesal penal de manera general, sin ninguna referencia a los delitos que fueron materia de la ley autoritativa. En este sentido, resultan inconstitucionales:

- **Inconstitucionalidad del artículo 1 del Decreto Legislativo N° 983 en el extremo que modifica el artículo 244 del Código de Procedimientos Penales.**

En cuanto modifica el artículo 244 del Código de Procedimientos Penales, estableciendo un nuevo orden en el interrogatorio del acusado en toda clase de procesos penales. En este caso, el Poder Ejecutivo ha utilizado una autorización para normar en materia de criminalidad organizada y determinados delitos, para modificar un aspecto del proceso penal, lo que excede claramente la materia delegada.

2.1. Análisis de constitucionalidad por la forma (exceso en la materia delegada) en la modificatoria del delito de extorsión

19. Un supuesto especial de inconstitucionalidad por exceso en la materia delegada lo constituye el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982 en el extremo que modifica el artículo 200 del Código Penal, concretamente en lo referido a la criminalización de la participación en huelgas de funcionarios públicos con poder de decisión.

Texto de la norma impugnada

“El funcionario público con poder de decisión o el que desempeña cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42 de la

Constitución Política del Perú, participe en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con inhabilitación conforme a los incisos 1) y 2) del artículo 36 del Código Penal”.

Argumentos de los demandantes

20. Los demandantes alegan que la cuestionada modificatoria no forma parte de la materia delegada, ya que no se autoriza a reprimir actos de huelga, sino únicamente actos de crimen organizado, y que no existe ningún elemento jurídico para considerar que la participación en huelga de funcionarios públicos con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza configure criminalidad organizada.

Argumentos de los demandados

21. Los demandados alegan que la cuestionada modificatoria se encuentra autorizada por la ley autoritativa cuando se refiere a “Establecer una estrategia integral dirigida a combatir con mayor eficacia al crimen organizado en general y en especial a los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión y trata de personas, así como pandillaje pernicioso”, que dicha norma también autoriza a modificar el Código Penal, por lo que el incremento de nuevos supuestos de delito de extorsión se encuentra autorizado por la Ley N° 29009.

Consideraciones particulares

22. Estimo que si bien la ley autoritativa facultó al Poder Ejecutivo a normar materias relativas al delito de “extorsión”, en el presente caso el Poder Ejecutivo modificó el artículo 200 del Código Penal (en el que se encuentra previsto el delito de extorsión) para regular aspectos que no guardan relación con la materia autorizada.
23. En efecto, antes de la modificatoria del artículo 200 del Código Penal, la referida disposición legal establecía como delito de extorsión:

“El que mediante violencia, amenaza o manteniendo en rehén a una persona, obliga a esta o a otra a otorgar al agente o a un tercero una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole”
24. En cambio, la modificatoria añade a dicho delito conductas relativas a la participación en huelgas de aquellos funcionarios públicos que no tienen reconocidos dichos derechos en la Constitución.
25. El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 005-2001-AI/TC hizo frente a un problema similar. En dicha ocasión, mediante Ley autoritativa se había delegado facultades para normar en materia de seguridad nacional, y el Poder Ejecutivo, mediante el Decreto Legislativo N° 895 bajo el nomen iuris de “terrorismo agravado” reguló supuestos de robo en banda. Al respecto, este Tribunal consideró que si bien el delito de terrorismo guardaba relación con la materia delegada (seguridad nacional),

bajo ese *nomen iuris* el Poder Ejecutivo había pretendido regular otras materias no contempladas en la ley autoritativa como el robo en banda, que en realidad respondían al bien constitucional de seguridad ciudadana que no había sido comprendido en la materia delegada:

“La necesidad comprensible, real y legítima, de combatir la delincuencia común organizada en bandas armadas responde, más bien, al objetivo de preservar el orden interno o la seguridad ciudadana, que a la finalidad de proteger el Estado de Derecho, el régimen constitucional o la integridad territorial; es decir, que al bien jurídico de la seguridad nacional. La delincuencia común, aún organizada en bandas armadas, carece de la motivación político-ideológica que es elemento constitutivo del delito de terrorismo que atenta contra la seguridad nacional.

No coinciden, entonces, la materia delegada de Seguridad Nacional con el objetivo que busca la delegación; es decir, combatir la delincuencia común en su expresión de bandas armadas” (Exp. N° 005-2001-AI/TC).

26. Del mismo modo, advierto que en el presente caso bajo el *nomen iuris* de extorsión, el legislador pretendía proteger bienes de relevancia constitucional tales como la libertad individual, así como la seguridad personal, la integridad personal, el patrimonio o la vida, conminando con una pena a quien mediante algún tipo de amenaza pretenda obtener algún tipo de ventaja. De modo tal que cuando el legislador autorizó al Poder Ejecutivo a normar en materia de extorsión, en realidad está autorizando a que complemente la regulación ya establecida, descrita líneas arriba. Si embargo, el Poder Ejecutivo ha utilizado el mismonomen iuris para criminalizar actos consistentes en la participación en huelga (cese de la actividad laboral) que en modo alguno inciden sobre los bienes arriba descritos.
27. Por lo tanto, advierto exceso en la materia delegada, resultando inconstitucional la modificatoria del delito de extorsión en el extremo que se incorpora un cuarto párrafo al artículo 200 del Código Penal criminalizando la participación en huelgas de aquellos funcionarios públicos que no tienen tal derecho reconocido en la Constitución.

3. Análisis de las normas que han sido cuestionadas por el fondo

3.1. Nuevas facultades para la Policía Nacional en el marco de la investigación preliminar

Norma impugnada

28. Se cuestiona el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 989 que modifica los artículos 1 de la Ley N° 27934, Ley que regula la intervención de la Policía Nacional y el Ministerio Público en la investigación preliminar, que establece nuevas atribuciones a la Policía en la investigación preliminar, agregándole tres facultades:

“Artículo 1.- La Policía Nacional, en su función de investigación, al tomar conocimiento de hechos de naturaleza delictiva deberá de

inmediato llevar a cabo las diligencias imprescindibles para impedir que desaparezcan sus evidencias y, en caso de flagrante delito, proceder a la captura de los presuntos autores y partícipes, dando cuenta sin mayor dilación que el término de la distancia, en su caso, al Fiscal Provincial, para que asuma la conducción de la investigación.

Cuando el Fiscal se encuentre impedido de asumir de manera inmediata la conducción de la investigación debido a circunstancias de carácter geográfico o de cualquier otra naturaleza, la Policía procederá con arreglo a lo dispuesto en el párrafo precedente, dejando constancia de dicha situación y deberá realizar según resulten procedentes las siguientes acciones:

(...)

13. Recibir la manifestación de los presuntos autores y partícipes de la comisión de los hechos investigados.
14. Solicitar y recibir de inmediato y sin costo alguno de las entidades de la Administración Pública correspondientes, la información y/o documentación que estime necesaria vinculada a los hechos materia de investigación, para lo cual suscribirá los Convenios que resulten necesarios, con las entidades que así lo requieran.
15. Realizar las demás diligencias y procedimientos de investigación necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos investigados”.

Argumentos de los demandantes

29. Consideran que la modificatoria en cuestión, la misma que autoriza a la Policía Nacional a llevar a cabo una serie de actos de investigación sin la participación del Fiscal, menoscaba la atribución otorgada constitucionalmente al Ministerio Público como director de la investigación del delito, reconocida en el artículo 159 de la Constitución.

Argumentos de los demandados

30. Consideran que las facultades adicionales que la norma cuestionada otorga a la Policía Nacional son conforme al artículo 166 de la Constitución que establece la investigación del delito como tarea propia de la Policía Nacional.

Consideraciones particulares

El Ministerio Público como director de la investigación preliminar

31. Según el artículo 159 inciso 4 de la Constitución, una de las atribuciones que corresponde al Ministerio Público es la conducción de la investigación del delito desde su inicio.

“Artículo 159.- Corresponde al Ministerio Público:

(...)

4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función”.

32. A su vez, el artículo 166 de la Constitución establece que la finalidad fundamental de la Policía Nacional es garantizar, mantener y restablecer el orden interno, teniendo como una de sus atribuciones la prevención, la investigación y el combate de la delincuencia.

“Artículo 166.- La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno (...). Previene, investiga y combate la delincuencia (...)”.

33. Como puede observarse, por mandato constitucional, la competencia para investigar el delito ha sido asignada tanto al Ministerio Público como a la Policía Nacional. No obstante, de una lectura conjunta de los artículos 159 inciso 4 y 166 de la Norma Suprema, conforme al Principio de Unidad de la Constitución –según el cual, la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto (Cfr. Exp. N° 5854-2005-PA/TC, Caso Pedro Andrés Lizana Puelles, fund. 12)– se entiende que tanto la Policía Nacional del Perú como el Ministerio Público intervienen en la investigación del delito, pero es el Ministerio Público quien ostenta una relación de prelación sobre la Policía Nacional en el ejercicio de tal competencia.

34. Por tanto, corresponde al órgano titular de la acción penal la dirección de la investigación del delito, encontrándose la Policía Nacional en una relación de subordinación funcional respecto del Ministerio Público en las labores de investigación del delito, siendo el Ministerio Público el encargado de dirigir la investigación del delito. En función de ello, este Tribunal Constitucional ha señalado que:

“(...) la Policía Nacional del Perú desarrolla una función meramente ejecutiva y, por ende, subordinada funcionalmente, en lo que a la investigación del delito se refiere, al Ministerio Público” (Exp. N° 005-2001-AI/TC).

35. En la sentencia citada se declaró la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones del Decreto Legislativo N° 897 que disponían que la investigación del delito sería dirigida por la Policía Nacional del Perú y la posibilidad de decidir ampliaciones de la investigación. Así:

“El Tribunal considera que el otorgamiento de atribuciones tales como: la incomunicación del detenido a solicitud de la Policía Nacional, la asignación de abogado de oficio por la Policía Nacional si el detenido no lo designa, la investigación del delito por la

Policía Nacional del Perú con la intervención del Ministerio Público, la obligación del Ministerio Público de incluir en la denuncia penal la petición de ampliación de la investigación, a solicitud de la Policía Nacional, la obligación del juez de aceptar dicha petición y la designación de abogado de oficio a la persona detenida por parte de la Policía Nacional, trasladan a la Policía Nacional atribuciones que competen al Ministerio Público conforme al artículo 159, inciso 4) de la Constitución. En efecto, es el Ministerio Público el encargado de la conducción del proceso en la fase prejurisdiccional” (Exp. N° 005-2001-AI/TC).

36. Ello implica que la labor de investigación policial no es autónoma sino que se desarrolla bajo la dirección funcional del Ministerio Público, de modo tal que la Policía Nacional debe actuar bajo la orientación, dirección y vigilancia del Ministerio Público, debiendo dar cuenta a este último de las labores realizadas en el marco de la investigación preliminar.
37. Sin embargo, tal dirección de la investigación por parte del Ministerio Público no significa que en todos y cada uno de los actos de investigación realizados por la Policía Nacional del Perú precisen de una orden expresa por parte del Fiscal, sobre todo en aquellas situaciones de urgencia en las que se requiere llevar a cabo actos de investigación de actuación inmediata, a efectos de una oportuna obtención de medios probatorios. Ello en virtud del efectivo cumplimiento del mandato constitucional de investigación del delito, establecido en los artículos 159 inciso 4 y 166 de la Constitución. Un ejemplo que al respecto nos puede ser útil se encuentra previsto en el artículo 67, inciso 1 del Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957) que permite a la Policía Nacional del Perú llevar a cabo por sí misma actos de investigación por razones de urgencia, con cargo a dar cuenta de modo inmediato al Fiscal:

“La Policía Nacional en su función de investigación debe, inclusive por propia iniciativa, tomar conocimiento de los delitos y dar cuenta inmediata al Fiscal, sin perjuicio de realizar las diligencias de urgencia e imprescindibles para impedir sus consecuencias, individualizar a sus autores y partícipes, reunir y asegurar los elementos de prueba que puedan servir para la aplicación de la Ley Penal”.
38. Sin embargo, considero necesario resaltar que tales autorizaciones legales para que la Policía Nacional del Perú por razones de urgencia decida por sí misma llevar a cabo determinados actos de investigación implican el deber de la Policía Nacional del Perú de dar aviso inmediato al Fiscal, quien a su vez, efectuará un control de tales actuaciones. Asimismo, la autorización a la Policía Nacional del Perú para decidir por razones de urgencia la realización de determinados actos de investigación en modo alguno implican el reconocimiento de actuación autónoma de la Policía Nacional del Perú en el marco de la investigación del delito, la misma que debe ser conducida y dirigida por el Ministerio Público. De otro modo, si fuera la Policía

Nacional del Perú quien en todos los casos decidiera qué actos de investigación deben llevarse a cabo y de qué modo, estaría asumiendo un rol de director de la investigación del delito que no le corresponde.

Análisis de la norma impugnada

39. Como fuera expuesto en los fundamentos precedentes, el reconocimiento a la Policía Nacional de atribuciones para la decisión de la realización de actos de investigación es admisible constitucionalmente únicamente atendiendo a la urgencia de la situación, a fin de un cabal cumplimiento del mandato constitucional de investigación del delito, establecido en los artículos 159 inciso 4 y 166 de la Constitución.
 40. Asimismo, considero que debe tomarse en cuenta que conforme se señala en el segundo párrafo del mismo artículo 1 de la Ley N° 27934, conforme a la modificatoria cuestionada, tales atribuciones de la Policía Nacional consistentes en decidir por sí misma los actos de investigación a llevarse a cabo, serán ejercidas por la Policía Nacional solamente “cuando el Fiscal se encuentre impedido de asumir de manera inmediata la conducción de la investigación”.
 41. Además, el ejercicio de tales atribuciones otorgadas de manera excepcional a la Policía Nacional puede y debe ser controlado por el Ministerio Público, en ejercicio de su rol de guardián de la legalidad, de conformidad con el artículo 159 inciso 1 de la Constitución. La norma impugnada se manifiesta en este sentido, al disponer en el antepenúltimo párrafo del artículo 1 de la Ley N° 27934, que la Policía está en la obligación de presentar actas detalladas de tales actuaciones al fiscal.
 42. Por todo lo expuesto, estimo que las nuevas atribuciones otorgadas a la Policía Nacional en el marco de la investigación del delito (previstas en los incisos 13, 14 y 15 de la Ley N° 27934, conforme a la modificatoria cuestionada) resultan constitucionales, siempre que, tal como lo señala la propia norma impugnada, respondan a la imposibilidad del fiscal de asumir de manera inmediata la conducción de la investigación, es decir, se trate de un caso de urgencia, y en segundo lugar, exista un control de la legalidad de las actuaciones por parte del Fiscal.
- 3.2. Modificatoria de la Ley N° 27379, incorporando la posibilidad de que el juez penal decreta la incomunicación de quien se encuentra sujeto a investigación preliminar**

Norma impugnada

43. Se cuestiona la constitucionalidad del Artículo Único del Decreto Legislativo N° 988, en el extremo que introduce el inciso “2.a” en el artículo 2 de la Ley N° 27379, de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares. Dicha disposición establece lo siguiente:

“Artículo 2.- El Fiscal Provincial, en casos de estricta necesidad y urgencia, podrá solicitar al Juez Penal las siguientes medidas limitativas de derechos:

(...)

2.a Incomunicación. Esta medida se acordará siempre que resulte indispensable para el esclarecimiento de los hechos investigados. Puede acumularse a la medida de detención preliminar, con una duración no mayor de diez (10) días, siempre que no exceda el plazo de duración de esta última. Esta medida no impide la conferencia en privado del detenido con su abogado defensor, la que no requiere autorización previa ni podrá ser prohibida”.

Argumentos de los demandantes

44. Sostienen que dicho precepto viola el derecho de toda persona a no ser incomunicada, toda vez que no se especifica cuáles son aquellos casos que deben ser considerados como indispensables ni la necesidad de que las resoluciones que dispongan tales medidas deban ser motivadas.

Argumentos de los demandados

45. Señalan que la cuestionada modificatoria solo será de aplicación en aquellos casos que sean indispensables para el esclarecimiento de los hechos investigados y que la medida no incomunica totalmente al inculpado, por cuanto no existe impedimento alguno para que el detenido se entreviste con su abogado defensor ni se le impedirá acceder a diarios ni revistas.

Consideraciones particulares

La medida de incomunicación en la Constitución

46. La Constitución, en su artículo 2, inciso 24, literal “g”, establece que la incomunicación solo puede producirse en casos indispensables para el esclarecimiento de un delito y respetando la regulación legal pertinente:

“Nadie puede ser incomunicado sino en caso indispensable para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. La autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida”.

47. Asimismo, el Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre los alcances de dicha disposición constitucional, con ocasión de la sentencia recaída en el Exp. N° 0010-2002-AI/TC, habiendo precisado en dicha ocasión que el dictado de la medida de incomunicación es admitido únicamente en aquellos casos en los que resulte indispensable para el esclarecimiento de un delito, bajo la forma y por el tiempo previstos por la ley, sin perjuicio de la responsabilidad de la autoridad de señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida:

“172. (...) el Tribunal Constitucional ha de recordar que el derecho a no ser incomunicado no es un derecho absoluto, sino susceptible de ser limitado, pues como el mismo literal ‘g’, inciso 24), del artículo 2 de la Constitución se encarga de precisar, tal incomunicación puede realizarse en los casos indispensables para el esclarecimiento de un delito, y en la forma y por el tiempo previstos por la ley. En tal supuesto, ‘la autoridad está obligada bajo responsabilidad a señalar, sin dilación y por escrito, el lugar donde se halla la persona detenida’.

En consecuencia, no hay un derecho absoluto a no ser incomunicado. Este puede efectuarse, excepcionalmente, en los casos indispensables, y siempre que con ello se persiga el esclarecimiento de un delito, considerado como muy grave. Además, el Tribunal Constitucional considera que cuando la Constitución alude a la existencia de un ‘caso indispensable’, con ello exige la presencia de una razón objetiva y razonable que la justifique. Pero, a su vez, sea cual fuere esa base objetiva y razonable, tal incomunicación no puede practicarse para otros fines que no sean el esclarecimiento de un delito, en la forma y plazo que la ley establezca.

173. En segundo lugar, aunque el literal ‘g’, inciso 24), del artículo 2 de la Constitución no indique expresamente la autoridad responsable para decretar la incomunicación, el Tribunal Constitucional entiende que ella debe ser efectuada necesariamente por el Juez penal, en tanto que se trata de una medida limitativa de un derecho fundamental”.

48. Como es de verse, conforme ha sido establecido por el Tribunal en la referida sentencia, cuando la Constitución hace referencia a la existencia de un caso indispensable, ello significa que es la presencia de una razón objetiva y razonable la que debe servir como justificación para el dictado de la medida de incomunicación. Sin embargo, sea cual fuere esa base objetiva y razonable, tal incomunicación no puede practicarse para otros fines que no sean el esclarecimiento de un delito, en la forma y plazo que la ley establezca. Asimismo, si bien es cierto que el literal “g” del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución no indica expresamente la autoridad responsable del dictado de la medida de incomunicación, el Tribunal Constitucional en la sentencia precitada entendió que ello debe ser necesariamente efectuado por un órgano jurisdiccional, en tanto que se trata de una medida limitativa de un derecho fundamental.

Análisis de la norma legal impugnada

49. Analizando la norma impugnada a la luz de lo establecido por el literal “g” del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución y del desarrollo del mismo realizado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se llega a la conclusión de que tal norma es conforme a la Constitución, por cuanto reconoce expresamente que la autoridad competente para el

dictado de la medida de incomunicación es la autoridad jurisdiccional, en concordancia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y además, establece el plazo y la forma en que dicha medida debe ser dictada, aspectos cuya regulación ha sido expresamente delegada al legislador por la Constitución.

50. La alegación de los demandantes en el sentido de que se incurre en inconstitucionalidad al no precisar cuáles son aquellos casos que deben ser entendidos como indispensables, antes que un problema de inconstitucionalidad en abstracto de la norma impugnada, implica un problema de indeterminación al momento de la aplicación de la ley, toda vez que el carácter de indispensable no puede ser determinado en abstracto, sino que requerirá un análisis respecto a un caso en concreto.
51. En consecuencia, dicha alegación debe ser rechazada, toda vez que el proceso de inconstitucionalidad implica un análisis de constitucionalidad de la norma legal impugnada en abstracto. En aquellos casos en los que la inconstitucionalidad de la norma se exprese únicamente en determinados casos en concreto no corresponderá su expulsión del ordenamiento jurídico vía declaratoria de inconstitucionalidad sino su inaplicación a dichos casos, en ejercicio del control difuso establecido en el artículo 138 de la Constitución.
52. De otro lado, en cuanto al cuestionamiento de los demandantes referido a que no se ha especificado que la resolución judicial que dispone una medida de incomunicación requiere ser motivada, este Tribunal considera que dicho argumento también debe ser desestimado, toda vez que dicha especificación no es necesaria por cuanto, en virtud del artículo 139 inciso 5 de la Constitución, toda resolución judicial debe estar debidamente motivada, estando además el Juez penal, conforme a lo establecido en el artículo 45 de la Constitución, a ejercer su función con pleno respeto de los derechos fundamentales de las personas, así como de la Constitución y de las leyes. En todo caso, la contravención de dicho deber de motivación comportaría una afectación, en concreto, de los derechos fundamentales del investigado, pero la misma no se derivaría de un defecto de constitucionalidad de la norma en cuestión.
53. En tal sentido, concluyo que la disposición cuestionada es constitucionalmente válida.

3.3. Prolongación del mandato de detención

Norma impugnada

54. Los demandantes sostienen que es inconstitucional el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 983, que modifica el artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991 (Decreto Legislativo N° 638), introduciendo un supuesto adicional para la procedencia de la prolongación del plazo de la detención judicial:

“Artículo 2.- Modificase el artículo 137 del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 638, en los términos siguientes:

(...)

Cuando el delito se ha cometido a través de una organización criminal y el imputado pudiera sustraerse a la acción de justicia o perturbar la actividad probatoria, la detención podrá prolongarse hasta por un plazo igual (...).”

Argumentos de los demandantes

55. Consideran que dicha modificatoria permite prolongar la prisión preventiva más allá de 36 meses, lo que contravendría jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la cual ha establecido que la prolongación de la detención más allá de dicho plazo solo puede darse en caso de que la dilación sea atribuible al propio procesado.

Argumentos de los demandados

56. Señalan que el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente N° 1175-2006-PHC/TC que una prolongación de la detención por un plazo superior a 36 meses es constitucionalmente admisible cuando se trata de una organización criminal internacional con estructura y compartimientos estancos, y con poder como para encubrir su accionar, lo que hace dificultosa la actividad del Estado en el debido esclarecimiento de los hechos.

Consideraciones particulares

57. Respecto de lo alegado por los demandantes, cabe señalar que, en efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ya ha hecho una interpretación conforme a la Constitución de las normas relativas a la detención judicial contenidas en el Código Procesal Penal de 1991 (Decreto Legislativo N° 638), en el sentido de que la prisión preventiva no debe exceder, en principio, los 36 meses, excepto cuando la dilación en el proceso se base en retrasos atribuibles objetiva e inequívocamente al propio procesado (Exp. N° 2915-2004-PHC/TC, Tiberio Berrocal Prudencio). Asimismo, a través de posteriores pronunciamientos, el Tribunal Constitucional complementó el criterio esbozado, señalando que era también admisible la prolongación de la detención más allá de los treinta y seis meses en caso de que la complejidad del asunto controvertido se deba a que se trata de una organización internacional dedicada al tráfico ilícito de drogas (Exp. N° 7624-2005-PHC/TC, Hernán Ronald Buitrón Rodríguez).
58. En tal sentido, resultaría inconstitucional una modificatoria legal que permita una prolongación de la detención judicial sin sentencia de primer grado por un término mayor a los 36 meses, en situaciones distintas a los supuestos consistentes en 1) dilaciones procesales imputables al procesado o 2) que se trate del procesamiento de miembros de una

organización internacional dedicada al tráfico ilícito de drogas. Sin embargo, cabe señalar que la modificatoria cuestionada no dispone que la detención durará más de 36 meses. Antes bien, se limita a fijar un supuesto adicional para la prolongación de la detención.

59. Asimismo, advierto que tal supuesto de prolongación de la detención previsto en la disposición cuestionada no introduce sustancialmente una modificación de las circunstancias en las que puede darse una prolongación de la detención. Ya el segundo párrafo del referido artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991 preveía –y prevé aún– que la prolongación del mandato de detención procederá:

“Cuando concurren circunstancias que importen una especial dificultad o una especial prolongación de la investigación y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria”.

60. La modificatoria en cuestión dispone que se requiere “(...) que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia o perturbar la actividad probatoria”, lo que ya se encuentra previsto como presupuesto para prolongar el plazo de la detención en las normas vigentes. A su vez, la referida modificatoria exige como presupuesto para dictar la prolongación de la detención, que el delito imputado se haya “(...) cometido a través de una organización criminal (...)”, lo que a mi juicio no comporta sustancialmente una modificación de los requisitos previstos para la prolongación de la detención. Puesto que si ya la ley establece que se exige la concurrencia de circunstancias que importen una especial prolongación de la investigación, la norma cuestionada se ha limitado a especificar un supuesto concreto dentro de las circunstancias que genéricamente pueden implicar una especial prolongación de la investigación, consistente en la comisión de delitos a través de una organización criminal, la misma que por su propia naturaleza supone una mayor dificultad en la investigación respecto de delitos cometidos por sujetos individuales. En este sentido, considero que la modificatoria en cuestión resulta constitucionalmente válida.

3.4. Modificatoria del artículo 261 del Código de Procedimientos Penales, que permite considerar como prueba la sentencia firme que tenga por acreditada la existencia o naturaleza de una organización delictiva o asociación ilícita para delinquir

Norma impugnada

61. Los demandantes cuestionan el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 983, en el extremo que modifica el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales. Concretamente cuestionan el tercer párrafo del nuevo texto de dicha disposición.

Norma cuestionada:

“La sentencia firme que tenga por acreditada la existencia o naturaleza de una organización delictiva o asociación ilícita para delinquir determinada, o que demuestre una modalidad o patrón de actuación en la comisión de hechos delictivos o los resultados o daños derivados de los mismos, constituirá prueba con respecto de la existencia o forma de actuación de esta organización o asociación en cualquier otro proceso penal, la misma que deberá ser valorada conforme al artículo 283”.

Alegaciones de los demandantes

62. Alegan que la norma impugnada vulnera la garantía de la inmutabilidad de la cosa juzgada. Al respecto, consideran que la cuestionada modificatoria, al establecer la valoración como medio probatorio de la infracción cometida en el primer proceso penal, implica la imposición de una sanción por un mismo hecho más de una vez, esto es, una doble persecución penal.

Alegaciones de los demandados

63. Los demandados no hacen referencia esta norma en la contestación de la demanda

Consideraciones particulares

64. Los demandantes han cuestionado la referida norma bajo el entendido de que vulnera la garantía de la cosa juzgada, por cuanto implicaría una doble persecución penal. Al respecto, cabe señalar que si bien los demandantes invocan el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada, alegando que la norma en cuestión implicaría una doble persecución penal, lo cierto es que tal garantía se encuentra protegida por el *ne bis in idem*, antes que la invocada inmutabilidad de la cosa juzgada.
65. El *ne bis in idem* es un principio que informa la potestad sancionadora del Estado, el cual impide –en su formulación material– que una persona sea sancionada más de una vez por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. En su vertiente procesal, en cambio, tal principio comporta que “nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos”, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se lleve acabo una doble persecución contra el imputado. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos, así como el inicio de un nuevo proceso cuando concurra la referida triple identidad entre ambos procesos (Cfr. Expediente N° 2050-2002-HC/TC, Carlos Ramos Colque, f. j. 19).
66. Al respecto, advierto que la norma cuestionada, que dispone tomar en cuenta a efectos de la condena penal, una anterior sentencia en la que se tenga por acreditada la existencia o modo de funcionamiento de una determinada organización delictiva, no necesariamente implicará una doble persecución penal, toda vez que entre un proceso y otro no

necesariamente existirá triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Es decir, la sentencia a tomarse en cuenta pudo haber sido materia de un proceso seguido contra distintas personas, o sobre la base de un hecho distinto, o referida a la comisión de un delito que protege otro bien jurídico penal, por lo que el *ne bis in idem* no resultará afectado por la norma en cuestión.

67. No obstante, estimo que si bien la norma en cuestión no implica una doble persecución penal que pudiera considerarse vulneratoria del *ne bis in idem*, en cambio, la misma otorga un efecto positivo a la cosa juzgada material, lo que en el marco de un proceso penal resulta vulneratorio del derecho de defensa.

Cosa juzgada material y derecho de defensa

68. Como ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional, la cosa juzgada tiene un doble contenido. Por un lado, un “(...) **contenido formal**, que alude al hecho de que las resoluciones que han puesto fin al proceso judicial no puedan ser nuevamente cuestionadas, en la medida en que ya se han agotado todos los recursos impugnatorios que la ley prevé, o que, en su defecto, han transcurrido los plazos exigidos para hacerlo. Y un **contenido material**, que hace referencia a la materia contenida en la resolución judicial, la misma que al adquirir tal condición no puede ser modificada o dejada sin efecto, sea por parte de otros poderes públicos, de terceros, o inclusive, de los propios órganos jurisdiccionales que emitieron la resolución judicial en mención (...)” (Exp. N° 4587-2004-AA/TC).
69. La dimensión material de la cosa juzgada impide que la resolución jurisdiccional pueda ser modificada o dejada sin efecto, por parte de otros poderes públicos, de terceros, o inclusive, de los propios órganos jurisdiccionales.
70. Sin embargo, entiendo que no se puede extender los efectos de la cosa juzgada material hasta el punto de utilizar como prueba de la ocurrencia de un determinado hecho lo probado en otro proceso judicial (eficacia positiva), por cuanto ello comportaría una violación del derecho de defensa. Y es que no es posible oponer al imputado lo probado en otro proceso judicial sobre la existencia de una organización criminal, cuando dicho elemento debe ser también sometido a contradicción y probado en el propio proceso. En el mismo sentido, la doctrina se ha pronunciado señalando que:

“(...) la cosa juzgada penal carece de eficacia positiva. Y es que, si bien la cosa juzgada penal excluye un segundo juicio respecto de la misma persona, no determina prejudicialmente el contenido de la segunda sentencia ni respecto de otro inculpado por el mismo hecho, ni del mismo inculpado por un hecho distinto, aun resultando conexo con el ya juzgado anteriormente o dependiente de él”. (Armenta Deu, Teresa. Derecho procesal penal. Madrid, Marcial Pons, p. 292).

71. En este sentido, si se le imputa a una persona la comisión de un hecho delictivo en el marco de una organización criminal o una asociación ilícita para delinquir, tal circunstancia deberá ser probada al interior del propio proceso penal, y no a través de una sentencia previamente dictada en otro proceso. Por tanto, este Tribunal Constitucional considera que resulta inconstitucional la norma en mención.

Por tal razones, mi voto es por:

1. Declarar que se ha producido la sustracción de la materia respecto del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 983 en el extremo que modifica el artículo 259 del Nuevo Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N° 957) y respecto del artículo 1 del Decreto Legislativo N° 983 en el extremo que modifica el artículo 4 de la Ley N° 27934.
2. Declarar **FUNDADA**, en parte, la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia:
 - a) Declarar inconstitucional el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 982 en los extremos que modifican los artículos 20 y 57 del Código Penal.
 - b) Declarar inconstitucional el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 982 en el extremo que modifica el artículo 200 del Código Penal incorporando un cuarto párrafo que criminaliza la participación en huelgas de aquellos funcionarios públicos que no tienen reconocido dicho derecho en la Constitución.
 - c) Declarar inconstitucional el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 983 en el extremo que modifica el artículo 244 del Código de Procedimientos Penales.
 - d) Declarar inconstitucional el artículo 1 del DL N° 983 en el extremo que modifica el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales incorporando un tercer párrafo.
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo que se refiere al cuestionamiento al Artículo Único del Decreto Legislativo N° 988 en el extremo que modifica el artículo 2 de la Ley N° 27934 incorporando el inciso “2.a” y el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 983, en el extremo que modifica el artículo 137 del Código Procesal Penal de 1991 incorporando nuevos supuestos en los que procede la prolongación de la detención y el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 989 en el extremo que modifica el artículo 1 de la Ley N° 27934.

SS.
 LANDA ARROYO
 BEAUMONT CALLIRGOS

EXP. N° 00012-2008-PI/TC-LIMA

Cinco mil trescientos noventa y tres ciudadanos

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ

Con la emisión del presente fundamento de voto pretendo dejar en claro mi postura jurídica en torno al derecho a la protesta social que tienen como correlato los derechos de opinión y de expresión al que tenemos todos los ciudadanos. Dichos argumentos son los que a continuación se exponen.

&. Nuestro pronunciamiento sobre la modificatoria del delito de extorsión.

1. Sobre el particular, el tercer, cuarto y siguientes párrafos del reformado artículo 200 del Código Penal establecen lo siguiente:

**TÍTULO V
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO**

**CAPÍTULO VII
EXTORSIÓN**

Artículo 200.- Extorsión

(...)

El que mediante violencia o amenaza, toma locales, obstaculiza vías de comunicación o impide el libre tránsito de la ciudadanía o perturba el normal funcionamiento de los servicios públicos o la ejecución de obras legalmente autorizadas, con el objeto de obtener de las autoridades cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

El funcionario público con poder de decisión o el que desempeña cargo de confianza o de dirección que, contraviniendo lo establecido en el artículo 42 de la Constitución Política del Perú, participe en una huelga con el objeto de obtener para sí o para terceros cualquier beneficio o ventaja económica indebida u otra ventaja de cualquier otra índole, será sancionado con inhabilitación conforme a los incisos 1) y 2) del artículo 36 del Código Penal.

La pena será no menor de quince ni mayor de veinticinco años si la violencia o amenaza es cometida:

- a) A mano armada;
- b) Participando dos o más personas; o,
- c) Valiéndose de menores de edad.

Si el agente con la finalidad de obtener una ventaja económica indebida o de cualquier otra índole, mantiene en rehén a una persona, la pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años.

La pena será privativa de libertad no menor de treinta años, cuando en el supuesto previsto en el párrafo anterior:

- a) Dura más de veinticuatro horas.
- b) Se emplea crueldad contra el rehén.
- c) El agraviado ejerce función pública o privada o es representante diplomático.
- d) El rehén adolece de enfermedad grave.
- e) Es cometido por dos o más personas.
- f) Se causa lesiones leves a la víctima.

La pena será de cadena perpetua cuando:

- a) El rehén es menor de edad o mayor de setenta años.
- b) El rehén es persona con discapacidad y el agente se aprovecha de esta circunstancia.
- c) Si la víctima resulta con lesiones graves o muere durante o como consecuencia de dicho acto.

A su vez, los mencionados incisos 1) y 2) del artículo 36 del Código Penal establecen lo siguiente:

La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
2. Teniendo en cuenta las conductas que prohíbe el legislador penal en la modificatoria del artículo 200 del Código Penal (obstaculización de vías o del tránsito por parte de cualquier ciudadano, entre otros supuestos, así como la participación en huelga de funcionarios públicos con poder decisión o que desempeñan cargos de confianza o de dirección), es pertinente examinar en qué medida la protesta social constituye un mecanismo que posee legitimidad constitucional.

&. Legitimidad constitucional de la protesta social. El derecho fundamental a la protesta

3. El artículo 3 de la Constitución establece que: “La enumeración de los derechos establecidos en el capítulo I no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

4. Conforme a tal cláusula de los derechos no enumerados y a los criterios y principios que allí se exigen para identificar un derecho básico, estimo que debe reconocerse en el ordenamiento jurídico peruano el derecho fundamental a la protesta, el mismo que aunque posee propiedades relacionadas con los derechos a la libertad de expresión o de reunión, entre otros bienes constitucionales, posee características propias que lo hacen individualizable.
5. Conforme al contenido constitucional del derecho fundamental a la protesta, los ciudadanos tienen el derecho de mostrar individual o colectivamente, su queja o disconformidad con aquellas acciones u omisiones de las autoridades estatales, regionales o locales, o incluso, con aquellas personas de derecho privado que prestan servicios públicos o que se constituyen en centros de poder respecto de los individuos; de declarar o proclamar públicamente propósitos legítimos, o de mostrar su oposición, desaprobación o crítica a determinadas políticas públicas que se consideren contrarias a los derechos constitucionales. Su reconocimiento se encuentra ligado indisolublemente a valores de tal relevancia como la dignidad del ser humano, el Estado democrático de derecho, el principio de soberanía del pueblo o la forma republicana de gobierno.
6. No se puede afirmar que el derecho fundamental a la protesta sea el derecho más importante de todos, pero lo que sí se puede afirmar es que este derecho es indispensable para la realización de otros derechos básicos (libertad de expresión, de opinión, de manifestación del pensamiento, de reunión, etc.)

&. Derecho a la protesta y materialización de la democracia

7. En reiterada jurisprudencia, el Tribunal ha destacado que, tal como se desprende de los artículos 3 y 43 de la Constitución, el Estado peruano es un Estado social y democrático de derecho. El principio democrático, inherente al Estado Constitucional, alude no solo al reconocimiento de que toda competencia, atribución o facultad de los poderes constituidos emana del pueblo (principio político de soberanía popular) y de su voluntad plasmada en la Norma Fundamental del Estado (principio jurídico de supremacía constitucional), sino también a la necesidad de que dicho reconocimiento originario se proyecte como una realidad constante en la vida social del Estado, de manera tal que, a partir de la institucionalización de los cauces respectivos, cada persona, individual o colectivamente considerada, goce plenamente de la capacidad de participar de manera activa “en la vida política, económica, social y cultural de la Nación”, según reconoce y exige el artículo 2.17) de la Constitución.

La democracia se fundamenta pues en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1 de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal, es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales.

Desde luego, consustancial a tal cometido es el reconocimiento de un gobierno representativo y del principio de separación de poderes (artículo 43 de la Constitución), de mecanismos de democracia directa

(artículo 31 de la Constitución), de instituciones políticas (artículo 35 de la Constitución), del principio de alternancia en el poder y de tolerancia; así como de una serie de derechos fundamentales cuya vinculación directa con la consolidación y estabilidad de una sociedad democrática, hace de ellos, a su vez, garantías institucionales de esta. (Exp. N° 04677-2004-PA/TC f. j. 12).

8. En el Estado Constitucional si bien se exige el respeto a las decisiones de las mayorías también se exige que tales decisiones no desconozcan los derechos de las minorías, pues el poder de la mayoría solo adquirirá legitimidad democrática cuando se permita la participación de las minorías y reconozca los derechos de estas; y finalmente, si bien se exige mayor participación de los ciudadanos en el Estado, también se exige mayor libertad frente al Estado.
9. De este modo, la plena materialización de la democracia en un ordenamiento jurídico como el peruano, exigirá entre otras condiciones, la consideración de que todos somos iguales, de que la democracia es aquel mecanismo (medio) para lograr la igualdad en el ejercicio de todos los derechos de los ciudadanos (fin). Mientras exista desigualdad en una sociedad, la democracia deberá ser aquel instrumento que coadyuve en la remoción de aquellos obstáculos que impidan realizar la igualdad. No se trata solo de tratar igual a los iguales o desigual a los desiguales, sino de remover las condiciones de desigualdad.
10. Esta labor no solo corresponde al Estado sino también a los ciudadanos que son al final los titulares del poder, por lo que una de las formas más eficaces de hacer realidad la igualdad o el respeto a los derechos fundamentales es precisamente mediante el derecho a la protesta. Sin la existencia y el respeto del derecho a la protesta no se puede afirmar que en un ordenamiento como el peruano exista o se respete la democracia.

&. El derecho a la protesta no incluye el uso de la violencia contra personas o bienes. La responsabilidad de los dirigentes

11. El contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la protesta no incluye, sin lugar a dudas, el uso de la fuerza o violencia contra persona alguna, ya sean personas que participan en la protesta, personas que no han mostrado su voluntad de participar en la protesta o miembros de las fuerzas del orden, como tampoco incluye el uso de la fuerza o violencia contra bienes muebles o inmuebles públicos o privados.
12. El arbitrario ejercicio del derecho a la protesta debe ser sancionado por parte del Estado. La cobertura constitucional del derecho a la protesta culmina allí donde se hace uso de la violencia. En el Estado Constitucional “el fin no justifica los medios”. En el Estado Constitucional, una protesta que tenga fines legítimos (por ejemplo, la defensa del medio ambiente), no pueden justificar medios ilegítimos (por ejemplo, “toma de carreteras” que interrumpan el tránsito interprovincial, la agresión física contra aquellos ciudadanos que no participan en la protesta, robos, hurtos, destrucción de locales de instituciones públicas o de empresas o negocios privados, entre otros).

13. Por ello, resultan compatibles con la Constitución aquellas leyes penales que sancionan los excesos en el ejercicio del derecho a la protesta. Así, el delito de usurpación (artículo 202, incisos 2 y 3 del Código Penal), sanciona a quien “por violencia, amenaza, engaño o abuso de confianza, despoja a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real”, o al “que, con violencia o amenaza, turba la posesión de un inmueble”; el delito de disturbios (artículo 315 del Código Penal), que sanciona a quien “en una reunión tumultuaria, atenta contra la integridad física de las personas y/o mediante violencia causa grave daño a la propiedad pública o privada” y a quien “utilice indebidamente prendas o símbolos distintivos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú”; y el delito de entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos (artículo 283 del Código Penal), que sanciona a quien “sin crear una situación de peligro común, impide, estorba o entorpece el normal funcionamiento del transporte; o de los servicios públicos de comunicación, provisión de agua, electricidad, hidrocarburos o de sustancias energéticas similares”, y también en “los casos en que el agente actúe con violencia y atente contra la integridad física de las personas o cause grave daño a la propiedad pública o privada”, entre otros.
14. De otro lado, es indispensable destacar la responsabilidad que recae sobre los dirigentes, es decir sobre aquellas personas encargadas de dirigir la protesta cuando esta es desarrollada de modo colectivo. Al respecto, siendo innegable que los dirigentes también gozan del derecho a la protesta recae sobre ellos una mayor responsabilidad en el desenvolvimiento de ella pues tienen la obligación de prever las consecuencias que pueda originar. Si en una determinada protesta participan por ejemplo 6,000 personas, resulta ineludible la obligación de los dirigentes de evaluar previamente los efectos o secuelas que pueda originar tal movilización de personas. Si se producen daños contra la propiedad o contra las personas, resulta inválido el argumento conforme al cual las 6,000 personas – continuando con el ejemplo–, son las responsables por tales daños. En los daños producidos existen responsabilidades penales y civiles individuales, como también responsabilidades penales y civiles de los dirigentes. El ejercicio del derecho a la protesta no puede justificar la vulneración de otros derechos fundamentales como el de propiedad, a la integridad física o incluso a la vida, por lo que debe examinarse en cada caso concreto las respectivas responsabilidades penales, civiles u otras a que hubiere lugar.
15. Por todo lo hasta aquí expuesto considero pertinente subrayar que solo podrá atribuirse a algún funcionario público responsabilidad por este delito siempre y cuando la conducta encaje perfectamente dentro del tipo penal, esto es utilice el derecho a la protesta como instrumento para obtener una ventaja económica indebida, pues ello significaría distorsionar el normal ejercicio del derecho al que se ha hecho mención en el presente fundamento de voto.

SR.
ETO CRUZ

02 Para ser legítima defensa debe ser necesaria con relación al peligro inminente (Caso: Luis Miguel Llanos Carrillo)

Se ha señalado que el grado e intensidad surgido del ataque determina el grado (necesidad de la defensa requerida) por cuanto la defensa debe ser necesaria en relación al peligro inminente, es así que el imputado en defensa tanto de su propia integridad como la de su enamorada, frente al primer disparo efectuado por el tercer sujeto, es que procedió a hacer uso de su arma de fuego.

25° Juzgado Penal - Reos Libres

EXPEDIENTE : N° 26736-2012-0-1801-JR-PE-25
 ESPECIALISTA : AQUINO ENCISO, JAVIER
 IMPUTADO : LLANOS CARRILLO, LUIS MIGUEL
 DELITO : HOMICIDIO SIMPLE
 DELITO : ENCUBRIMIENTO REAL
 AGRAVIADO : SILVA REQUENA, LUIS SANTOS
 : ANCHANTE PÉREZ, SEBASTIÁN

Resolución N° 5

Lima, 22 de noviembre de 2012

AUTOS y VISTOS:

La denuncia formalizada por la Señora Fiscal Provincial Penal de la Cuarta Fiscalía Provincial en lo Penal de Lima en mérito Atestado Policial N° 016-2012-DIRINCRI-PNP/JAIC-C-DIVINCRI-MI-SI-LI y demás recaudos aparejados a la denuncia formalizada contra LUIS MIGUEL LLANOS CARRILLO, por la presunta comisión de los delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud Homicidio Simple en agravio de Luis Santos Silva Requena y Sebastián Anchante Pérez Estado; y, por el delito contra la Administración Pública –contra la Administración de Justicia, contra la Función Jurisdiccional– Encubrimiento Real en agravio del Estado.

I. IMPUTACIÓN FÁCTICA

1. Delito de Homicidio Simple

Se desprende de la denuncia formalizada por la Representante del Ministerio Público, que se atribuye al denunciado, haber quitado la vida a los agraviados Luis Santos Silva Requena y Sebastián Anchante Pérez, en circunstancias que, el día 27 de diciembre de 2011, aproximadamente a las 20:15 horas, cuando la persona de Andrea Voto Bernal Larraín abordó de su vehículo de placa de rodaje A3U-536, se encontraba estacionada en la cuadra 2 de la Avenida Trípoli en el Distrito de Miraflores, con

la finalidad de esperar al denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo, ella fue interceptada por Sebastián Anchante Pérez y Luis Santos Silva Requena, portando uno de ellos el arma de fuego Pietro Beretta, con la cual la amenazaron y la obligaron a descender de su vehículo para despojarla de sus pertenencias; instantes en el que hizo su aparición el denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo quien al advertir que su enamorada Andrea Voto Bernales Larraín había sido interceptada, por las personas de Luis Santos Silva Requena y Sebastián Anchante Pérez, procedió a efectuar hasta 7 disparos con su pistola marca BERSA, calibre 9 milímetros, dos de los cuales impactaron en la humanidad de Silva Requena y Anchante Pérez y otros 2 disparos impactaron en la carrocería del automóvil marca Nissan color rojo de placa de rodaje COX-685 (cuya placa original es CQI-873), en cuyo interior dos más –que no han sido identificadas se dieron a la fuga. Así se tiene que, debido a la intervención del denunciado Llanos Carrillo se llegó a frustrar el delito de robo; debiéndose apreciar la intensidad y peligrosidad de la agresión sufrida por Bernales Larraín (no solo en su patrimonio sino también en su integridad física), el proceder de los cuatro agresores y los medios de los que disponía en esos momentos el denunciado Llanos Carrillo para defender a su enamorada e incluso también la suya, por lo que teniendo en cuenta que en el lugar de los hechos si bien no se hallaron restos de disparos de arma de fuego distintas a la que portaba Llanos Carrillo; advierte la Representante del Ministerio Público, que se habría cometido el delito de homicidio simple, en circunstancias de una legítima defensa imperfecta, ya que si bien es cierto que existió una agresión ilegítima por parte de Silva Requena y Anchante Pérez y sus dos acompañantes –quienes se dieron a la fuga al interior del automóvil marca Nissan color rojo antes citado, por la forma en que se desarrolló el evento delictivo, el denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo se habría excedido en dar respuesta a la agresión sufrida por su enamorada (racionalidad de la defensa), primero agrediendo físicamente (lesiones causadas *antemortem*) a Silva Requena y Anchante Pérez y luego haciendo uso de su arma de fuego efectuó siete disparos, dos de los cuales impactaron mortalmente en la integridad física de Silva Requena y Anchante Pérez (quienes al ser examinados para determinar metales en sus manos estos resultaron no compatibles por disparos).

2. Delito de Encubrimiento Real

Asimismo, agrega la Representante del Ministerio Público, que se le imputa al denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo el dificultar la acción de la justicia, procurando la desaparición de las pruebas del delito; toda vez que Llanos Carrillo, el día 27 de diciembre de 2011, luego de ocurridos los hechos se llevó consigo la pistola semiautomática marca Pietro Beretta y un teléfono celular que portaba uno de los agresores de Andrea Voto Bernales Larraín, y que fue entregado por medio de su abogado defensor Frank Guerrero de Romaña al día siguiente, es decir el día 28 de diciembre de 2011, a las 14:40 horas (folios 9899), después de más de 12 horas de transcurridos los hechos, dificultando de este modo la realización de la actividad probatoria en la escena del crimen, como es recoger las huellas y especies, que permitan obtener mayores datos sobre los hechos ocurridos; pese a que el denunciado por su condición profesional y capacitación sobre el manejo de armas pudo prever y dejar el arma de fuego y el teléfono celular

en la escena del crimen, o poner en conocimiento de las autoridades de manera inmediata, lo cual no hizo⁽¹⁾.

II. TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS IMPUTADOS

Los delitos materia de denuncia se encuentran previstos y sancionados en los artículos 106 del Código Penal, que señala: “El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años”; así como en la primera parte del párrafo único del artículo 405 del mismo cuerpo legal, que 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 (...)”⁽²⁾.

III. ELEMENTOS DE JUICIO QUE ABONAN LA IMPUTACIÓN

La denuncia penal indica lo siguiente:

1. Protocolo de Necropsia practicado a Luis Santos Silva Requena, folios 183/193.
2. Protocolo de Necropsia practicado a Sebastián Anchante Pérez, de folios 194/198.
3. El Dictamen Pericial de Balística Forense N° 1329/2011 elaborado por la Policía Nacional (folios 141).
4. El Dictamen Pericial de Balística Forense N° 1330/2011 elaborado por la Policía Nacional (folios 142).
5. Dictamen Pericial de Balística practicado a Luis Miguel Llanos carrillo, arrojando positivo para metales de plomo, antimonio y bario, compatibles con restos de disparos por arma de fuego (folios 170).
6. La declaración indagatoria del propio denunciado (folios 48/54).
7. La declaración indagatoria de Andrea Voto Bernalles Larrain (folios 55/59).
8. Las testimoniales de los médicos legistas Judith Angélica Maguiña Romero (folios 447/449), Juan Martín Villalobos Vargas (folios 450/454) y Róger Ernesto Velásquez Guevara (folios 452/454).
9. El informe pericial médico legal N° 022-2012-IML-GECRIM/DITANFOR (folios 439/441).

(1) Fuente: Glosa del fundamento de hecho de la denuncia penal de fojas 821/824, haciéndose la precisión que no existe disgregación por cada ilícito penal.

(2) Ver acápite fundamentos de derecho de la denuncia penal de fojas 821/824.

10. El informe pericial médico legal N° 023-2012-IML-GECRIM/DITANFOR (folios 443/446)⁽³⁾.

IV. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO POR EL JUZGADO PENAL

Habiéndose formalizado denuncia penal contra Luis Miguel Llanos Carrillo, corresponde a este Órgano Jurisdiccional, emitir pronunciamiento respecto a la procedencia o no de la apertura del proceso penal, debiéndose tener en cuenta los presupuestos señalados en el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, “recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal solo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no haya prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal (...)”⁽⁴⁾.

V. ACTOS DE INVESTIGACIÓN OBRANTES EN AUTOS

1. Que, a fojas 02/03, obra la ocurrencia de calle N° 1268, efectuada por la Comisaría de Miraflores, de fecha 27 de diciembre de 2011, en la que se consigna que el personal policial interviniente, Suboficial Brigadier José Luis Chávez Huerta, por orden de la central fue desplazado a la Calle Trípoli Cuadra 3 - Miraflores, lugar donde se había suscitado un intercambio de disparos, encontrándose dos personas de sexo masculino tirados en la pista sangrando (aparentemente presentaban heridas por arma de fuego), los mismos que fueron trasladados al hospital Casimiro Ulloa, precisándose que uno de ellos (hasta ese momento no identificado) llegó fallecido al citado Hospital; y el otro, identificado como Sebastián Anchante Pérez, presentaba un orificio en la frente de entrada y salida, siendo su diagnóstico TEC grave con arma de fuego. Asimismo, en la ampliación de la denuncia, realizada por el Suboficial de Tercera Robert Cieza Quiroz, se indica que se adjunta a la referida Ocurrencia policial la tarjeta de propiedad N° 3708227 del vehículo de placa A3U536, camioneta rural KIA 2010, a nombre de Andrea Voto Bernales Larraín, dos SOAT y un manual de garantía del mismo vehículo, un recibo de Movistar a nombre de Jorge Prado Voto Bernales Gatica, entre otros.
2. Que, a fojas 46/47, obra la manifestación a nivel policial de Frank Manuel Guerrero de Romaña, de fecha 28 de diciembre de 2011, en la que señala que se encuentra presente en la dependencia policial a fin de hacer entrega del arma Pistola Pietro Barreta 9 parabelum con número de serie D09084Z, con la cual su primo y su novia fueron agraviados por el delito de robo agravado e intento de asesinato y asimismo entregar el arma Pistola Bersa calibre 380 ACP N° 911463 perteneciente a Miguel Llanos Carrillo, objeto con el cual repelió la acción ilegítima por parte

(3) Fuente: Glosa del rubro “Elementos de juicio que abonan la imputación”, conforme se desprende de la denuncia penal de fojas 821/824.

(4) Conforme a la modificatoria del artículo 1 de la Ley N° 28117, publicado el 10/12/2003, en el diario oficial *El Peruano*.

de los asaltantes. Indicando que las armas le fueron entregadas por su primo Luis Miguel Llanos Carrillo quien le refirió que cuando estaba repeliendo el ataque da un giro hacia su mano izquierda para mirar a los otros dos asaltantes momento en el cual uno de ellos que se encontraba en la acera echado le apunta y dispara, pero por suerte la pistola de los delincuentes no percute, quedándose la bala trabada en la recámara, siendo que aprovechando tal situación, Luis Llanos Carrillo le quita el arma con la finalidad de desarmarlo para proteger su vida y la de su enamorada, momento en el cual sube a su carro y se retira para estar a buen recaudo. De igual forma señala que Luis Llanos Carrillo viene recibiendo amenazas de muerte vía telefónica, motivo por el cual, cuando existan las garantías necesarias se presentará a rendir su manifestación.

3. Que, a fojas 48/54 obra la manifestación a nivel policial de Luis Miguel Llanos Carrillo, quien señala que el día 27 de diciembre de 2011 aproximadamente a las 19:30 horas, se encontraba en el interior del departamento de un amigo Enrique Hugo Alarcón donde dejaría unas tablas, las mismas que serían recogidas por su amigo Mauricio Sevilla, indicando que había llamado a su novia Andrea Voto Bernalles Larrain para que lo recogiera, como otras veces ya lo había hecho, acostumbrando estacionar su vehículo (camioneta marca KIA, modelo sportage, placa de rodaje A3U536) frente a la puerta principal del ingreso al edificio. Asimismo, señala el declarante que tenía un morral que contenía en su interior, entre otras cosas, una computadora Galaxitap y su arma de fuego, la misma que se encontraba abastecida con seis proyectiles, siendo que caminó algunos metros hacia el vehículo, observando y presagiando que algo malo ocurría ya que había visto a dos sujetos, a uno de ellos solo le vio las piernas, quien se encontraba al lado del piloto, donde se hallaba su novia y al otro sujeto si le observó todo el cuerpo, quien estaba al lado del copiloto, ellos no se percataron de su presencia, pero sí un tercer sujeto quien al verlo le dispara y corre hacia un vehículo estacionado de forma diagonal, por lo que, inmediatamente sacó su arma del morral y todas las pertenencias que tenía las arrojó al piso, siendo que el sujeto que se encontraba amenazando a su novia, al escuchar el sonido de la bala, corrió hacia el lado del copiloto, donde ambos chocaron, seguidamente como tuvo a la vista a ambos sujetos, realizó varios disparos, logrando impactarle a los dos en diferentes partes del cuerpo, como estos se abatieron al piso, el sujeto que realizó el primer disparo, dentro del vehículo (Nissan TIIDA color rojo) le dispara por segunda vez, motivo por el cual dicho vehículo huye raudamente, realizando (el declarante) varios disparos hacia el vehículo, es en ese momento, donde observa que uno de los sujetos abatidos le apunta al cuerpo para dispararle, siendo que como se trabó el arma, rápidamente lo despojó de la misma impactándole una patada en la mano; precisando que, por temor a que dicho armamento se pierda o a que sea usado en su contra, así como también recogió uno de los celulares de la escena del crimen, pensando que eran de su novia, los cogió y junto con su arma los colocó en el asiento posterior de la camioneta (KIA sportage), subiendo a la misma junto con su novia a efectos de ir a un lugar más seguro, informando inmediatamente a su abogado Frank de Guerrero de Romaña, sobre lo ocurrido. Asimismo, el declarante identifica a la persona de Luis Santos Silva Requena como la persona que se encontraba apuntando con arma de fuego a su

novia y quien corrió al otro lado del vehículo al escuchar el primer disparo, siendo esta persona a quien despojó de su arma de fuego (modelo Pietro Beretta Parabellum 9 mm), ya que le apuntó con la misma para dispararle, lo que no logró debido a que se le trabó el arma, de igual forma, reconoce al sujeto cuya ficha Reniec consigna el nombre de Sebastián Anchante Pérez, toda vez que fue quien se encontraba en la parte del copiloto del vehículo de su novia, amedrentándola para despojarla de sus pertenencias; respecto al tercer sujeto cuya ficha Reniec consigna el nombre de Alex Wilmer Cavagneri Rivas, indica que al parecer es la persona que se encontraba parada en la esquina de la avenida Bolognesi con Trípoli, siendo quien realizó el primer disparo hacia su persona; y, respecto al cuarto sujeto cuya ficha Reniec consigna el nombre de Luis Alberto Moreno Rodríguez, no logra reconocerlo. Por otro lado, indica que no tiene costumbre de portar su arma de fuego, ya que el resorte de la cacerina se encuentra en mal estado por falta de mantenimiento, siendo que llevó su arma ya que días antes habían asaltado a su amigo Enrique Hugo y por encontrarse guardada en el departamento de su amigo, donde ha resido antes; precisando además que cuenta con licencia para portar armas, la misma que ha sido entregada a la policía de la DIVINCRI PNP. Asimismo, indica que luego de ocurridos los hechos narrados no golpeó físicamente a los presuntos delincuentes y mucho menos se acuerda si los impactó con la camioneta de su novia. Por otro lado, indica que luego de los hechos ocurridos se encontraba encerrado en su inmueble, ya que ha estado nervioso y tensionado por los hechos ocurridos, ya que viene recibiendo amenazas de muerte, en las que le dicen: “vamos a matar al héroe de Miraflores”, indicando además que no ha tenido problemas similares al que se investiga. De otro lado, indica que las pertenencias que no ha recuperado es un teléfono computadora Galaxitap, marca Samsung (987938193 - claro), valorizado en S/. 3,500.00 nuevos soles y un teléfono Blackberry color negro valorizado en S/. 500.00 nuevos soles, indicando además que en el momento de los hechos no había ninguna persona en el lugar, pero sí desde la ventana del edificio salían algunos curiosos. Por otro lado, señala que subió a la camioneta, del lado del piloto y su novia del lado del copiloto, fue con dirección al grifo más cercano, ubicado en la Avenida Comandante Espinar, para luego llamar a su abogado y familiares para comentarles lo sucedido, precisando que su primera intención era pedir ayuda e ir a la Comisaría, pero no lo hizo por recomendación de su abogado. Indica además que observó que los delincuentes que estaban armados era aquel al que lo despojó del arma, así como el tercer sujeto que le disparó y al parecer el conductor del vehículo en el que huía también estaba armado, puesto que empezaron a dispararle mientras huían, por el sonido, aparentemente era un revólver. Respecto a las notificaciones que han sido recepcionadas por el portero del edificio donde vive su novia, indicó que desconocía sobre las mismas, ya que ese departamento está vacío por la presión de la prensa y que el 30 de diciembre de 2011 aproximadamente a las 16:30 horas se presentó voluntariamente con su abogado defensor para la recepción de su manifestación, la misma que fue reprogramada debido a que el personal encargado de la investigación, se encontraba en un operativo por las fiestas de año nuevo.

4. Que, a fojas 55/59, obra la manifestación a nivel policial de Andrea Voto Bernales Larrain, quien señala que el día 27 de diciembre de 2011 aproximadamente a las 20:00 horas, recibió una llamada telefónica de su enamorado Luis Miguel Llanos Carrillo, quien le solicitó que lo recogiera al edificio donde reside un amigo en común, Enrique Hugo Alarcón Fernández, siendo que al llegar quiso estacionarse llamó a Luis Miguel para que bajara, seguidamente cogió su teléfono celular *Blackberry*, para enviar un mensaje de texto a su amiga, demorándose aproximadamente dos a tres minutos con su celular en la mano, encontrándose distraída con la mirada hacia abajo, luego se percató que un sujeto se asomó hacia ella y como tenía la luna de la puerta cerrada, le mostró un arma de fuego de color negro y con palabras soeces le dijo que si no le abría la puerta, la mataba; apuntándole a través del vidrio hacia su cabeza, siendo que por temor a que la lesionaran, abrió la puerta y al abrirla se desactivaron los seguros de las demás puertas, luego se percató que otro sujeto quien también portaba un arma de fuego en la mano, abrió la puerta del copiloto, para vociferar palabras soeces conminándola a que haga todo lo que le decían, de lo contrario, la mataban; indica además el día de ocurridos los hechos 24 horas precedentes no había consumido alcohol ni otras sustancias y su enamorado menos ya que es deportista y no fuma ni consume bebidas alcohólicas, siendo una persona muy tranquila, no es temperamental, que la gente que lo conoce le tiene mucho cariño y que sus alumnos lo ven como un modelo por la vida sana que lleva ya que además imparte la no violencia. De otro lado, señala que no se ha percatado si atropellaron a los presuntos delincuentes ya que salieron tan rápido que por la desesperación, no se dio cuenta de nada, ya que se encontraba con shock nervioso, asimismo tampoco presencié los momentos en los que su enamorado le habría quitado el arma al presunto delincuente y que no tiene idea de donde salió el primer disparo o quien lo realizó, solo escuchó muchos disparos, motivo por el cual se ocultó y no logró observar lo sucedido.
5. Que, a fojas 61/62, obra la manifestación a nivel policial de Guadalupe Torres Quispe, quien señala que su presencia en la dependencia policial, se debe a que por intermedio de la página web de *El Comercio* pudo reconocer a uno de los asaltantes que los asaltaron a ella y a su novio Christian Stalen Gonzales así como a las personas de Vanesa Cabrera Minchan y su novio Paolo Casaretto Mostacero, el día 18 de diciembre de 2011, entre las 00:20 horas a 01:00 hora, logrando estas personas robarle de su billetera la cantidad de cuatro mil soles con sus tarjetas y documentos personales y posteriormente subieron a su departamento de donde se robaron dos laptops nuevas, una HP y una lenovo, un monitor Led, un CPU, su celular, el de su novio, un maletín con cosas personales de su bebé y una cámara digital Kodak; reconociendo la fotografía de la ficha Reniec que consigna el nombre de Sebastián Anchante Pérez, como la persona que ingresó a su departamento para asaltarla y llevarse lo antes mencionado, apuntándola con un arma de fuego. Indicando que dichos hechos se dieron en circunstancias que el día 18 de diciembre de 2011 en horas de la madrugada, retornaba de pasear en compañía del padre de su bebé, en su vehículo estacionado en la puerta de ingreso para lo cual bajó del auto para subir a su bebé al departamento y en eso el había metido el carro a la cochera de la casa y en ese instante ingresa uno por la derecha y otro por la izquierda

del carro y lo apuntan con un arma a fin de quitarle todo lo que tenía y no contentos con ello, ingresaron a su departamento, sustrayendo los bienes ya mencionados, asimismo, también asaltaron a una pareja que transitaba por la vereda quitándoles sus pertenencias y dinero, para luego darse a la fuga en un auto negro. Finalmente, señala que a raíz de esos hechos, constantemente ha recibido mensajes de un número desconocido y de teléfono público que llaman a su casa haciendo y sonido de silbido y después cortan.

6. Que, a fojas 63/64, obra la manifestación a nivel policial de Cristian Stalen Gonzales Manrique, quien señala que con fecha 18 de diciembre de 2011 en circunstancias que se encontraba guardando su vehículo marca Suzuki, modelo Cultis de placa de rodaje B00892, en su domicilio, observó por el espejo retrovisor que ingresaron dos sujetos desconocidos encapuchados con pasamontañas, por lo que, de inmediato cerró los pestillos y puso el auto en retroceso, instantes en que los sujetos estos sujetos uno en cada lado de las puertas laterales delanteras, lo amenazaron con dispararle con arma de fuego, apuntándole directamente al cuerpo, procediendo a apagar el carro y abrir los pestillos, siendo que los dos delincuentes abrieron las puertas al mismo tiempo y el que estaba cerca de él le pidió su billetera, celular y las llaves de su casa, lo que cumplió con entregar; en ese instante, pasaba una pareja y el sujeto que estaba al lado derecho, los interceptó y los hizo ingresar a la cochera y después de despojarlos de sus pertenencias los obligó a subir a la parte delantera del vehículo (del declarante), para que uno de ellos con las llaves de su casa, ingresara a la misma, encontrándose ahí con su novia (del declarante), a quien también la redujo con un arma de fuego y la encerró en el cuarto tapándola con una frazada, para luego robar dos laptops, un CPU con un monitor, así como su billetera que contenía S/. 4,000.00 soles, su licencia de conducir, dos tarjetas VISA (Interbank y BCP) y una Mastercard; precisando que la pareja que también fue asaltada son las personas de Vanesa Cabrera Ninchan y Paolo José Casaretto Mostacero. Finalmente, indica que conoce a la persona de Katia Grecia Armas Estacio, quien le alquila la casa y alcanzó a ver a los delincuentes a través de su ventana.
7. Que, a fojas 65/66, obra la manifestación a nivel policial de Katia Grecia Armas Estacio, quien señala que en la madrugada del 18 de diciembre de 2011, cuando se encontraba descansando en su dormitorio, el mismo que colinda con la ventana del dormitorio de su inquilina Inés Torres Quispe, quien vive con su conviviente Cristian Stalen Gonzales Manrique; escuchó los gritos de auxilio de la citada inquilina, indicando que a su pareja le estaban robando en el garage, por lo que, inmediatamente se asomó por la ventana del primer piso y visualizó a su inquilino Cristian Stalen Gonzales Manrique, quien se encontraba reducido por un sujeto con pasamontañas y apuntándole con un arma de fuego, eso pasó aproximadamente por diez segundos y como fue vista por el asaltante, cerró su ventana y llamó al “105”, llegando los patrulleros en unos 15 minutos, siendo que los asaltantes ya se habían dado a la fuga, luego fue informada de que cuatro sujetos con pasamontañas habían ingresado a la vivienda de su inquilina que vive en el segundo piso y su vecina Vanesa Yaneth Cabrera. Finalmente, indica que solo pudo ver a uno de los delincuentes por poco tiempo, por lo que, no podría reconocerlo de manera fehaciente,

pero por los ojos, el color de piel y la nariz, es probable que sea la persona de Luis Santos Silva Requena.

8. Que, a fojas 67/68, obra la manifestación a nivel policial de Jorge Alfredo Aranda Zegarra, quien señala que con fecha 26 de noviembre de 2011, se constituyó a la calle Max Olacocha y al llegar a la cuadra dos se disponía a estacionarse cuando se apareció un sujeto de contextura delgada, de talla media, con gorra, de aproximadamente 32 de años, el mismo que portaba un arma de fuego, encañonándolo y profiriéndole palabras soeces conminándolo a que abra la puerta y a la vez golpeaba la luna, siendo que por miedo abrió la puerta y el delincuente le dijo que se tire al suelo para luego proceder a subirse al vehículo, dándose a la fuga. Asimismo, señala que no puede reconocer al sujeto puesto que estaba oscuro y porque el arma tapaba su rostro, precisando que vio solo a una persona, pero que un señor le indicó que esa persona se encontraba con dos sujetos en un carro amarillo viejito. Finalmente, reconoce como suyo el vehículo que se le muestra a la vista de placa de rodaje COX585, de color rojo metálico, marca Nissan, modelo TIIDA, reconociéndolo por el número de chasis de motor y porque el duplicado de llave que tiene en su poder enciende el carro; sin embargo, la citada placa, no le corresponde.
9. Que, a fojas 69/70, obra la manifestación a nivel policial de Luis Alexis Moreno Marroquín, quien señala que el día 27 de diciembre de 2011, se encontraba trabajando desde las 19:00 horas, hasta las 07:00 horas del día siguiente, en el interior del edificio “Trípoli”, ubicado en la calle Trípoli N° 270 - Miraflores, en el puesto de vigilancia, siendo que aproximadamente a las 20:30 horas del 27 de diciembre de 2011, se encontraba en la parte interna del edificio, de donde apreció que una camioneta color plomo intentó estacionarse en la puerta principal, siendo que como habían vehículos, se estacionó unos metros más adelante; precisando que minutos antes, la persona de Luis Miguel Llanos Carrillo había bajado y le encargó una tabla de surf para que se la entregue a un amigo que iría a recogerla y salió del edificio portando un Ipod entre el brazo, siendo que al instante oyó el sonido de un disparo, por lo que salió a la rejilla (el declarante), no logrando observar nada, luego oyó varios disparos más, no logrando observar nada puesto que en todo momento estuvo dentro del edificio y luego de unos 10 minutos de concluidos los disparos llegó Serenazgo, siendo que al salir del edificio logró observar dos personas sobre el piso, uno de ellos alzaba las manos y se revolcaba y la otra estaba quieta, posteriormente ambas personas fueron conducidas al hospital.
10. Que, a fojas 71/73, obra la manifestación a nivel policial de Guillermo Fabián Campoverde Aures, quien es retirado de la Marina de Guerra del Perú, propietario de la Pistola Pietro Baretta Calibre 9 mm Parabellum (que fuera utilizada por los delincuentes en el hecho de sangre del 27 de diciembre de 2011), precisando que existía una denuncia por hurto de tres de sus armas (en su domicilio), en las que se consigna la antes mencionada.
11. Que, a fojas 74/75, obra la manifestación a nivel policial de Paolo José Casareto Mostacero, quien indica que su presencia en la dependencia policial se debe a que ha reconocido del diario *Ojo*, el rostro de una persona que el día 18 de diciembre de 2011 le robó con un arma de fuego, precisando que en dicha fecha, salía de la

tienda Metro de Chorrillos, en compañía de su novia Vanesa Cabrera Michan, con dirección a la casa de esta, momentos en que ella fue interceptada por un sujeto en la puerta de una casa, le pusieron un arma de fuego en el pecho y ella tiró su cartera al suelo, pero el referido sujeto los metió a la cochera de la citada casa, pidiéndole sus pertenencias, asimismo, refiere que los delincuentes le indicaron que se meta abajo del carro (que se encontraba en la cochera) y al ver que no era posible, lo conminaron a que entre al mismo junto con su novia; logrando reconocer como la persona que lo atacó (a él y a su novia), aquella que aparece en el diario *Ojo*, consignando el nombre de Sebastián Anchante Pérez.

12. Que, a fojas 76/78, obra la manifestación a nivel policial de Vanessa Cabrera Minchan, quien indica que su presencia en la dependencia policial se debe a que ha reconocido del diario *Ojo*, el rostro de los delincuentes que la asaltaron el día 18 de diciembre de 2011, en circunstancias que regresaba a su casa en compañía de su enamorado, siendo que se encontraban caminando por la Avenida Paseo de la República cuadra 17 y cuando pasaban por el frontis del inmueble N° 1769, salió detrás de un árbol frondoso, un sujeto cuyo rostro estaba cubierto con un pasamontañas negro y con un arma de fuego los apuntó a ella y a su novio, poniéndole el arma en el pecho, diciéndole “métete, métete”, refiriéndose a que entren a la cochera del citado inmueble, donde había un carro color plateado, luego de ser despojada de sus pertenencias, aparece otro sujeto con pasamontañas, indicándole a su novio que se meta debajo del automóvil, pero como no era posible, les ordenó que ingresen al auto, ingresando ambos en el asiento del copilado, de donde se percató que en el asiento del piloto se encontraba un joven echado hacia atrás con las manos en alto, quien era apuntado con arma de fuego por un tercer sujeto que también se encontraba con pasamontañas. Asimismo, indica que la señora que también fue agraviada en dicha fecha (dueña del automóvil plomo antes citado), así como la dueña del citado en mueble, la llamaron para avisarle que había salido en las noticias sobre un asalto en Miraflores y que los delincuentes habían sido identificados, motivo por el cual ingresó a la página web del diario *El Comercio*, logrando reconocer de las fotos que se muestran a la persona de Sebastián Anchante Pérez, igualmente la reconoció en la publicación del diario *Ojo*; identificándolo también en el momento de la diligencia de declaración, por medio de la ficha Reniec de la citada persona, por una de las características más resaltantes de esta persona eran sus cejas pobladas, pestañas negras, rostro delgado y el color de su piel oscuro.
13. Que, a fojas 79/80, obra la manifestación a nivel policial de Rosario Anchante Pérez, hermana de quien fue Sebastián Anchante Pérez, indicando que tomó conocimiento de los hechos materia de la presente investigación, toda vez que su mamá la llamó por teléfono para comunicarle que había visto en las noticias que a su hermano le habían disparado en la cabeza, al igual que a su amigo Luis Santos Silva Requena, porque al parecer se encontraban asaltando en el distrito de Miraflores, precisando que aproximadamente a las 22:45 horas llegó al Hospital Casimiro Ulloa, donde le informaron que su hermano había fallecido producto de un impacto de un proyectil de arma de fuego en la cabeza. De otro lado, indica que su hermano fue taxista, que no tenía denuncia penal alguna, ni mucho menos estuvo preso, precisando que al parecer su hermano se vio tentado por la necesidad, ya que

durante una semana no trabajó como taxista debido a que el vehículo que alquilaba se encontraba en el taller, teniendo conocimientos que el sujeto con el cual fue abatido se dedicaba a ilícitos penales. Finalmente, señala que el 27 de diciembre de 2011 su hermano se encontraba en el interior de su inmueble jugando play station con sus tres menores hijas, luego alrededor de las 19:00 horas recibió una llamada y salió inmediatamente con dirección desconocida.

14. Que, a fojas 428/430, obra la declaración Indagatoria de Jorge Alfredo Aranda Zegarra, quien señala que su madre es propietaria del vehículo de placa CQI873, indicando que el 26 de noviembre de 2011, aproximadamente a las 21:00 horas, se encontraba estacionado en la calle Max Gonzales Olaechea Cuadra 2 - La Victoria, donde se encontraba esperando un encargo, cuando un sujeto se le acercó por delante apuntándolo con un arma de fuego, indicándole que se bajara del vehículo, motivo por el cual abrió las puertas y se bajó del mismo; asimismo, el sujeto le indicó que se echara en el suelo y se llevó el vehículo. Lo que hizo de conocimiento de la Policía (primero a través de la línea telefónica 105 y luego se acercó a la Comisaría de la Victoria). De otro lado, señala que no ha visto a las personas de Luis Santos Silva Requena, Sebastián Anchante Pérez, Luis Alberto Moreno Rodríguez y Alex Wilmer Cabagneri Rivas, cuyas fichas del Reniec se le pusieron a la vista. Señala además que el vehículo presentaba muestras de balas y que la policía le informó que un proyectil se encontró dentro de la maleta de su auto. Finalmente indica que una sola persona lo asaltó, pero que personas de alrededor le informaron que su vehículo se alejó seguido de otro vehículo donde se encontraban dos personas y que fueron efectivos policiales de la Comisaría de Miraflores quienes se apersonaron al domicilio de su madre para informarle sobre el hallazgo del vehículo.
15. Que, a fojas 431/433, obra la declaración Indagatoria de Julio César Sáenz Magallanes, quien confeccionó el Dictamen Pericial de Inspección Criminalística N° 12462011, ratificándose en el mismo, precisando respecto a las huellas recogidas en el vehículo nissan TIIDA color rojo, de placa de rodaje "COK-581", que los fragmentos papilares recogidos en dicho vehículo, fueron remitidas al área de identificación policial de la OFICRI-DIRINCRI-PNP, mediante oficio N° 1545, adjuntándose 02 hojas con 15 tiras de fragmentos papilares, para su estudio y homologación dactiloscópica, no pudiendo precisar a quien corresponderían. Indica además que el vehículo al momento de la inspección presentaba un orificio y dos impactos con características similares producidas a las de arma de fuego; precisando que las evidencias antes señaladas fueron descritas y ubicadas por el perito balístico participante, además en el vehículo se encontró un envase plástico con contenido líquido transparente y con logotipo "San Luis", el mismo que fue recogido por el perito biólogo. Finalmente, indica que cuando se realizó la pericia criminalística, no encontró ningún proyectil.
16. Que, a fojas 447/449, obra la declaración indagatoria de Judith Angélica Maguiña Romero, quien tiene aproximadamente 25 años ejerciendo la profesión de médico legista y realizó los informes de Necropsia Médico Legal N° 004408-2011, practicado a Luis Santos Silva Requena y el Informe Pericial de Necropsia Médico Legal N° 004407-2011 practicado a Sebastián Anchante Pérez, los mismos que obran en autos a fojas 183/185 y 194/198, respectivamente, ratificándose en el contenido

y firma de los mismos. Asimismo, indica que la causa de muerte de Luis Santos Silva Requena fue debido a que en vida sufrió una herida penetrante por proyectil de arma de fuego que le dañó las vísceras internas (pulmón, corazón, hígado), los cuales sangraron profusamente y lo llevaron a un shock hipovolémico, seguido de muerte; respecto a Sebastián Anchante Pérez, indica que este falleció también de una herida por proyectil de arma de fuego en la cabeza que le dejó daño de la masa encefálica, contusión y laceración cerebral, seguida de muerte. Respecto a las heridas, equimosis, hematomas, excoriaciones y fracturas de la 1 a 12 costilla de la derecha 4 y 5 costilla izquierda que presenta el cuerpo del occiso Luis Santos Silva Requena, en la cabeza, tórax, abdomen, miembros superiores e inferiores, estas se produjeron antes de su muerte, porque tiene característica de vitalidad, lesiones recientes vitales; las mismas que fueron producidas por un elemento contundente duro, pudiendo ser dicho elemento el puño, pie, el arma misma, un palo, ladrillo, el pavimento, etc. Finalmente, respecto a las excoriaciones, equimosis, heridas contusas, hematomas y fracturas que presentaba el cadáver de Sebastián Anchante Pérez, señaló que fue la herida perforante por proyectil de bala en la cabeza la que ocasionó la muerte y que las otras lesiones que al parecer no tuvieron relación con el proyectil de bala y que fueron encontradas en la cara y en la base del cráneo, habrían sido producidas por un elemento contundente duro.

17. Que, a fojas 450/451, obra la declaración indagatoria de Juan Martín Villalobos Vargas, quien tiene aproximadamente cuatro años ejerciendo la profesión de médico legista y efectuó el Informe Pericial de Necropsia Médico Legal N° 004408-2011, practicado a Luis Santos Silva Requena, el mismo que obra en autos en fojas 193/194; ratificándose en el contenido y firma del mismo. Asimismo, indica que la causa de muerte de Luis Santos Silva Requena fue debido a que en vida sufrió una herida penetrante por proyectil de arma de fuego que le dañó las vísceras internas (pulmón, corazón, hígado), los cuales sangraron profusamente y lo llevaron a un shock hipovolémico, seguido de muerte; precisando que se encontró un proyectil de arma de arma de fuego en músculo a nivel de sexta costilla derecha, el mismo que fue entregado a la Administración de la morgue. Respecto a las heridas, equimosis, hematomas, excoriaciones y fracturas de la 1 a 12 costilla de la derecha 4 y 5 costilla izquierda que presenta el cuerpo del occiso Luis Santos Silva Requena, en la cabeza, tórax, abdomen, miembros superiores e inferiores, señala que estas se produjeron antes de su muerte, porque tiene característica de vitalidad, lesiones recientes vitales; las mismas que fueron producidas por un elemento contundente duro.
18. Que, a fojas 452/454, obra la declaración indagatoria de Róger Ernesto Velásquez Guevara quien tiene aproximadamente tres años de experiencia como médico legista y efectuó el Informe Pericial de Necropsia Médico Legal N° 0044072011, practicado a Sebastián Anchante Pérez que obra en autos a fojas 194/198, ratificándose en el contenido y firma. Asimismo, indica que la causa de muerte de Sebastián Anchante Pérez fue una herida perforante por proyectil de arma de fuego en la cabeza, lesión sufrida en vida, que le produjo fractura craneal con contusión y laceración encefálica, que lo condujeron a la muerte; indicando que el proyectil ingresó por la región occipital del cuero cabelludo, parte inferior, atravesó el hueso

occipital, ingresó a la bóveda craneal y produjo contusión y laceración en cerebelo y lóbulo temporal derecha del cerebro, saliendo por el hueso temporal derecho y luego por la región preauricular derecha, con una dirección atrás hacia adelante de izquierda a derecha y de abajo hacia arriba. Respecto a las excoriaciones, equimosis, heridas contusas, hematomas y fracturas que presenta el cuerpo del occiso Sebastián Anchante Pérez, señala que estas fueron ocasionadas antes de su muerte, porque tiene característica de vitalidad, lesiones recientes vitales; las mismas que fueron producidas por un elemento contundente duro. Finalmente precisa que en el informe de pericia en la página de lesiones traumáticas en relación al orificio de salida ósea se ubicó en el hueso temporal derecho, y no en el izquierdo como figura en el mencionado informe, precisando que fue un error involuntario de tipeo.

19. Que, a fojas 458/460, obra la declaración indagatoria de Luis Alberto Moreno Rodríguez, quien niega conocer a las personas de Alex Wilmer Cavagneri Rivas, Luis Santos Silva Requena y Carmen Silva Requena, indicando que conoce a Sebastián Anchante Pérez, ya que vivía una cuadra antes de la casa de su abuela, precisando que con dicha persona jugaba pelota y hacían servicio de taxi, precisando además que de vista tiene referencia de Luis Santos Silva Requena. Asimismo, desconoce el motivo por el cual la persona de Carmen Silva Requena refirió en las oficinas de la Comisaría de Miraflores, que él (el declarante) el día 27 de diciembre de 2011 a las 20:00 horas, se encontraba en Miraflores junto con Luis Santos Silva Requena, Sebastián Anchante Pérez y Wilmer Cavagneri Rivas. Por otro lado, señala que si registra antecedentes penales ya que ha sido sentenciado en dos oportunidades por los delitos de robo agravado (en la modalidad de arrebato), siendo condenado a 4 años de pena privativa de libertad, siendo suspendida por 3 años; y por delito de Microcomercialización, precisando que ha tenido problemas judiciales y policiales en 4 oportunidades. De otro lado, señala que no conoce a los integrantes de la banda delictiva denominada los Charlys de Breña, que no ha hecho servicio militar obligatorio y no tiene conocimiento sobre el manejo de armas de fuego.
20. Que, a fojas 574/575, obra la declaración indagatoria de Robert Cieza Quiroz, Efectivo policial Suboficial de Tercera PNP, quien trabaja en el departamento de investigaciones de la Comisaría de Miraflores y quien recibió la ocurrencia policial elaborada por el brigadier José Luis Chávez Huertas, lo que comunicó al escuadrón de emergencia de la PNP dando cuenta del hecho para que se comuniquen con la Fiscalía provincial de turno y dispongan quién se iba a hacer cargo de la investigación y el levantamiento del cadáver, “efectivamente la hora del hecho es 08:05 pm. Llega el efectivo policial al lugar de los hechos en este caso José Luis Chávez Huertas, quien toma nota para luego hacer el parte correspondiente ese lapso de hacer todas las diligencias le toma un tiempo, luego recibió el parte físico y comunicó al escuadrón de emergencia, siendo que para dar la respuesta de quién se hace cargo de las investigaciones demora un lapso de 40 minutos y una hora después de obtener su respuesta, que por disposición de la cuarta Fiscalía Provincial Penal de Lima dispuso que las investigaciones pasen a cargo de la Divincri de Miraflores –San Isidro– Lince. Indica además que recepcionó el parte policial realizado por Chávez Huerta aproximadamente a las 09:30 pm dejando constancia que la hora que se ingresa al sistema es después de

haberse realizado todas las diligencias y en ese acto fue transcrito a la Divincri, siendo que las diligencias que se realizaron fueron fue comunicar al escuadrón de emergencia de lo sucedido para que se comunique con la fiscalía de turno para que disponga quien se haga cargo de la investigación y levantamiento del cadáver; después de obtener la respuesta se ingresó la denuncia al sistema y se transcribió a la Divincri, transcribiéndose el parte a las 23:18 horas, precisando que al momento de la transcripción del parte recibió de parte del efectivo policial Chávez, únicamente documentación del vehículo de placa A3U-536 pertenecientes a la señora Voto Bernales.

21. Que, a fojas 576/577, obra la declaración indagatoria de Domingo Antonio Santiago Figueroa ingeniero químico que se dedica a la actividad pericial, el mismo que suscribió los partes policiales N° 720-2011 y 721-2011-DIRINCRI-PNP/OFI-CRI-AFISCOQUIMICO.FORENSE, quien indica que no se realizaron los exámenes de absorción atómica en los cadáveres de Anchante Pérez y Silva Requena ya que estos se encontraban internados en la morgue central de Lima y el Ministerio Público se atribuye la toma de muestras para dichos exámenes, con lo cual extraen los componentes a examinarse, por tal motivo, su institución ya no puede obtener material a examinar; precisando que el equipo de peritos ejecuta sus funciones periciales a mérito de solicitudes telefónica 2710 y 2711 el 27 de diciembre de 2011 procedentes de la DIVINCRI-MIRAFLORES. Precisando que se apersonó a la morgue a realizar dichos exámenes el 28 de diciembre de 2011.
22. Que, a fojas 578/580, obra la declaración indagatoria de Sandro César Corzo Ruiz efectivo policial Suboficial Técnico de Primera quien presta servicios en la comisaría de Miraflores, indicando que su persona recibió la denuncia N° 5409 de fecha 27 de diciembre de 2011 por parte de la señorita Voto Bernales por el delito contra el patrimonio - robo frustrado el mencionado día, siendo que antes de registrar la denuncia da cuenta a su Jefe del Departamento Mayor PNP Castañeda quien dispuso se registre la denuncia y se transcriba a la DIVINCRI de Miraflores toda vez que en dicha dependencia policial se estaban realizando las investigaciones por lesiones graves por PAF y otros. Asimismo, en la respectiva denuncia se encuentra registrada la hora del hecho que figura 08:20 horas, siendo que ella interpuso su denuncia a las 23:45 horas.
23. Que, a fojas 586/587, obra la declaración indagatoria de Héctor Esteban Gutiérrez Urbano, quien indica que fue instructor que confeccionó el atestado policial N° 016-DIRINCRI-PNP/JAIC-C-DIVINCRI-MI.SI.LI, habiéndoselo así dispuesto el capitán Carlos García Cervantes - Jefe del Departamento de Homicidios . Esto en razón de la ocurrencia de la Comisaría de Miraflores, habiendo comunicado a la Fiscalía Provincial de turno de Lima, mediante un oficio quien dispuso que la Divincri - Miraflores se haga cargo de las investigaciones por ser de su competencia. Efectivamente sí fue al lugar de los hechos a las 09:20 de la noche aproximadamente, indicando que el lugar de los hechos se encontraba acordonado por personal policial de la comisaría de Miraflores.
24. Que, a fojas 638/640, obra la declaración indagatoria de Ernesto Rafael López Caycho efectivo policial a cargo del área de balística forense en la oficina de criminalística Dirincri quien expidió los dictámenes periciales de balística forense

1329-2011, 1330-2011, 1333-2011, 1337-2011, 1339-2011, 1341-2011, así como el pronunciamiento de balística N° 02-2012 y el dictamen 012-2011 ratificándose en los mismos. Respecto a Sebastián Anchante Pérez: señala que la trayectoria de proyectil de bala que ingresó en su cuerpo, el plano anatómico por donde ingresa la bala es el posterior en la región occipital media con salida en la región temporal lado izquierdo, el trayecto que describe la bala al ingresar y salir del cuerpo, es de atrás hacia delante, de derecha a izquierda, y de abajo hacia arriba, en el orificio de entrada no se ha encontrado el efecto de un disparo a corta distancia es decir a menos de 50 cm. Precisa que se puede decir que el disparo sí fue disparado por la espalda. Asimismo, indica que se ha determinado que el proyectil que ingresó al cuerpo de Sebastián Anchante Pérez se disparó la pistola 9 mm. corto marca Bersa y que en el lugar de los hechos no se han encontrado casquillos pertenecientes o disparados por la pistola 9 mm. parabelum marca Pietro Baretta. Respecto a Silva Requena: presenta una herida penetrante en el brazo izquierdo cara posterior tercio proximal, debiendo precisar que al ser este una extremidad, la trayectoria es su curso en la cavidad del tórax general es de adelante hacia atrás, de izquierda a derecha, y de arriba hacia abajo, sin característica de disparo a corta distancia, por lo que, el trayecto de la bala se origina en el lado lateral izquierdo del cuerpo y la herida tangencial en su cuerpo está en el lado región abdominal lado derecho, siendo la probabilidad alta de que el disparo también se haya producido estando el tirador en el lado izquierdo del cuerpo, ya que la trayectoria de la herida es de izquierda a derecha.

25. Que, a fojas 641/643, obra la declaración indagatoria de Ruth Yolanda Roldán Queirolo es perito balístico en el área de balística forense en la oficina de criminalística - Dirincri, quien expidió los dictámenes periciales de balística forense N° 1333-2011, 1336-2011, 1337-2011, así como el pronunciamiento de balística N° 2-2012 ratificándose en los mismos. Sí se apersonó al lugar de los hechos, donde se halló y recogió 5 casquillos componentes de cartucho para pistola semiautomática calibre 380 auto (9 mm. corto) homologados estos con los obtenidos experimentalmente de la pistola semiautomática calibre 380 auto (9 mm. corto) marca Bersa. Señala que se realizó la búsqueda en casi toda la cuadra, que serían unos 60 metros y los casquillos hallados fueron encontrados en los inmuebles que ha señalado, siendo estos los últimos de la cuadra
26. Que, a fojas 668/670, obra la declaración indagatoria de Hugo Enrique Alarcón Fernández señala que conoce a Llanos Carrillo hace más de 20 años y a Andrea Voto Bernales alrededor de 2 años y respecto a Mauricio Sevilla lo conoce hace 10 años a través de amigos en común, indicando que el 27/12/2011 se encontraba en Máncora para pasar la fiesta de año nuevo, precisando que se comunicó con Miguel Llanos Carrillo para pedirle un favor, siendo este el siguiente: que se apersonara a su departamento y sacara su tabla de nieve y la dejara en recepción del edificio, pues su amigo Mauricio Sevilla iba a pasar a recogerla, indicando además que Luis Miguel era una persona de alta confianza, tenía llave de su departamento y podía entrar a sacar la tabla puesto que él durante un periodo de tiempo estuvo hospedado en su departamento.

27. Que, a fojas 769/774, obra la declaración indagatoria de Andrea Voto Bernalles Larraín, de fecha 13 de setiembre de 2012, quien señala que estaba esperando sentada en su auto a su enamorado chateando con su celular y no se percató de nada de lo que pasaba a su alrededor, hasta el momento que aparece una pistola negra por el lado del conductor del vehículo y seguidamente un par de segundos después aparece el segundo ladrón armado y ante los insultos, agravios y amenazas de muerte se ve obligada a abrir la puerta con el seguro general de las puertas, siendo que al abrir los pestillos ellos ingresan con medio cuerpo a la camioneta apuntándola con las armas de fuego a la cabeza y al abdomen mientras la insultaban; la amenazaban y le ordenaban que se despojara de todas su joyas de valor, simultáneamente el ladrón del lado del copiloto abrió la guantera de su auto y urgaba entre los documentos y manuales del auto sacando el estuche del manual de la camioneta y se lo colocó debajo del brazo. Siendo que, mientras el ladrón del lado izquierdo la seguía amenazando de muerte, pidiéndole más objetos de valor. Asimismo, el ladrón del copiloto le dijo a su compañero que agarre la llave de la camioneta y acto seguido escuchó un grito presumiendo que era Miguel, lo cual hizo que ambos atacantes salieran corriendo hacia delante dejándole el paso libre para huir hacia la parte trasera de la camioneta por la puerta del piloto, y se pone en cuclillas detrás de la camioneta para protegerse, en ese momento se produce una balacera hasta que lo siguiente que escucho es a Miguel gritándole que se meta a la camioneta inmediatamente ingresa él al asiento del piloto y huyeron velozmente de la escena del robo, pararon cuadras más adelante en un grifo ya que se encontraba en shock y le preocupaba mucho que los ladrones que estaban en el auto fueran a volver a la escena del robo a recoger boletas de pago que mencionaban su dirección y quisieran ir a su casa a hacerle daño a su hija. Indica además que no puede precisar quien realizó el primer disparo, ya que cuando se inicia la balacera ella estaba de cuclillas escondida detrás de su camioneta, no pudiendo precisar cuántos disparos se realizaron.
28. Que, a fojas 141, obra el Dictamen Pericial de Balística Forense N° 1329/2011, de fecha 28 de diciembre de 2011, practicada a Sebastián Anchante Pérez, el mismo que concluye: “Examinado el cuerpo del occiso Sebastián Anchante Perez (34), internado con Protocolo de Necropsia N° 440711, en las instalaciones de la División de Tanatología Forense del Instituto de Medicina Legal (DIVTANFORLIMA); presentó UNA (1) **herida de curso perforante** con orificio de entrada ubicada en la región Occipital y el Orificio de Salida (OS) ubicada en la región Temporal lado izquierdo; producido por un (01) proyectil disparado con arma de fuego, de calibre aproximado al 9 mm, **con trayectoria** de atrás hacia delante, de derecha a izquierda y de abajo hacia arriba, no presenta características de disparo efectuado a corta distancia (siendo la corta distancia menor de 50 cm.) (...)”.
29. Que, a fojas 142, obra el Dictamen Pericial de Balística Forense N° 1330/2011, de fecha 28 de diciembre de 2011, practicada a Santos Silva Requena, el mismo que concluye: “Examinado el cuerpo del occiso Santos Silva Requena (41), internado con Protocolo de Necropsia del Instituto de Medicina Legal (DIVTANFORLIMA); presentó **una (1) herida de curso penetrante** con orificio de entrada ubicada en la cara posterior, tercio proximal del brazo izquierdo; y UNA (1) **herida tangencial**, localizado en

- la región abdominal; cada una producida por un (01) proyectil disparado con arma de fuego, de calibre aproximado al 9 mm, ambas **con trayectoria** de adelante hacia atrás, de izquierda a derecha y de arriba hacia abajo, no presenta características de disparo efectuado a corta distancia (siendo la corta distancia menor de 50 cm.) (...)”.
30. Que, a fojas 143/144, obra el Dictamen Pericial de Balística Forense N° 1333/11, de fecha 29 de diciembre de 2011, respecto a un casquillo componente de cartucho para pistola semiautomática calibre 380 Auto (9 mm. corto), marca **federal**; un casquillo componente de cartucho para pistola semiautomática calibre 380 Auto (9 mm. corto), marca **federal**; un casquillo componente de cartucho para pistola semiautomática calibre 380 Auto (9 mm. corto), marca **federal**; un casquillo componente de cartucho para pistola semiautomática calibre 380 Auto (9 mm. corto), marca **Winchester**; Y, un casquillo componente de cartucho para pistola semiautomática calibre 380 Auto (9 mm. corto), marca **Winchester**. El mismo que concluye que: “En el frontis de los inmuebles sito, Av. Trípoli N° 284 y N° 294, en el distrito de Miraflores, se recogieron **cinco (5) casquillos** componentes de cartucho para pistola calibre 380 (9 mm. corto), marcas **federal (3) y Winchester (2)**, los mismos que han sido percutidos por una sola arma de fuego (pistola)”.
 31. Que, a fojas 145/146, obra el Dictamen Pericial de Balística Forense N° 1336/11, de fecha 29 de diciembre de 2011, respecto a una pistola semiautomática calibre 9 mm corto, marca BERSA, el mismo que concluye: “La muestra examinada es una pistola semi automática calibre 9 mm corto, marca BERSA, fabricación Argentina, con N° de serie: 911463, se encuentra en normal estado de funcionamiento, presenta características de haber sido empleada para efectuar disparo (s); **POSITIVO** en el ánima del tubo cañón, con cacerina, ha percutido los **CINCO** casquillos calibre 9 mm corto, recogidos en el lugar de los hechos (Av. Trípoli, distrito de Miraflores).
 32. Que, a fojas 147, obra el Dictamen Pericial de Balística Forense N° 1337/11, de fecha 29 de diciembre de 2011, respecto a una pistola semiautomática calibre 9 mm. Parabellum; y, un cartucho para pistola calibre 9 mm Parabellum marca LAPUA; dictamen que consigna que: “Aplicado el reactivo químico a la Muestra (pistola), a fin de detectar la presencia de productos nitrados compatible con restos de pólvora combusta, dio resultado **POSITIVO** para el interior del tubo cañón y recámara”. Asimismo, concluye que: “1. La muestra analizada es una pistola semiautomática calibre 9 mm. Parabellum, marca PIETRO BERETTA, con número de serie D09084Z, presenta características de haber sido utilizada para disparar, se encuentra en regular estado de conservación y buen funcionamiento. 2. La muestra 2 es un cartucho para pistola calibre 9 mm Parabellum, marca LAPUA, se encuentra en regular estado de conservación”.
 33. Que, a fojas 148/149, obra el Dictamen Pericial de Balística Forense N° 133911, de fecha 31 de diciembre de 2011, respecto a dos casquillos de material metálico dorado; el mismo que concluye: “1. En el frontis del edificio ROYAL TRIPOLI, sito en la calle Trípoli N° 284, Distrito de MIRAFLORES, finalizando la presente Diligencia de Inspección Criminalística Ampliatoria; no se halló impactos y/o orificios de interés balístico. 2. Las muestras halladas y recogidas en el lugar de los hechos, son Dos (2) casquillos para cartucho de pistola de calibre 380”

Auto (9 mm. corto), ambos de marca “RP”, fabricación USA, en regular estado de conservación, Homologados entre sí, las muestras (2 casquillos), hallados en el lugar de los hechos en la Inspección Ampliatoria, al EMC, han sido percutidos por un solo tipo de arma de fuego; asimismo, homologados con sus similares hallados en el lugar de los hechos en la Inspección Primigenia y sujeto al Dictamen de Balística Forense N° 1333/2011, del 29DIC2011; y los casquillos experimentales de la pistola calibre 380” marca BERSA modelo THUNDER, de serie 911463, a mérito del Oficio N° 2790-2011-DIRINCRI PNP/JAIC-C-DIVINCRI MIRA-FLORES, N° 1336/2011, del 29DIC2011; al EMC, han sido percutidos por la mencionada arma de fuego (...).”

34. Que, a fojas 150, obra el Dictamen Pericial de Balística Forense N° 1341/2011, de fecha 31 de diciembre de 2011, respecto a la inspección Balística Forense en el vehículo marca NISSAN TIIDA, color rojo, de placa de rodaje N° COX585; el mismo que concluye que: “En la inspección balística realizada en el vehículo marca NISSAN TIIDA, color rojo, de placa de rodaje N° COX585, se ubicó un (1) orificio de entrada perforante, en la tapa de la maletera y un (01) impacto tangencial en el techo del vehículo, parte posterior derecha respectivamente, producidos por proyectiles disparados por arma de fuego de calibre aproximado al 9 mm, no presentan características de corta distancia (...)”.
35. Que, a fojas 151/154, obra el Dictamen Pericial de Inspección Criminalística N° 1246/2011, de fecha 30 de diciembre de 2011, realizada al vehículo marca NISSAN, modelo TIIDA, color rojo, de placa de rodaje COX-585; cual apreciación criminalística señala que: “1. De la Inspección Criminalística realizada en Vehículo marca NISSAN modelo TIIDA color ROJO de placa COX585, estacionado al momento de la inspección en el interior del local del DIVINCRI PNP Miraflores; no observándose signos de violencias en las cerraduras de las puertas, asimismo en la parte externa del vehículo se aprecia un (1) orificio y dos (2) impactos con características similares a las producidas por proyectil de arma de fuego, ubicados en la maletera, techo y soporte del asiento posterior del vehículo; 2. Se recomienda que una vez efectuada la denuncia, el personal de las comisarías y de manera especial los encargados de la investigación, que ante el conocimiento de un hecho delictivo, procedan a proteger la escena del delito con la finalidad de mantener su intangibilidad y evitar provocar la alteración, destrucción o desaparición de indicios, huellas y/o evidencias de la escena del crimen, como en el presente caso”.
36. Que, a fojas 159/162, obra el Dictamen Pericial de Inspección Criminalística N° 1257-11-OFICRI-AIEC, realizado en la intersección de las avenidas Bolognesi con la avenida Trípoli – Miraflores; el mismo que concluye que: “A. Se realizó la inspección criminalística, en la vía pública frontis de los inmuebles de la Av. Trípoli N° 284 y 294 - Miraflores; B. Se observa indicios de interés biológico, sobre rampa y calzada del frontis del inmueble de la Av. Trípoli N° 294-Miraflores, descrito en el numeral III-E- “2”, conforme se expone en el presente Dictamen Pericial; C. En la referida inspección se observa indicios de interés balístico, sobre acera de los frontis de la Av. Trípoli N° 284 y 294 Miraflores, descrito en el numeral III-E- “2”, conforme se expone en el presente Dictamen Pericial; D. Sobre el charco de manchas hemáticas, se observó un gorro de vicera color negro con logo

- “ALCATRAZ”, un antejo de sol, un protector de celular de material sintético y dos tuercas de vehículo de neumático (...). Asimismo, a fojas 163/164 se anexan fotografías respecto del referido Dictamen.
37. Que, a fojas 165, obra el Dictamen Pericial de Biología Forense N° 2910/11, de fecha 31 de diciembre de 2011, respecto a indicios encontrados en la Inspección realizada en el frontis del inmueble ubicado en el Jirón Trípoli N° 294 - Miraflores; el mismo que concluye: “1. En la inspección Biocriminalística realizada en el frontis del inmueble sito en el Jr. Trípoli N° 294 – Miraflores, se halló restos de sangre del grupo “O” y una gorra de color azul con manchas pardo rojizas tipo impregnación en diferentes partes de la prenda con la ubicación y características descritas (...)”.
 38. Que, a fojas 169, obra el Dictamen Pericial de Restos de Disparo por Arma de Fuego (Departamento Ing. Forense) RD. N° 8613/2011, de fecha 05 de enero de 2012, realizado a la persona de Andrea Voto Bardales Larrain (36); el mismo que concluye; “Los análisis de las muestras correspondientes a: ANDREA VOTO BARDALES LARRAIN (36), dieron resultado NEGATIVO para PLOMO, BARIO y ANTIMONIO”.
 39. Que, a fojas 170, obra el Dictamen Pericial de Restos de Disparo (Departamento Ing. Forense) N° 8663/11, de fecha 5 de enero de 2012, realizado a la persona de Luis Miguel Llanos Carrillo (39); el mismo que concluye; “Los análisis de las muestras correspondientes a: LLANOS CARRILLO Luis Miguel (39), dieron resultado POSITIVO para PLOMO, ANTIMONIO y BARIO; compatibles con restos de disparo por arma de fuego”.
 40. Que, a fojas 171, obra el Dictamen Pericial de Química Forense (Toxicológico - Dosaje Etílico - Sarro Ungueal) N° 17067/11, de fecha 30 de diciembre de 2011, realizado a la persona de Andrea Voto Bardales Larrain (36); arrojando negativo para drojas y estado normal para Dosaje Etílico.
 41. Que, a fojas 172, obra el Dictamen Pericial de Química Forense (Toxicológico - Dosaje Etílico - Sarro Ungueal) N° 17167/11, de fecha 02 de enero de 2012, realizado a la persona de Luis Miguel Llanos Carrillo (39); arrojando negativo para drojas y estado normal para Dosaje Etílico.
 42. Que, a fojas 174/175, obra el Dictamen Pericial de Biología Forense N° 0004/12, de fecha 05 de enero de 2012, realizado a la camioneta marca KIA, modelo sportage, color plata, de placa A3U536; el mismo que concluye: “1. Se realizó Inspección Biocriminalística en el vehículo de placa A3U536 de color plata, aplicando reactivo de Luminol (Bluestar Foronsic), observando manchas quimioluminiscentes de color azul, orientación positiva para manchas de sangre (lavadas, limpiadas o no sean visibles) NO HUMANA, con las características y ubicación antes descrita (C1a) (...)”.
 43. Que, a fojas 183/186, obra el Informe Pericial de Necropsia Médico Legal, practicado al cadáver de Luis Santos Silva Requena, en el que se consigna como Diagnóstico de muerte: “SOC Hipovolémico. 01 herida penetrante toracoabdominal por proyectil de arma de fuego (...)”.

44. Que, a fojas 194/198, obra el Informe Pericial de Necropsia Médico Legal, practicado al cadáver de Sebastián Anchante Pérez, en el que se consigna como Diagnóstico de muerte: “Herida perforante en cabeza. Agente causante: proyectil de arma de fuego (...)” <no presenta signos de disparo a corta distancia>.
45. Que, a fojas 361, obra el Dictamen Pericial N° 2012002011046 servicio de toxicología forense, respecto a la solicitud de determinación de metales practicado al cadáver de Sebastián Anchante Pérez, en la mano izquierda; el mismo que concluyó: “La muestra analizada presenta: antimonio no determinable/bario no determinable/plomo: 0.13 P.P.M. parte por millón”.
46. Que, a fojas 362, obra el Dictamen Pericial N° 2012002011045 servicio de toxicología forense, respecto a la solicitud de determinación de metales practicado al cadáver de Sebastián Anchante Pérez, en la mano derecha; el mismo que concluyó: “La muestra analizada presenta: antimonio no determinable/bario no determinable/plomo: 0.18 P.P.M. parte por millón”.
47. Que, a fojas 363, obra el Dictamen Pericial N° 2012002011044 servicio de toxicología forense, respecto a la solicitud de determinación de metales practicado al cadáver de Sebastián Anchante Pérez, muestra tomada del “orificio 2”; el mismo que concluyó: “La muestra analizada presenta: antimonio no determinable / bario no determinable / plomo: 0.10 P.P.M. parte por millón”.
48. Que, a fojas 364, obra el Dictamen Pericial N° 2012002011043 servicio de toxicología forense, respecto a la solicitud de determinación de metales practicado al cadáver de Sebastián Anchante Pérez, muestra tomada del “orificio 1”; el mismo que concluyó: “La muestra analizada presenta: antimonio no determinable / bario no determinable / plomo: 0.11 P.P.M. parte por millón”.
49. Que, a fojas 365, obra el Dictamen Pericial N° 2012002011041 servicio de toxicología forense, respecto a la solicitud de determinación de metales practicado al cadáver de Luis Santos Silva Requena, en la mano derecha; el mismo que concluyó: “La muestra analizada presenta: antimonio no determinable/bario no determinable / plomo: 0.15 P.P.M. parte por millón”.
50. Que, a fojas 366, obra el Dictamen Pericial N° 2012002011042 servicio de toxicología forense, respecto a la solicitud de determinación de metales practicado al cadáver de Luis Santos Silva Requena, en la mano izquierda; el mismo que concluyó: “La muestra analizada presenta: antimonio no determinable / bario no determinable / plomo: 0.14 P.P.M. parte por millón”.
51. Que, a fojas 367, obra el Dictamen Pericial N° 2012002011040 servicio de toxicología forense, respecto a la solicitud de determinación de metales practicado al cadáver de Luis Santos Silva Requena, muestra tomada del “orificio de entrada”; el mismo que concluyó: “La muestra analizada presenta: antimonio no determinable / bario no determinable / plomo: 0.12 P.P.M. parte por millón”.
52. Que, a fojas 439/441, obra el Informe Pericial Médico Legal, suscrito por los Médicos Legistas Róger E. Velásquez Guevara y Judith Maguila Romero, con N° de Colegiatura 49768 y 13847, respectivamente; quienes emitieron el referido informe pericial en mérito a lo indicado por la Fiscal Provincial de la 4° FPPL,

quien solicitó que se amplíe el informe pericial, a fin de establecer si las lesiones que presenta el cuerpo del occiso Sebastián Anchante Pérez en la cabeza, fueron causadas antes o después de su muerte y su data (recientes o antiguas); siendo que el referido informe pericial ocluye que: “1. La causa de muerte de Sebastián Anchante Pérez (34) fue: CAUSA BÁSICA: Herida perforante en cabeza (1). AGENTE CAUSANTE: Proyectil de arma de fuego. 2. Todas las lesiones que se describen corresponden a lesiones recientes, con signos de vitalidad, producidas antemortem. 3. Los exámenes auxiliares muestran **que el occiso Sebastián Anchante Pérez (34) presentaba metabolitos de cannabinoides (marihuana) y metil benzoil ecgonina (cocaína) en las muestras remitidas**” (el resaltado es nuestro).

53. Que, a fojas 443/446, obra el Informe Pericial Médico Legal, suscrito por los Médicos Legistas Martín Villalobos Vargas y Judith Maguila Romero, con N° de Colegiatura 39471 y 13847, respectivamente; quienes emitieron el referido informe pericial en mérito a lo indicado por la Fiscal Provincial de la 4° FPPL, quien solicitó que se amplíe el informe pericial, a fin de establecer si las lesiones que presenta el cuerpo del occiso Luis Santos Silva Requena en la cabeza, tórax, abdomen, miembros superiores e inferiores, fueron causadas antes o después de su muerte y su data (recientes o antiguas); siendo que el referido informe pericial ocluye que: “1. La causa de muerte de Luis Santos Silva Requena de 41 años de edad fue: CAUSA FINAL: Shock Hipovolémico. CAUSA BÁSICA: 1 herida penetrante toracoabdominal por proyectil de arma de fuego. AGENTE CAUSANTE: Proyectil de arma de fuego. 2. Todas las lesiones que se describen corresponden a lesiones recientes, con signos de vitalidad, producidas antemortem. 3. Los exámenes auxiliares muestran **que el occiso Luis Santos Silva Requena presentaba metabolitos de cannabinoides (marihuana) y metilbenzoil ecgonina (cocaína) en las muestras remitidas**” (el resaltado es nuestro).
54. Que, a fojas 467/472, obra el Dictamen Pericial - Pronunciamiento de balística forense N° 02/12, respecto a la solicitud de la 4 FPPL para que se proceda a realizar la ampliación de las pericias balística Forense N° 1329/11, 1330/11, 1336/11, 1337/11, 1341/11,; siendo que el referido Dictamen 02/12, indica respecto del Dictamen 1329/11: “(...) [el] proyectil no queda alojado en el cuerpo del occiso [Sebastián Anchante Pérez], motivo por el cual no se realizó el Estudio Microscópico Comparativo para la homologación de los proyectiles obtenidos experimentales con las pistolas incriminadas (...)”; Respecto al Dictamen N° 1330/11 indica que el proyectil que se encontró dentro del cuerpo del occiso Santos Silva Requena: “(...) HASTA LA FECHA LA UNIDAD A CARGO DE LA INVESTIGACIÓN, NO HA REMITIDO el PROYECTIL extraído del cadáver (...), motivo por el cual hasta la fecha no se puede determinar que arma de fuego disparó el proyectil que causó la muerte del occiso Santos Silva Requena”; Respecto al Dictamen N° 1336/11 señala que: “[la] pistola semiautomática calibre 9 mm corto, marca BERSA (...) con número de serie 911463, modelo THUNDER 380, [tiene] capacidad para alojar nueve cartuchos en su cacerina”; Respeto del Dictamen N° 1337/11, realizado a la pistola semiautomática calibre 9 mm Parabellum, marca Pietro Baretta, con número de serie D09084Z, indica que: “(...)

no [se puede] determinar [con el método utilizado] la antigüedad del disparo, ni la cantidad de disparos realizados (...)” y respecto a la muestra 2 tomada en este mismo Dictamen, señala que: “(...) es un cartucho para pistola automática calibre 9 mm. Parabellum (mide 9x19 mm.); el calibre 9 mm. corto (mide 9x17), el término corto y/o largo se emplea más en cartucho de revólver. El descrito en la muestra 2 es marca LAPUA, el mismo calibre que la pistola semiautomática calibre 9 mm. Parabellum marca PIETRO BERETTA, con número de serie D09084Z (...)”; y, respecto del Dictamen 1341, realizado al vehículo marca NISSAN, modelo TIIDA, color rojo, de placa de rodaje COX585 indica que: “(...) no encontrándose proyectiles en el vehículo (...)”. Finalmente el citado Dictamen 02/12 señala que en el Dictamen pericial de Balística Forense N° 1333/11 se ha consignado que en la cuadra 2 de la avenida Trípoli: “se encontró CINCO CASQUILLOS para cartucho de pistola calibre 380 auto (9 mm. corto), determinándose que fueron percutidos por la pistola marca BERSA con N° de serie: 911463 (...) [precisando] que en la ampliación de la diligencia se halló, en el INTERIOR DEL JARDÍN, frontis del Edificio ROYAL TRIPOLI, y en área terrosa del árbol localizado en el borde externo de la vereda que da al frontis del mencionado edificio, en cada lugar se halló y recogió UN CASQUILLO, para cartucho de pistola calibre 9 mm. corto, que han sido percutidos por la pistola marca BERSA con N° de serie: 911463, siendo en total SIETE EVIDENCIAS (casquillos), que han sido percutidas por el arma en mención (...)”.

55. Que, a fojas 488/489, obra el Dictamen Pericial - Inspección Criminalística N° 208/2012AIC, consignando el resultado de Inspección Criminalística, realizada en la Calle Trípoli con Calle Bolognesi - Miraflores, el 31 de diciembre de 2011⁽⁵⁾; el mismo que concluye: “A. Se realizó la Inspección Criminalística, en la Vía Pública, intersección de la Calle Tripolo Cdra. 2 con Calle Bolognesi Cdra. 06 - MIRAFLORES, por el D/C/V/C/S; B. Se aprecia indicios de interés balístico, sobre el jardín y área terrosa del frontis del Edificio “ROYALTRIPOLI” sito en la Calle Trípoli N° 284 MIRAFLORES (...)”.
56. Que, a fojas 494/498, obra la Evaluación Psiquiátrica N° 0005122012PSQ, realizado a la persona de Andrea Voto Bernales Larrain, el mismo que concluye que la peritada presenta: “1. Reacción a Estrés Agudo (F43.0 ICD 10 OMS). 2. Personalidad dentro de los parámetros normales. 3. Inteligencia clínicamente promedio normal superior. 4. No presenta psicosis”.
57. Que, a fojas 601/602, obra el Dictamen Pericial Balístico Forense N° 012/2011 cuya muestra corresponde a una cartera tipo bolso de lona color marrón marca Coach, el mismo que concluye que: “La muestra examinada es una (01) cartera tipo bolso, de lona, color marrón - beige, con aplicaciones circulares marca Coach, se encuentra usada y sucia, presenta en negrita dos orificios de curso perforante, producido por dos proyectiles, disparado con arma de fuego, de calibre aproximado a 9 mm o su equivalente en pulgadas, sin características de disparo efectuado a

(5) Siendo esta resultado de la ampliación de la Inspección Criminalística realizada en el lugar de los hechos, donde se encontraron los dos casquillos adicionales a los 05 encontrados en la primera inspección.

- corta distancia; la ubicación, dimensiones y trayectoria se describe en el cuerpo del presente dictamen”.
58. Que, a fojas 606/608, obra el Dictamen pericial de balística forense N° 016/12 (fecha: 11 de enero de 2012), cuyas muestras recibidas son: 1. prendas de Silva Requena; y, 2. prendas de vestir de Anchante Pérez; el mismo que concluye que: “1 la muestra 1 (casaca de cuero) del occiso Luis Santos Silva Requena (41) al examen balístico presentó dos orificios de entrada (OE) uno ubicado en la cara anterior de la manga izquierda y otro en la cara anterior, parte inferior izquierda y un orificio de salida (OS) ubicado en el lado derecho de la cara anterior, producidos por dos proyectiles disparados por arma de fuego, de calibre 9 mm., sin características de disparo a corta distancia. La muestra 2 (polo) presenta dos orificios de entrada (OE) uno en la cara anterior de la manga izquierda y el otro en la cara anterior del polo, producidos por dos proyectiles disparados por arma de fuego de calibre 9 mm, sin características de disparos a corta distancia. La muestra 3 corresponde a un PANTALÓN blue jean, marca GUCCI, muestra 4 (.....) (las demás muestras no presentan características de interés balístico). 2 Las prendas de vestir del occiso Sebastián Anchante Pérez (35) corresponden a una (01) chompa de lana, un (1) polo marca “PATAGONIA”, un (01) pantalón de jean marca ARMANI EXCHANGE, un (1) short marca “WEST POINT”, una (1) media de felpa, un (1) par de zapatillas, marca “VANS”, no presentan características de interés balístico”.
 59. Que, a fojas 610, obra el Dictamen Pericial Físico - Químico (14 de febrero de 2012), realizado el 29 de diciembre de 2011, sobre el vehículo automóvil, marca Nissan, modelo TIIDA, color rojo, placa de rodaje COX585, en el que se consignan como daños materiales los siguientes: 1. tapa de la maletera presenta un oficio compatible con los ocasionados por proyectil de arma de fuego. 2. El techo parte posterior presenta un impacto compatibles con los ocasionados por proyectil de arma de fuego. 3. El vidrio fijo de la puerta anterior derecha presenta trizamiento total. 4. Presenta en la puerta posterior derecha rayaduras seguidas de desprendimiento de la capa de pintura. 5. Parachoque posterior lado izquierdo presenta rayaduras y desprendimiento de la capa de pintura. 6. Capot parte anterior presenta rayaduras. 7. Otros: adorno como el logo de la marca NISSAN extraído de su lugar de implante.
 60. Que, a fojas 611/612, obra el Dictamen Pericial Biología Forense (01 de febrero de 2012) realizado sobre el automóvil marca Nissan, modelo Niida, color rojo, placa de rodaje COX585. realizado con fecha 29 de diciembre de 2011; el mismo que concluye que: “1. En la inspección Biocriminalística realizada tanto en la parte externa (C4a) e interna (C4b) del automóvil marca “NISSAN” modelo TIIDA, color rojo placa de rodaje COX585 no se halló restos de sangre. 2. Con oficio N° 131/12 - DIRINCRI PNP/OFICRI ABIOF, se remite al laboratorio de Biología Molecular DIRCRI PNP, la botella de agua “SAN LUIS” sin gas, de 625 ml de capacidad conteniendo las tres cuartas partes de líquido transparente, hallada y recogida en el vehículo automóvil, marca... para que se realice el examen de perfil genético (ADN) para su posterior homologación con los posibles sospechosos. 3. Sin otro indicio biológico de interés criminalístico”.

61. Que, a fojas 93, obra el Certificado de Necropsia de Luis Santos Silva Requena, el que señala como causa de muerte: “SOC hipovolémico 1 herida penetrante toracoabdominal por proyectil de arma de fuego”.
62. Que, a fojas 94, obra Certificado de Necropsia de Sebastián Anchante Pérez, el que señala como causa de muerte: “Herida perforante en cabeza (1) - Agentes causantes: Proyectil de arma de fuego”.
63. Que, a fojas 95, obra el Acta de levantamiento de cadáver, respecto a la persona de Luis Santos Silva Requena, en la que se consigna que el cadáver presenta las siguientes lesiones: “dos heridas contusas al parecer orificios de entrada en la parte parietal izquierdo de proyectil de arma de fuego con salida en la parte posterior de la cabeza, con herida en el estómago lado derecho inferior del ombligo al parecer ocasionado por proyectil de arma de fuego”, indicando como diagnóstico presuntivo de muerte: “Herida por PAF - Cráneo”. Asimismo indica que ingresó cadáver a horas 20:59.
64. Que, a fojas 96, obra el Acta de levantamiento de cadáver, respecto a la persona de Sebastián Anchante Pérez, en la que se consigna que el cadáver presenta las siguientes lesiones: “orificio de entrada en la parte parietal superior izquierdo con orificio de salida a la altura del oído lado posterior derecho, en el tabique un corte con pómulos morados los orificios por PAF en cabeza”, indicando como diagnóstico presuntivo de muerte: “TEC por PAF”. Asimismo indica que ingresó con vida a las 21:00 horas a falleció a 22:45 horas.
65. Que, a fojas 98/99, obra el Acta de recepción de armas de fuego, licencia de posesión y teléfono celular, en la que se consigna que la persona de Frank Manuel Guerrero de Romaña, quien se presentó en la dependencia policial como abogado de Luis Miguel Llanos Carrillo y en presencia del Representante del Ministerio Público, se procedió a la recepción de los siguientes objetos: 1) una pistola marca Bersa, modelo Thunder 380 P N° Serie 911463, calibre 380 ACP, con mango de goma color negro, con una cacerina desabastecida; 2) una pistola marca Pietro Baretta - Parabellum 9 mm., con N° de serie D09084Z, con un proyectil trabado en la recámara y rastrillada, con una cacerina al parecer abastecida; 3) Licencia de posesión y uso de arma de fuego N° 318068, perteneciente a Luis Miguel Llanos Carrillo, indicando que autoriza a usar pistola marca Bersa, modelo Thunder 380 P N° Serie 911463, calibre 380 ACP, LE/DNICE: 09342181, COD. 34104782, vence 12 de setiembre de 2013 (...); 4) un teléfono celular táctil, color negro y rosado marca samsung, con su batería AB603443CU 100mAh BQ, con su chip claro 8951100212076743430F02. y memoria de 02 GB. En buen estado de conservación operativo.
66. Que, a fojas 100/101, obra el Acta de reconocimiento fotográfico, realizada por la persona de Inés Guadalupe Torres Quispe, mediante la cual reconoce a la persona de la imagen N° 3, cuya imagen corresponde a Sebastián Anchante Pérez, como la persona que entró a su departamento y se llevó sus cosas, amenazándola con un arma de fuego cuando esta se encontraba con su menor hija de 4 meses de nacida. Precizando que lo reconoce bien ya que estuvo muy cerca de ella.
67. Que, a fojas 102/103, obra el Acta de constatación y verificación ampliatoria de hecho, realizada en el edificio TRIPOLI, el 31 de diciembre de 2011, siendo que la persona de Luis Miguel Llanos Carrillo, relata que al salir del citado edificio

observó la camioneta de su novia que estaba estacionada a unos ocho metros del lugar donde acostumbra estacionarse, observando que se encontraban dos sujetos, uno al lado de cada puerta delantera, los mismos que estaban despojando a su novia de sus pertenencias, siendo que uno de ellos portaba arma de fuego; para luego iniciarse una balacera. De otro lado, se indica que peritos de la Policía Nacional del Perú hallaron un casquillo de 380 auto sobre el jardín del edificio y otro casquillo auto sobre la tierra de un árbol frente al mismo edificio. Asimismo, se observaron manchas de sangre resacas.

68. Que, a fojas 104, obra el Acta de Hallazgo, recojo y traslado de evidencias, realizada en el edificio ubicado en la calle Tripoli N° 284 - Miraflores, el día 31 de diciembre de 2011, en la que se recogieron las siguientes evidencias: “casquillo para cartucho de pistola calibre 380 auto marca RP, hallada sobre el césped del jardín del edificio [y otro] casquillo para cartucho de pistola calibre 380 auto marca RP hallado sobre área terrosa del árbol frontis del edificio 284”.
69. Que, a fojas 107, obra el Acta de Constatación y Diligencia de Prueba de luminol, balística y físico química en el vehículo de placa A3U536 color plata, camioneta marca KIA, modelo sportage, en el que los peritos indican que se pronunciaron con respectivos dictámenes, en el plazo de una semana.
70. Que, a fojas 108/110, obra el Acta de visualización de teléfono celular, respecto al celular táctil de color negro y rosado marca samsung con su batería AB603443CU 100mAh BQ con su chip claro 8951100212076743430F02 y memoria de 2 GB, en buen estado de conservación operativo, siendo que entre los contactos consignados en el directorio, se aprecia el nombre de Anchante, sí como la relación de llamadas realizadas, recibidas y mensajes de texto.
71. Que, a fojas 111, obra el Acta de Hallazgo de Vehículo, realizada a las 22:40 horas del 28 de diciembre, consignándose que en la cuadra 18 del jirón Huáscar del distrito de Jesús María, se logró hallar el automóvil de placa de rodaje COX-585, color rojo metálico, marca Nissan, modelo TIIDA, el mismo que al parecer presenta impacto de bala en la parte posterior de la maletera, otro en el faro posterior lado derecho y otro impacto que halla rozado en la parte posterior del techo; asimismo, se consigna que la luna triangular de la puerta delantera, lado derecho se encuentra rota.
72. Que, a fojas 112, obra el Acta de registro de vehículo, realizada el 28 de diciembre de 2011 en el distrito de Jesús María, al vehículo Nissan, TIIDA de placa de rodaje COX-585, arrojando negativo tanto para drogas e insumos, así como para armamentos y/o municiones y para dinero nacional y/o extranjero; arrojando positivo para otras especies, precisando que en el asiento del copiloto se encontró un revolver de juguete color plomo con negro, en el asiento posterior se encontró un letrero iluminado de color blanco con las inscripciones “libre taxi”; y, debajo del asiento del copiloto se encontró un letrero plastificado con las inscripciones taxi.

73. Que, a fojas 114, obra el Acta de entrega de vehículo, realizada el 03 de enero de 2012, respecto del vehículo Nissan TIIDA, placa de rodaje CQI-873⁽⁶⁾, color rojo metálico, con N° de motor HR16045004B, tipo sedan, N° de serie JN1B-CAC119T005025, entregando el mismo a la persona de Deicy Ruperto Elsa Zegarra Gutiérrez.
74. Que, a fojas 91, obra la hoja de Atención de Emergencias - Urgencias, del hospital Casimiro Ulloa, respecto a la persona de Luis Santos Silva Requena, en la que se consigna: “Llegó cadáver”.
75. Que, a fojas 92, obra la hoja de Atención de Emergencias - Urgencias, del hospital Casimiro Ulloa, respecto a la persona de Sebastián Pérez Anchante, cuyo diagnóstico es: “TEC X PAF” además se consigna: “paciente en mal estado general (...)”.
76. Que, a fojas 115, obra la Constancia de denuncia de arma robada y/o perdida N° 5858/SDAM/2, respecto de la pistola marca Beretta, calibre 9 mm PB, serie D090842, con licencia N° 556687; de fecha 2 de agosto de 2011.
77. Que, a fojas 205, obra la Boleta de información Básica Vehicular N° S/N-2011-DIRINCRI-DIROVE-UAT, respecto del vehículo marca Nissan, modelo TIIDA, color rojo, de placa CQI873, debiendo precisarse que se anexa a fojas 206 el Dictamen Pericial de Identificación Vehicular, respecto del mismo vehículo, señalándose que la placa COX585 no es auténtica, siendo la placa de rodaje auténtica CQI-873.
78. Que, a fojas 370, obra el Informe N° 006-2012-DIRINCRI PNP/OFICRI-AIEC, suscrito por el Mayor PNP Alfonso Tarrillo Matute, mediante el cual informa que no se realizó la diligencia de revelado de huellas dactilares en la pistola Pietro Beretta Parabellum 9 mm, con número de serie D09084Z, así como tampoco al vehículo marca KIA de placa de rodaje A3U536 de propiedad de Andrea Voto Bernales Larrain; porque no fue solicitado por las pesquisas de la DIVINCRI MIRAFLORES, a cargo de la investigación.
79. Que, a fojas 614, obra el Informe N° 05-2012-DAJ-N23-4-21 en el cual se informa que las personas de Luis Miguel Llanos Carrillo, Andrea Voto Bernales Larrain y Sebastián Anchante Pérez no registran antecedentes policiales. Y Luis Santos Silva Requena, Luis Alberto Moreno Rodríguez y Alex Wilmer Cavagneri Rivas arrojó positivo para antecedentes policiales.

VI. FUNDAMENTOS

- A través del Derecho Penal, “El Estado espera, en primer lugar, orientar los comportamientos de los individuos, motivándolos para actuar de cierta manera y así lograr que acepten ciertos esquemas de vida social. Solo cuando no alcanza este objetivo por otros medios, se debe recurrir a la sanción penal. En esto, precisamente, radica el peculiar carácter del Derecho Penal como medio de control social. El ejercicio de la actividad punitiva por parte del Estado conlleva una grave afectación de los derechos fundamentales de la persona.

(6) Placa que habría sido consignada en las Actas de hallazgo y registro como COX585, por haber sido falsificada.

Las penas comportan la privación o la restricción de la libertad, de derechos o del patrimonio. En razón de la gravedad de la intervención penal, siempre ha existido la preocupación por establecer límites al poder estatal. Este esfuerzo se ha orientado hacia la búsqueda de la justificación de la pena y a la determinación de un criterio suficientemente claro para discernir las acciones que deben ser prohibidas, fijar las condiciones cuya preexistencia permita la imposición de la sanción y la especificación de las cosas en que la actividad punitiva es oportuna, necesaria y punitiva⁽⁷⁾.

- Debe tomarse en cuenta que: “El Derecho Penal no está destinado a proteger todo bien jurídico, ni siquiera a defender los bienes escogidos de los ataques de que puedan ser objeto y, menos aún, a reprimir toda acción moralmente reprochable, se puede hablar del carácter fragmentario del Derecho Penal (...) esto significa que el ámbito de las infracciones penales debe ser más limitado que el de los actos ilícitos y, sobre todo, que el de los actos inmorales. No se trata de un defecto del Derecho Penal, no más bien de una propiedad derivada de su conformidad con los principios del Estado de Derecho (...) El recurso limitado a la represión penal por parte del Estado es una exigencia a respetar debido a que la sanción afecta de manera grave los derechos fundamentales del individuo. Solo debe recurrirse a este medio cuando sea en absoluto necesario; cuando la protección de los bienes jurídicos y la consolidación de ciertos esquemas no son alcanzables mediante otras previsiones⁽⁸⁾.”
- De igual forma, en el presente caso debe tomarse en cuenta el principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos, así, tenemos que: “De acuerdo al principio de lesividad u ofensividad, para que una conducta sea considerada ilícita no solo requiere una realización formal, sino que además es necesario que dicha conducta haya puesto en peligro o lesionado a un bien jurídico determinado. Se le identifica con la máxima <nullum crimen sine iniuria>⁽⁹⁾.”
- En esta misma línea, tenemos que el Código Penal en el artículo IV de su Título Preliminar, ha previsto el principio de Lesividad, señalando que: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”. Al respecto, cabe precisar que: “Este principio no solo expone la función que debe cumplir el Derecho penal, sino que también limita y circunscribe la intervención punitiva del Estado. Además este principio tiene un gran importancia en un Estado social y democrático de Derecho, y comprende las siguientes consecuencias: Primera, todos los preceptos penales deberán por principio, proteger bienes jurídicos. Pero tal protección se debe entender que actúa ante la puesta en peligro o la lesión del bien jurídico (...) Tercera, debido a que la potestad punitiva del Estado debe estar al

(7) HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal Parte General I*. 3ª edición 2005, Ed. Grijley, cit, p. 10.

(8) *Ibidem*, pp. 6, 7 y 47.

(9) VILLAVICENCIO T., Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Ed. Grijley, cit, pp. 94/95.

servicio de la mayoría de los ciudadanos, se debe tutelar intereses que pretendan toda la sociedad y no un grupo determinado⁷⁽¹⁰⁾.

- Asimismo, se ha señalado en reiterada jurisprudencia lo siguiente: “El título preliminar de nuestro ordenamiento penal enarbola un conjunto de principios garantistas, consagrando entre ellos: el de lesividad, por el que para la imposición de la pena necesariamente se requiere de la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley⁷⁽¹¹⁾ Asimismo: “El artículo cuarto del título preliminar del Código Penal establece el principio de lesividad en virtud del cual, en la comisión de un delito, tiene que determinarse según corresponda la naturaleza del mismo, al sujeto pasivo que haya sufrido la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal; de allí que el sujeto pasivo siempre es un elemento integrante del tipo penal en su aspecto objetivo⁷⁽¹²⁾.
- Respecto del delito Felipe Villavicencio ha señalado: “El delito es una conducta típica, antijurídica y culpable. Los niveles de análisis son tipo [La verificación de si la conducta realizada coincide con lo descrito en la Ley], **Antijuricidad [Para que una conducta típica sea imputable, se requiere que sea antijurídica, es decir, que no esté justificada, siendo las causas de justificación, disposiciones [permisivas especiales que operan sobre cualquier forma básica de hecho punible];** y, culpabilidad [La imputación personal se orienta, por un lado, desde la óptica del Estado, en los fines preventivos de la pena, y por otro lado, desde la óptica el individuo, siendo necesario apreciar la situación de desventaja que este tiene frente al Estado. Para este fin, la imputación personal evalúa un conjunto de aspectos relativos al agente: imputabilidad, probabilidad de conciencia de la antijuricidad y exigibilidad de otra conducta]⁷⁽¹³⁾ (el resaltado es nuestro).
- Asimismo, se tiene que “La promoción fiscal de la acción penal y, en su caso, el auto de apertura de instrucción (Código de 1940) o de aprobación judicial (Código de 1991), procederá, por el contrario, cuando se advierta la presencia de los siguientes elementos: a) La existencia de un delito; b) La subsistencia de la persecución penal al no haber prescrito la acción; c) La satisfacción de los requisitos de procedibilidad; y d) La identificación del autor o partícipe del delito⁷⁽¹⁴⁾. Es así que a continuación procederemos a analizar el primer presupuesto para la apertura del proceso penal, siendo que de no cumplirse este, no resultará necesario analizar los demás presupuestos.

(10) *Ibidem*, pp. 9 y 96.

(11) Ejecutoria del 29 de mayo de 1998, Exp. 2598B. En: ROJAS VARGAS/INFANTE VARGAS. 2001, pp. 48/49.

(12) Ejecutoria suprema del 20 de abril de 1999, R.N. N° 66899, en Gaceta Jurídica, 2001. p. 30.

(13) VILLAVICENCIO T., Felipe. Ob. cit., pp. 226/228.

(14) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. Volumen I, Ed. Grijley, 2000, p. 364.

1. Análisis del delito de homicidio simple

Artículo 106. El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años.

El citado articulado prevé el tipo base del delito de homicidio, cuya realización típica viene determinada por la acción de matar que ejecuta el autor, eliminando al sujeto pasivo del delito.

La Representante del Ministerio Público en su formalización de denuncia penal considera que el denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo, habría cometido el delito de homicidio simple en circunstancias de una legítima defensa imperfecta, por lo que, procederemos a realizar un análisis de la citada causa de justificación, puesto que su verificación anula la antijuricidad, presupuesto para la configuración de un tipo penal.

Es pertinente mencionar que la doctrina señala que: “el injusto penal, entonces, implica la realización del tipo penal y la ausencia de causas de justificación, entre las cuales surge con mayor relevancia la legítima defensa, que en el ámbito del homicidio tiene una aplicación inobjetable, por lo que se dice que, dicha justificación nace precisamente en el caso de este delito”⁽¹⁵⁾

Antijuricidad y Causas de Justificación

La antijuricidad es una valoración negativa de la acción en relación con todo el orden jurídico. Una acción típica implica la violación de la norma prohibitiva o preceptiva implícita en la disposición penal. Sin embargo, ello no significa que esta sea antijurídica por cuanto el ordenamiento jurídico no solo está conformado por prohibiciones y mandatos, sino también por preceptos permisivos que hacen posible que una acción típica no sea ilícita. “Por ello, quien da muerte a otro en legítima defensa realiza una conducta típica de homicidio (C.P., art. 103), pero no antijurídica, porque ella está amparada con una norma permisiva (C.P., art. 32, núm. 6), aunque es evidente que lesiona el bien jurídico vida”⁽¹⁶⁾. Encontrándonos ante las causas de justificación, las que se hayan en relación negativa con el ilícito dado que su presencia determina la conformidad del acto con el ordenamiento jurídico, su efecto decisivo se da en relación con el caso concreto y no con el acto descrito en el tipo penal; asimismo, las causas de justificación no son reguladas en relación con cada uno de los tipos legales, sino son apreciadas conforme a criterios generales de equidad, justicia y proporcionalidad, siendo su fuente todo el ordenamiento jurídico y no solo la ley penal. Es decir, “que las causas de justificación son por tanto, situaciones reconocidas por el derecho, en la que es lícita la ejecución de un hecho típico”⁽¹⁷⁾; “las disposiciones relativas a las causas de justificación son normas permisivas. Preveen situaciones excepcionales en las que se puede violar la

(15) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal-Parte Especial*. Tomo I, Idemsa, cit., p. 88.

(16) VELÁSQUEZ V., Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. 4ª edición, Librería Jurídica Comlibros, Colombia, 2009, p. 706.

(17) BRAMONT ARIAS, Luis Alberto. *Derecho Penal peruano (Visión Histórica) Parte General*. Ediciones Jurídicas Unifé, 2004, p. 336.

norma (implícita al tipo legal). Así, se admite, en consecuencia, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido⁷⁽¹⁸⁾.

La ausencia de antijuricidad depende del hecho de que el agente actúe, en el nivel objetivo, en el marco de lo permitido y en el subjetivo, con conocimiento de la situación justificante. Cuando se sabe que se obra para proteger un bien jurídico se realiza un acto valioso y por lo tanto lícito. Por ejemplo el artículo 20 inciso 3 que prevé la legítima defensa dice: “El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros (...)”.

Legítima Defensa

- La legítima defensa es la acción requerida para impedir, o apartar de sí o de otro una agresión actual e injusta contra un bien jurídico. Siendo la esencia de esta institución la de ser una causal de justificación, y por ende una norma permisiva. Debiendo indicarse que: “la defensa legítima es un mecanismo individual y social de mantenimiento y protección del derecho como sistema de vida colectivo; individual en tanto el agredido al ejercer la repulsa puede afirmar sus derechos y dar validez a las normas de la vida común; es asimismo, un mecanismo colectivo, pues la comunidad puede organizarse para enfrentar en conjunto cierto tipo de agresiones y peligros, así como aparejar mecanismos de fuerza con miras a facilitar la efectividad de los derechos, la subsistencia de la organización política y económica, y de esta forma procurar la convivencia civilizada⁷⁽¹⁹⁾ .
- La legítima defensa expresa un derecho principal y autónomo, un derecho de reacción de fuerza que se constituye en una herramienta de lucha contra el injusto; la acción de agresión ataca el derecho, el acto de defensa es un medio de lucha en la subsistencia del derecho agredido; en esa lucha o contradicción entre quien intenta negar un derecho y quien busca protegerlo y afirmarlo, se produce un acto cualitativamente valioso no solo conforme al orden jurídico, sino que lo protege, lo reafirma y lo realiza. En el plano subjetivo el agresor quiere lesionar el bien, y así su acción está orientada al daño; por el contrario, quien se defiende conoce la agresión y quiere evitar el peligro, actuando con ánimo de defensa. En el plano objetivo las acciones chocan, se oponen y se niegan una a otra. En el plano jurídico o de los valores, la agresión es injusta, y la defensa es un hecho legítimo, un hecho inocente o justo.

Estructura de la Legítima Defensa

El numeral 3 del artículo 20 del Código Penal considera que: “está exento de responsabilidad penal (...) 3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- a) Agresión ilegítima;

(18) HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Tomo I, 4ª edición, Idemsa, 2011, p. 502.

(19) GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando. *Legítima defensa*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2ª edición, Santa Fe de Bogotá D.C. Colombia, 1997, p. 37.

- 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”.

- **El Acto de Agresión**

La agresión es la acción de poner en peligro un interés jurídico, antes que como acción tendente a lesionar un bien lícito; la agresión requiere de un peligro objetivo y cierto. Ese peligro existe tanto si está por producirse el daño, como si habiéndose ocasionado ya el daño existe posibilidad de aumentarlo; por eso es factible la defensa contra el peligro inminente o el riesgo subsistente, con tal que se trate de un peligro creado por una conducta humana.

La agresión debe de tener aptitud, idoneidad para crear peligro de daño, y ese peligro ha de provenir de los medios o forma en que la agresión misma se despliega. La agresión no requiere de la utilización de armas, aunque sea lo usual, o de mecanismos agresivos; el agresor puede utilizar cualquier otro medio apto para crear peligro al bien agredido. Cabe precisar que esta agresión ante todo debe de ser real; es decir, que debe de existir objetivamente para que pueda surgir un peligro cierto y nazca él, un derecho a la repulsa justificada. “la agresión tiene que ser actual, es decir, la agresión tiene que estar a punto de comenzar o haber comenzado, no es por tanto, necesario para la defensa legítima esperar que la agresión haya comenzado ya”⁽²⁰⁾. Debiendo precisarse que el adjetivo ilegítimo que se utiliza en el texto de la norma materia de análisis, debe ser entendida en el sentido de ilícito, injusto y no solo de su disconformidad con las leyes, es decir, se trata de cualquier agresión contraria al orden jurídico.

- **Los bienes objeto de la agresión:**

El bien jurídico atacado y defendido puede ser cualquiera: la vida, la integridad personal, el honor, la libertad, el patrimonio, la familia y en fin todo derecho legítimo sin importar su rango, naturaleza, jerarquía, valor, significado, titular, etc., con tal que la defensa resulte proporcional a la magnitud de la agresión.

“En defensa de la vida, se puede lesionar cualquier bien jurídico del agresor, su existencia, su integridad personal, sus bienes, pues siendo la vida el interés más preciado, el hombre no está obligado a ceder ante nada para conservarla; si para salvar la propia existencia se hace necesario la muerte de los agresores, la defensa sigue siendo legítima, pues la proporcionalidad del valor de la vida –bien absoluto– sigue existiendo frente a la vida de los agresores”⁽²¹⁾.

(20) ORTIZ MUÑOZ, Pedro. *Nociones Generales de Derecho Penal*. Tomo I, Santiago de Chile, p. 44.

(21) *Ibidem*, pp. 6 y 134.

- **Requisitos de la agresión:**
 - a) Actualidad de la agresión: la actualidad de la agresión quiere significar que la defensa debe de ser coetánea al ataque, en tanto se dé el acometimiento puede producirse la defensa. Desde luego para que la agresión pueda considerarse actual, no es necesario que el daño se haya ocasionado, basta la presencia del peligro. También debe indicarse que el término actual comprende la agresión existente, la inminente y la subsistente, conceptos estos que son modalidades de la agresión actual.
 - b) Injusticia de la agresión: lo que ha de ser injusto es la agresión, es decir, la acción del atacante en cuanto no tenga amparo en el orden jurídico para realizar su ataque. Es precisamente el carácter injusto o prohibido de un comportamiento lesivo lo que autoriza (justifica) al atacado a impedir, aún por medio de, la lesión a bienes del atacante, el daño que se le amenaza.
- **Análisis del Caso:** se desprende de la investigación que el día 27 de diciembre de 2011, siendo aproximadamente las 20:15 horas, cuando la persona de Andrea Voto Bernales Larraín se encontraba a bordo de su vehículo de placa de rodaje A3U-536 estacionada en la cuadra 2 de la Avenida Trípoli en el Distrito de Miraflores, con la finalidad de esperar al denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo, fue interceptada por Sebastián Anchante Pérez y Luis Santos Silva Requena, portando uno de ellos una Pistola marca Pietro Beretta, con la cual la amenazaron para despojarla de sus pertenencias; instantes en el que hizo su aparición el denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo, quien advirtió la presencia de estos dos sujetos, siendo que en esos instantes, un tercer sujeto no identificado, al ver a Llanos le efectúa disparos con su arma de fuego y corre hacia un vehículo estacionado en forma diagonal, dentro del cual se encontraba un cuarto sujeto (quien hacia las veces de chofer); por lo que, frente a este ataque, el denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo, inmediatamente sacó y usó su arma de fuego (pistola), que se encontraba dentro de su morral y todas las pertenencias que tenía las arrojó al piso.

En tal contexto, resulta claro, que nos encontramos ante una agresión ilegítima, actual, inminente y ante la presencia de un peligro perpetrado por cuatro sujetos, dos de ellos, que fueron abatidos en el momento de ocurridos los hechos, un tercer sujeto quien efectúa el primer disparo en contra del denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo y el cuarto sujeto que se encontraba manejando el vehículo de placa COX-585 (placa falsificada), donde lograron huir los dos últimos, lo cual se ha acreditado con el acta de hallazgo de vehículo, realizada a las 22:40 horas del 28 de diciembre de 2011, obrante a fojas 111, en la que se consigna que se logró hallar el automóvil Nissan TIIDA, color rojo metálico, consignándose como placa de rodaje COX-585, el mismo que tenía huellas de disparo por arma de fuego; habiéndose determinado que la placa de rodaje COX-585, no era auténtica, siendo la placa de Rodaje correcta es CQI873, conforme se desprende de la Boleta de Información Básica Vehicular N° S/N-2011-DIRINCRI-DIROVE-UAT, la misma que anexa el Dictamen Pericial de Identificación Vehicular obrante a fojas 205/206. Aunado a

ello, se tiene que el bien en mención, era un vehículo robado, que fue posteriormente entregado a su verdadera propietaria, Deicy Ruperto Elsa Zegarra Gutiérrez, conforme se desprende del Acta de Entrega de Vehículo de fojas 114. De lo expuesto, se tiene que se ha configurado el primer elemento constitutivo de esta causa de justificación, Agresión Ilegítima.

- **Defensa:**

“Necesidad racional del medio empleado para impedirla 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”.

La acción defensiva es la actitud requerida para apartar de sí o de otro el peligro contra el bien lícito, surgido de la agresión actual e injusta. La defensa es una respuesta al acto agresivo pues sin agresión no puede concebirse jurídicamente la repulsa. Es así, que para que pueda hablarse de una legítima defensa no es suficiente con que se rechace o evite una agresión actual e injusta, es necesario que el mecanismo defensivo sea la realización de una o varias conductas descritas en la ley penal; siendo que la defensa como réplica contra el ataque es ante todo una conducta que tiene como causa la agresión, esta obra como estímulo que desata reacción, la cual tiene por objeto esencial proteger el interés puesto en peligro. Ante este peligro originado de la agresión la respuesta del agredido puede ser diversa, soportar el daño, evitarlo, esquivando la lesión o rechazando la agresión mediante la realización de un contraataque que como medio de conjurar el peligro lesione bienes lícitos del agresor. Es así, que solo podemos hablar jurídicamente de una situación de legítima defensa cuando el atacado para atacar el peligro actual e injusto comete un hecho típico en contra del agresor. **Esta defensa debe de ser: con ánimo defensivo, necesaria y racionalmente proporcional.**

Por otro lado, se tiene que la acción defensiva debe realizarse mientras el peligro exista. El rechazo de la agresión no puede efectuarse en cualquier tiempo, sino que es menester ejecutarlo en un intervalo determinado; la coetaneidad de la defensa significa una correlación de proceso de suerte tal que la respuesta haga parte de un mismo proceso integrado en relación directa de efecto a causa.

¿Cómo puede ser la defensa? “Debe de ser la adecuada para proteger el bien atendiendo la naturaleza, la forma, la intensidad y modalidades del ataque, es decir, la naturaleza del ataque condiciona la forma de la defensa: a una agresión violenta y poderosa habrá que oponer una respuesta más recia y eficaz si se quiere tener la posibilidad de éxito”⁽²²⁾.

Defensa es rechazo de algo, y para que exista rechazo se requiere haberse representado o conocido la situación que se rechaza. En tal virtud es natural que el

(22) *Ibidem*, pp. 6 y 275.

primer elemento subjetivo de la defensa sea el conocimiento del peligro emanado de la agresión. **Siendo que en la acción dolosa, el sujeto conoce que lo que realiza es un acto punible (injusto), y a pesar de ello, directa o indirectamente, quiere realizarlo; en la defensa por el contrario, el actor sabe que la acción que realiza es justa y quiere por ende realizarla; el daño ocasionado al agresor no constituye una acción dolosa, sino un mecanismo forzado, que la ley justifica para hacer posible la defensa del bien lícito. Y si bien el hecho voluntariamente ocasiona un daño al agresor, no lo hace porque lo desee, sino como medio legítimo y necesario para apartar el peligro.**

- **Necesidad de la Defensa**

“La reacción del agredido debe de ser necesaria. Esto será determinado apreciando de manera general si la acción de defenderse es indispensable para descartar el peligro creado por la agresión. Es menester que el agredido la impida o repela, pero esto no significa que su acción debe suceder forzosa e irremediablemente”. En primer lugar, la defensa debe ser necesaria en correlación con la presencia del peligro inminente; la necesidad de realizar un comportamiento depende de que se presenten ciertas circunstancias que hacen indispensables que tal acto defensivo tenga ocurrencia.

El grado e intensidad del peligro surgido del ataque, nos determina el grado (necesidad) de la defensa requerida. Es entendible perfectamente que mientras más grave e intenso sea el peligro, más necesaria y urgente se hace la defensa, e incluso la necesidad de una reacción más enérgica y drástica, quedando al descubierto que la proporción, que equivale a correlación de magnitudes entre dos partes, dependerá en gran medida de la necesidad de la defensa, necesidad que a su vez se hace más o menos imperiosa apreciando la magnitud del peligro y el daño amenazado. Asimismo, cabe precisar que: “Al juez no le corresponde evaluar en abstracto qué acto habría sido necesario a posteriori para rechazar eficazmente la agresión, sino determinar en concreto, frente a las posibilidades de que disponía el atacado, si la repulsa por él efectuada era indispensable para salvar el bien. No se trata, entonces, de una evaluación en abstracto, sino que es una ponderación en concreto, y el juez debe ubicarse en las condiciones emocionales, vivenciar el temor y la angustia que experimentó el agredido, la temibilidad del agresor, pues solo así es posible evidenciar qué acción se presentaba como eficaz para salvar el bien. Con un juicio ex ante, el juzgador debe ponderar la gravedad de la agresión frente a la gravedad del medio defensivo y el daño que su uso está en capacidad de producir, lo que induce a justipreciar el significado del bien lesionado con la defensa (...) La personalidad del atacado y del atacante cobran interés jurídico, pues mientras más peligroso, avezado y pendenciero sea el malhechor, se presentará una mayor necesidad de una defensa vigorosa”⁽²³⁾.

(23) *Ibidem* pp. 6, 306 y 329.

- **Criterios para determinar la necesidad de la defensa**

- a) La intensidad del peligro: Para que la defensa sea necesaria, no se precisa que el peligro sea intenso o grave, sino que resulte evidente que mientras más intenso sea este, más necesaria resultará una defensa fuerte. Si bien no se exige gravedad en el peligro para que surja la necesidad, la intensidad del peligro amenazado sí determina que tan necesaria era la respuesta que se dio.
- b) Oportunidad de la defensa: Como ya se ha señalado, la defensa solo resulta necesaria cuando su realización es oportuna para detener, conjurar, apartar o impedir el ataque; si el daño ya se consumó o el peligro desapareció, no existe necesidad. Es decir, que la oportunidad de la defensa está dado por la actualidad del peligro.
- c) Pertinencia de la defensa: La defensa debe de ser una reacción adecuada al fin de proteger el interés puesto en peligro y a conjurar la agresión; por esta razón la defensa solo resulta necesaria cuando ella se opone a la agresión, esto es, cuando apunta a conjurarla o negarla; en tal virtud la acción debe ser útil y adecuada a la finalidad defensiva.

- **Racionalidad de la Defensa**

“La defensa debe de ser racional, además de necesaria. Se trata de una apreciación de valor con referencia a la justicia y equidad. De esta manera se introduce en la acción de defenderse una dimensión ética, que constituye así mismo un límite a la legítima defensa. La racionalidad de la defensa se determina apreciando la proporcionalidad entre el peligro propio a la agresión y la acción de defenderse; es decir, entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y los propios del comportamiento defensivo”⁽²⁴⁾.

“(…) lo que ha de ser proporcional es la defensa frente a la agresión, con lo cual **la proporcionalidad reside en la acción defensiva misma, y no ya en los medios** o en los bienes en conflicto. **Es la acción defensiva en toda su entidad, con las circunstancias de tiempo, modo, lugar y modalidades de realización, lo que requiere de proporcionalidad frente al ataque**, de allí que la determinación de cuando una acción de defensa resulta proporcionada no puede depender de la simple cotejación de medios ni de bienes en conflicto, y ni siquiera de la gravedad del peligro amenazado frente al daño realizado, sino de un conjunto de factores relacionados no en abstracto, sino en cada caso en concreto; no con un juicio *ex post facto* o *a posteriori*, sino con un juicio *ex ante*, esto es colocándose o retrotrayéndose al momento y condiciones en que se realizó la defensa”⁽²⁵⁾.

Debe señalarse que **la personalidad o peligrosidad del agresor, es otro elemento que ha de tomarse en cuenta para la proporcionalidad**. Asimismo, en reiterada jurisprudencia se ha señalado lo siguiente: “es evidente que la

(24) *Ibidem*, pp. 5 y 517.

(25) *Ibidem*, pp. 6 y 347.

conducta desplegada por el acusado (...) se ha producido en circunstancias de una perfecta legítima defensa, toda vez que ha obrado en defensa de su integridad física y de su patrimonio, en la que ha concurrido una agresión ilegítima de parte del agraviado y sus acompañantes (...), la misma que no ha sido provocada por el acusado, existiendo además racionalidad en el medio empleado para repeler el ataque del que fue víctima pues en la situación concreta, era la única forma en que podía defenderse de la agresión ilegítima; que, no debe confundirse la relación que debe de existir entre la agresión y la defensa, con la proporcionalidad entre el daño que hubiera causado la agresión y el causado por la defensa, por cuanto la racionalidad de la necesidad de la defensa solo se vincula con la primera cuestión; así, para determinarla, es preciso tomar en consideración las acciones que el autor tenía a su disposición para impedir o repeler la agresión antes de comenzar la defensa y establecer si la emprendida es realmente la que hubiera impedido la lesión amenazada por la agresión causando menos daño; que en el caso de autos, la acción del acusado era la única posibilidad que tenía para repeler la agresión ilegítima de la que era víctima”⁽²⁶⁾.

- **Análisis del Caso:** se tiene que frente al ataque realizado por “el tercer sujeto” que disparó un arma de fuego en contra del denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo, inmediatamente este sacó e hizo uso de su arma (pistola BERSA calibre 380, 9 milímetros, ACP N° 911463), la misma que se encontraba dentro su morral, arrojando todas sus pertenencias al piso, siendo que en este momento el sujeto que se encontraba amenazando a la persona de Andrea Voto Bernales Larraín (Luis Santos Silva Requena), al escuchar el sonido de la bala, corrió hacia el lado del otro atacante, quien era Sebastián Anchan-te Pérez, siendo en ese momento que simultáneamente el denunciado realizó varios disparos, de los cuales uno impactó en la persona de Sebastián Anchan-te Pérez y dos de estos, impactaron en la persona de Luis Santos Silva Requena. De igual forma, en el mismo momento en que se produjo la balace-ra, el vehículo Nissan TIIDA color rojo metálico de placa COX585 (donde se encontraban el tercer y cuarto sujeto), huye raudamente de la escena, en ese instante el denunciado observa que uno de los sujetos abatidos intentó dispararle, lo que no consiguió debido a que se trabó el arma que este poseía (Pietro Beretta, Parabelum 9 mm con N° de serie D09084Z), motivo por el cual el denunciado le propinó al agresor un punta pie en la mano a efectos de despo-seerlo del arma con el cual pretendían atacarlo.

Se ha señalado que el grado e intensidad surgido del ataque determina el grado (necesidad de la defensa requerida) por cuanto la defensa debe ser necesaria en relación al peligro inminente, es así que el imputado en defensa tanto de su propia integridad como la de su enamorada (Andrea Voto Bernales), frente al primer disparo efectuado por el tercer sujeto, es que procedió a hacer uso de su arma de fuego, lo cual ha quedado acreditado con:

(26) R.N. N° 198599-LIMA, del 14 de junio de 1999.

- Dictamen Pericial de Balística Forense N° 1336/11, obrante a fojas 145/146, de fecha 29 de diciembre de 2011, practicado sobre la pistola semiautomática calibre 9 mm corto, marca BERSA.
- Dictamen Pericial de Restos de Disparo (Departamento Ing. Forense) N° 8663/11, obrante a fojas 170, realizado a la persona de Luis Miguel Llanos Carrillo, cuyas muestras fueron tomadas el 31 de diciembre de 2011; el mismo que concluye que: “(...) dieron resultado positivo para plomo, antimonio y bario; compatibles con restos de disparo por arma de fuego”.
- Dictamen Pericial de Balística Forense N° 1333/11, de fecha 29 de diciembre de 2011, de fojas 143/144. Finalmente se indica que: “En el frontis de los inmuebles sito, Av. Trípoli N° 284 y N° 294, en el Distrito de Miraflores, se recogieron CINCO (05) CASQUILLOS (...)”.
- Dictamen Pericial de Balística Forense N° 133911, de fecha 31 de diciembre de 2011, obrante a fojas 148/149, Finalmente se indica que: “(...) Las muestras halladas y recogidas en el lugar de los hechos, son Dos (2) casquillos (...), hallados en el lugar de los hechos en la Inspección Ampliatoria (...)”.

Precisándose que si bien a lo largo de la investigación no se han presentado casquillos correspondientes a un arma distinta a la del imputado, debe tomarse en cuenta de manera inicial que el abordaje de la escena de los hechos se ha producido en diversos momentos, puesto que el día 28 de diciembre de 2011 se hallaron los primeros 5 casquillos de bala⁽²⁷⁾; y, los otros 2 casquillos restantes, fueron recogidos en una diligencia ampliatoria, el día 31 de diciembre de 2011⁽²⁸⁾, es decir, 4 días después de la fecha del evento delictivo, lo que en consideración del Juzgado determina que existe la posibilidad de contaminación de la escena, pues de la manera que se han encontrado casquillos de bala percutados por el arma del denunciado Llanos con días de diferencia, es posible que cualquier acto haya podido modificar la escena, al punto de no encontrar casquillos de otra arma de fuego; sin perjuicio de considerar que los atacantes que fugaron (tercer y cuarto sujetos) hayan podido usar armas de fuego que no eyectan los casquillos, caso de revólveres; motivo por el cual, no puede darse como un hecho cierto la inexistencia de disparos por los agresores al no haberse encontrado casquillos en la escena, diferentes a los atribuidos al arma del denunciado.

Por otro lado, se tiene que sin perjuicio del disparo realizado por el tercer sujeto (el que huye en el vehículo marca Nissan, modelo TIIDA); los atacantes de Andrea Voto Bernales Larraín, también se encontraban armados, con una pistola marca Pietro Beretta, parabelum calibre 9 milímetros, que conforme a las pericias efectuadas sobre la misma, presenta características de haber

(27) Ver Dictamen Pericial de Inspección Criminalística N° 25711OFICRIAIEC, de fojas 159.

(28) Ver Acta de Hallazgo, recojo y traslado de evidencias de fojas 104.

sido utilizada para disparar, teniendo un cartucho marca Lapua atascado en la recámara del arma⁽²⁹⁾.

Debe agregarse que dicha arma tiene un origen ilícito, pues fue hurtada a su propietario Guillermo Fabián Campoverde Aures, lo que se acredita con los siguientes documentos:

- El Acta de Recepción de fojas 98/99, de la pistola marca Pietro Beretta - Parabellum, calibre 9 milímetros, con N° de serie D09084Z, con un proyectil trabado en la recámara y rastrillada, con una cacerina al parecer abastecida.
- Dictamen Pericial de Balística Forense N° 1337/11, de fecha 29 de diciembre de 2011, obrante a fojas 147, practicado a la pistola semiautomática Pietro Beretta calibre 9 mm. Parabellum.
- Manifestación a nivel policial de Guillermo Fabián Campoverde Aures, retirado de la Marina de Guerra del Perú.
- Constancia de denuncia de arma robada y/o perdida N° 5858/SDAM/2, de fecha 2 de agosto de 2011, obrante a fojas 115, respecto de la pistola marca Beretta, calibre 9 mm. PB, serie D090842, con licencia N° 556687; de fecha 2 de agosto de 2011.

De lo expuesto precedentemente, se ha acreditado que la conducta realizada por el denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo, se dio como un mecanismo de defensa en respuesta a una agresión ilegítima, actual e inminente por parte de Luis Silva, Sebastián Anchante y dos sujetos no identificados.

Así, se tiene que, en efecto producto de la defensa efectuada por Luis Miguel Llanos Carrillo, se tuvo como consecuencia dos personas muertas (los atacantes), precisando que la causa de muerte de estas personas fue, el impacto de bala producto de la citada defensa de Luis Miguel Llanos Carrillo; hechos que son acreditados con los siguientes documentos:

- Certificado de Necropsia de Luis Santos Silva Requena, obrante a fojas 93, el que señala como causa de muerte: "SOC hipovolémico l herida penetrante toracoabdominal por proyectil de arma de fuego".
- Certificado de Necropsia de Sebastián Anchante Pérez, obrante a fojas 94, el que señala como causa de muerte: "Herida perforante en cabeza (1) - Agentes causantes: Proyectil de arma de fuego".
- Dictamen Pericial de Balística Forense N° 1329/2011, de fecha 28 de diciembre de 2011, obrante a fojas 141, practicada a Sebastián Anchante Pérez, el mismo que concluye: "Examinado el cuerpo del occiso SEBASTIÁN ANCHANTE PÉREZ (34), internado con Protocolo de Necropsia N° 440711, en las instalaciones de la División de Tanatología Forense

(29) Ver punto D examen de la muestra de la pericia de fojas 147.

del Instituto de Medicina Legal (DIVTANFORLIMA); presentó UNA (1) HERIDA DE CURSO PERFORANTE con orificio de entrada ubicada en la región Occipital y el Orificio de Salida (OS) ubicada en la región Temporal lado izquierdo; producido por un (01) proyectil disparado con arma de fuego, de calibre aproximado al 9 mm., CON TRAYECTORIA de atrás hacia delante, de derecha a izquierda y de abajo hacia arriba, no presenta características de disparo efectuado a corta distancia (siendo la corta distancia menor de 50 cm.) (...)."

- Dictamen Pericial de Balística Forense N° 1330/2011, de fecha 28 de diciembre de 2011, obrante a fojas 142, practicada a Santos Silva Requena, el mismo que concluye: "Examinado el cuerpo del occiso Santos Silva Requena (41), internado con Protocolo de Necropsia del Instituto de Medicina Legal (DIVTANFORLIMA); presentó UNA (1) HERIDA DE CURSO PENETRANTE con orificio de entrada ubicada en la cara posterior, tercio proximal del brazo izquierdo; y UNA (1) HERIDA TANGENCIAL, localizado en la región abdominal; cada una producida por un (01) proyectil disparado con arma de fuego, de calibre aproximado al 9 mm, ambas CON TRAYECTORIA de adelante hacia atrás, de izquierda a derecha y de arriba hacia abajo, no presenta características de disparo efectuado a corta distancia (siendo la corta distancia menor de 50 cm) (...)."
- Informe Pericial de Necropsia Médico Legal, obrante a fojas 183/186, practicado al cadáver de Luis Santos Silva Requena, en el que se consigna como Diagnóstico de muerte: "SOC Hipovolémico. 01 herida penetrante toracoabdominal por proyectil de arma de fuego (...)."
- Informe Pericial de Necropsia Médico Legal, obrante a fojas 194/198, practicado al cadáver de Sebastián Anchante Pérez, en el que se consigna como Diagnóstico de muerte: "Herida perforante en cabeza. Agente causante: proyectil de arma de fuego (...)" <no presenta signos de disparo a corta distancia>.

Debe tenerse muy en cuenta los bienes jurídicos que buscó proteger el denunciado con su defensa, no solo era el patrimonio, sino también, la vida e integridad física tanto de su enamorada (Andrea Voto Bernales Larrain) como la suya propia, pues al llegar a la escena fue objeto de agresión por el tercer sujeto conforme se ha determinado; debiendo precisarse, que el ataque fue realizado por 4 personas, 2 de ellas contra Voto Bernales y las otras dos ubicadas a unos metros de distancia, quienes también estaban provistos de armas de fuego que utilizaron para efectuar el citado ataque, no logrando impactar bala alguna en las citadas personas.

Por otro lado, conforme se ha señalado, la personalidad o peligrosidad del agresor es otro elemento que debe tomarse en cuenta para la defensa; debiendo así valorarse no solo el contexto en el que se realizaron los hechos (horas de la noche), sino también la alta peligrosidad de los atacantes, pues además de haberse acreditado que eran en número de cuatro, estaban premunidos de armas de fuego de procedencia ilícita y un

vehículo robado; sumado a que los occisos contaban con diversos procesos pendientes ante la justicia y habrían participado en otros hechos delictivos bajo la misma modalidad conforme lo han referido diferentes víctimas; contexto en el que se produjo la defensa de Luis Miguel Llanos Carrillo; lo que se encuentra acreditado con los siguientes documentos:

- Manifestación a nivel policial de Guadalupe Torres Quispe, obrante a fojas 61/62 quien señala reconocer a uno de los asaltantes que el día 18 de diciembre de 2011, entre las 00:20 horas a 01:00 hora, la asaltaron a ella y a su novio Christian Stalen Gonzales así como a las personas de Vanesa Cabrera Minchan y su novio Paolo Casaretto Mostacero; reconociendo la fotografía de la ficha Reniec que consigna el nombre de Sebastián Anchante Pérez, como la persona que ingresó a su departamento para asaltarla, apuntándola con un arma de fuego.
- Acta de reconocimiento fotográfico, realizada por la persona de Inés Guadalupe Torres Quispe, obrante a fojas 100/101 mediante la cual reconoce a la persona de la imagen N° 03, cuya imagen corresponde a Sebastián Anchante Pérez, como la persona que entró a su departamento y se llevó sus cosas, amenazándola con un arma de fuego cuando esta se encontraba con su menor hija de 04 meses de nacida. Precizando que lo reconoce bien ya que estuvo muy cerca de ella.
- Manifestación a nivel policial de Cristian Stalen Gonzales Manrique, obrante a fojas 63/64, quien señala que con fecha 18 de diciembre de 2011, observó por el espejo retrovisor que ingresaron dos sujetos desconocidos encapuchados con pasamontañas, quienes lo amenazaron con dispararle con arma de fuego, apuntándole directamente al cuerpo, precisando que la pareja que también fue asaltada junto con él y su enamorada Guadalupe Torres Quispe, son las personas de Vanesa Cabrera Ninchan y Paolo José Casaretto Mostacero, indicando además que la persona de Katia Grecua Armas Estacio, quien le alquila la casa alcanzó a ver a los delincuentes a través de su ventana.
- Manifestación a nivel policial de Katia Grecia Armas Estacio, obrante a fojas 65/66 quien señala que en la madrugada del 18 de diciembre de 2011, escuchó los gritos de auxilio de su inquilina Guadalupe Torres Quispe, indicando que a su pareja le estaban robando en el garaje, por lo que, inmediatamente se asomó por la ventana del primer piso y visualizó a su inquilino Cristian Stalen Gonzáles Manrique, quien se encontraba reducido por un sujeto con pasamontañas y apuntándole con un arma de fuego. Indicando que solo pudo ver a uno de los delincuentes por poco tiempo, por lo que, no podría reconocerlo de manera fehaciente, pero por los ojos, el color de piel y la nariz, es probable que sea la persona de Luis Santos Silva Requena.
- Manifestación a nivel policial de Jorge Alfredo Aranda Zegarra, obrante a fojas 67/68, quien señala que con fecha 26 de noviembre

de 2011, se apareció un sujeto de contextura delgada, de talla media, con gorra, de aproximadamente 32 de años, el mismo que portaba un arma de fuego, encañonándolo y profiriéndole palabras soeces conminándolo a que abra la puerta y a la vez golpeaba la luna, siendo que por miedo abrió la puerta y el delincuente le dijo que se tire al suelo para luego proceder a subirse al vehículo, dándose a la fuga. Siendo que esta persona reconoce como suyo el vehículo que se le muestra a la vista de placa de rodaje COX585, de color rojo metálico, marca Nissan, modelo TIIDA, reconociéndolo por el número de chasis de motor y porque el duplicado de llave que tiene en su poder enciende el carro; sin embargo, la citada placa, no le corresponde.

- Manifestación a nivel policial de Paolo José Casareto Mostacero, obrante a fojas 74/75, quien indica que el día 18 de diciembre de 2011 fue víctima del delito de robó con arma de fuego, precisando que su novia Vanesa Cabrera Michan fue interceptada por un sujeto en la puerta de una casa, le pusieron un arma de fuego en el pecho y el sujeto atacante los metió a la cochera de una casa, pidiéndole sus pertenencias, asimismo, refiere que los delincuentes lo conminaron a que entre al auto junto con su novia; logrando reconocer como la persona que lo atacó (a él y a su novia), aquella que aparece en el diario *Ojo*, consignando el nombre de Sebastián Anchante Pérez.
- Manifestación a nivel policial de Vanesa Cabrera Minchan, de fojas 76/78, quien indica que su presencia en la dependencia policial se debe a que ha reconocido del diario *Ojo*, el rostro de los delincuentes que la asaltaron el día 18 de diciembre de 2011, siendo que cuando pasaban por el frontis del inmueble N° 1769, salió detrás de un árbol frondoso, un sujeto cuyo rostro estaba cubierto con un pasamontañas negro y con un arma de fuego, poniéndole el arma en el pecho, diciéndole “métete, métete”, refiriéndose a que entren a la cochera del citado inmueble, donde había un carro color plateado, ingresando ambos en el asiento del copilado, de donde se percató que en el asiento del piloto se encontraba un joven echado hacia atrás con las manos en alto, quien era apuntado con arma de fuego por un tercer sujeto que también se encontraba con pasamontañas. Precisa que logró reconocer de las fotos que se muestran a la persona de Sebastián Anchante Pérez, igualmente la reconoció en la publicación del diario *Ojo*; identificándolo también en el momento de la diligencia de declaración, por medio de la ficha Reniec de la citada persona.
- Indagatoria de Andrea Voto Bernales Larraín, obrante a fojas 769/774, quien señala que estaba esperando sentada en su auto a su enamorado, hasta el momento que aparece una pistola negra por el lado del conductor del vehículo y seguidamente el ladrón, un par de segundos después aparece el segundo ladrón armado, apuntándola la amenazaban y el ladrón del lado del copiloto abrió la guantera de su auto y urgaba entre los documentos; posteriormente escuchó un grito presumiendo que era Miguel, lo

cual hizo que ambos atacantes salieran corriendo hacia delante dejándole el paso libre para huir hacia la parte trasera de la camioneta por la puerta del piloto, y se pone en cuclillas detrás de la camioneta para protegerse, en ese momento se produce una balacera.

- Declaración Indagatoria de Jorge Alfredo Aranda Zegarra, obrante fojas 428/430, quien señala que su madre es propietaria del vehículo de placa CQI-873, indicando que el 26 de noviembre de 2011, aproximadamente a las 21:00 horas, se encontraba estacionado en la calle Max Gonzales Olaechea Cuadra 2 - La Victoria, cuando un sujeto se le acercó por delante apuntándolo con un arma de fuego, indicándole que se bajara del vehículo, motivo por el cual abrió las puertas y se bajó del mismo; asimismo, el sujeto le indicó que se echara en el suelo y se llevó el vehículo, señalando que el vehículo presentaba muestras de balas y que la policía le informó que un proyectil se encontró dentro de la maleta de su auto. Finalmente indica que una sola persona lo asaltó, pero que personas de alrededor le informaron que su vehículo se alejó seguido de otro vehículo donde se encontraban dos personas.
- Acta de Hallazgo de Vehículo, realizada a las 22:40 horas del 28 de diciembre de 2011, obrante a fojas 111, respecto del automóvil de placa de rodaje COX-585.
- Dictamen Pericial de Balística Forense N° 1341/2011, de fecha 31 de diciembre de 2011, obrante a fojas 150, practicada al vehículo marca NISSAN TIIDA, color rojo, de placa de rodaje N° COX-585; indicándose que se advierte “(...) un (1) orificio de entrada perforante, en la tapa de la maleta y un (01) impacto tangencial en el techo del vehículo, parte posterior derecha respectivamente, producidos por proyectiles disparados por arma de fuego de calibre aproximado al 9 mm, no presentan características de corta distancia (...)”.
- Boleta de información Básica Vehicular N° S/N2011-DIRINCRI-DIROVE-UAT, obrante a fojas 205, respecto del vehículo marca Nissan, modelo TIIDA, color rojo, de placa CQI-873, debiendo precisarse que se anexa a fojas 206 el Dictamen Pericial de Identificación Vehicular, respecto del mismo vehículo, señalándose que la placa COX-585 no es auténtica, siendo la placa de rodaje auténtica CQI-873.
- Acta de entrega de vehículo, realizada el 03 de enero de 2012, obrante a fojas 114, respecto del vehículo Nissan TIIDA, placa de rodaje CQI-873⁽³⁰⁾, color rojo metálico, con N° de motor HR16045004B, tipo sedan, N° de serie JN1BCAC119T005025, entregando el mismo a la persona de Deicy Ruperto Elsa Zegarra Gutiérrez.

(30) Placa que habría sido consignada en las Actas de hallazgo y registro como COX585, por haber sido falsificada.

- Que, a fojas 134/138 obra el Registro de Antecedentes Policiales, correspondiente a las personas de Luis Santos Silva Requena, Luis Alberto Moreno Rodríguez y Alex Wilmer Cavagneri Rivas, los mismos que registran anotaciones por delito contra el patrimonio.
 - Que, a fojas 139/140 obra el Reporte de Consultas a nivel nacional del Ministerio Público sobre procesos seguidos contra Luis Santos Silva Requena, Luis Alberto Moreno Rodríguez, Alex Wilmer Cavagneri Rivas y Sebastián Anchante Pérez, todos imputados en delitos contra el Patrimonio - Hurto Agravado y Robo Agravado .
 - Reporte del Sistema Integrado Judicial respecto a Luis Santos Silva Requena, en el que se consignan los procesos judiciales seguidos en su contra, obrantes en autos.
 - Declaración Indagatoria de Hugo Enrique Alarcón Fernández, obrante a fojas 668/670, quien señala que conoce a Llanos Carrillo hace más de 20 años y a Andrea Voto Bernales alrededor de 2 años y respecto a Mauricio Sevilla lo conoce hace 10 años a través de amigos en común, indicando que el 27/12/2011 se encontraba en Máncora para pasar la fiesta de año nuevo, precisando que se comunicó con Miguel Llanos Carrillo para pedirle un favor, siendo este el siguiente: que se apersonara a su departamento y sacara su tabla de nieve y la dejara en recepción del edificio, pues su amigo Mauricio Sevilla iba a pasar a recogerla, indicando además que Luis Miguel era una persona de alta confianza, tenía llave de su departamento y podía entrar a sacar la tabla puesto que él durante un periodo de tiempo estuvo hospedado en su departamento.
 - Dictamen Pericial de Química Forense (toxicológico-Dosaje Etílico-Sarro Ungueal) N° 17167/11 del 02 de enero de 2012, cuyo resultado consigna negativo para drogas y estado normal para dosaje etílico, examen practicado al imputado Luis Miguel Llanos Carrillo.
 - La licencia respectiva para la posesión y uso del arma de fuego, cuyo titular es la persona de Luis Miguel Llanos Carrillo, la misma que vence el 12 de setiembre de 2013; obrante a fojas 247.
- **Falta de Provocación Suficiente**

El último presupuesto de la figura jurídica de la legítima defensa es la falta de provocación suficiente de parte del que hace la defensa, así tenemos que: “(...) la provocación consiste en excitar y enojar a una persona, mediante cualquier proceder apropiado, para que reaccione atacando uno de los bienes jurídicos del provocador o de un tercero (...). Más no se trata de cualquier provocación, esta según el texto legal, debe ser suficiente. Es decir, de una intensidad o índole apropiadas para que la persona concernida pierda la tranquilidad, reaccione agresivamente. La apreciación del carácter suficiente

de la provocación debe hacerse mediante un juicio objetivo de valor (...)»⁽³¹⁾. La falta de provocación suficiente implica que aquella persona que se defiende debe poner cuidado en comportarse de manera tal que no origine, departe de cualquier persona, una reacción contra él.

Respecto a este requisito, se tiene en mérito a lo señalado precedentemente que no ha existido por parte del denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo provocación alguna que traiga como consecuencia la agresión ilegítima, toda vez que su defensa la efectuó cuando se estaba perpetrando el ataque a su enamorada y posteriormente a él. Habiéndose acreditado de esta forma que en el presente caso se han cumplido con los tres requisitos establecidos por el numeral 3 del artículo 20 del Código Penal.

EL EXCESO EN LA DEFENSA-LEGÍTIMA DEFENSA IMPERFECTA

Excederse es ir más allá de un límite dado, sobrepasar la medida de unos requisitos o condiciones o llegar más allá de una frontera hasta la cual se permite; en la defensa el exceso implica más allá de los límites propios. Se dará el exceso cuando falte la actualidad de la agresión, el ánimo defensivo, la necesidad de la defensa o su proporcionalidad racional. El primero sería un exceso en la causa, por cuanto no se darían los presupuestos básicos para que pueda presentarse respuesta defensiva (no existiría agresión actual e ilícita), y el segundo, sería un exceso en la respuesta (existiendo agresión actual e injusta, el acto defensivo resultaría no necesario o no proporcional o sin ánimo defensivo). El exceso no incide en las condiciones del ataque, sino en el rechazo, o acción de defensa contra la agresión. Es entonces la acción autorizada por el orden jurídico la que puede resultar excedida en sus límites legales, el exceso en la defensa como su nombre lo indica, es un sobrepasar las exigencias de la licitud de la conducta defensiva, es un algo más allá de los límites permitidos a la reacción, y por lo tanto, el exceso debe ser meritudo en la cantidad de la respuesta.

Para que se pueda hablar de exceso, ha de darse una situación objetiva de legítima defensa; el precedente natural del exceso, es la presencia de una situación real de la legítima defensa, es decir, de una situación fáctica de agresión actual e injusta frente a la cual se podría actuar en defensa legítima. Es claro que lo que resulta excesivo es la actitud defensiva. Quien se excede, es la persona que realiza la defensa y ella no es la que ataca; quien se defiende rechaza un injusto ataque actual o inminente; por eso el exceso incide en su conducta –la repulsa, y no en la del agresor, la cual por naturaleza obvia, está por fuera del derecho; aunque es casi unánime la opinión de que el exceso solo se produce por una desmesurada desproporción entre la agresión y defensa, más concretamente se debería a la falta de razonable proporcionalidad.

De lo expresado en los párrafos precedentes, tenemos precisar inicialmente, que no se advierte en el caso submateria una desproporción en la defensa del denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo⁽³²⁾ respecto al ataque del que venía siendo víctima su enamorada Andrea Voto

(31) Ídem 5, p. 522.

(32) El Ministerio Público ha considerado que en el presente caso se presenta una Legítima Defensa Imperfecta, referida a un exceso en el ejercicio de una justificante, lo que se desprende además de la denuncia,

Bernales Larraín y posteriormente su persona; en principio, debe tomarse en cuenta las circunstancias del lugar, siendo de noche, el número de agentes, los atacantes eran cuatro personas, de las cuales más de uno portaba arma de fuego, asimismo, las personas que fueron abatidas el día de los hechos, tenían en su poder una pistola Pietro Beretta calibre 9 mm. Parabellum (de uso no civil), siendo que respecto de la citada arma de fuego se ha determinado por los estudios periciales que la misma fue utilizada para disparar, sin embargo, el proyectil no llegó a percutarse, quedando atascado en la recámara de la pistola.

Por su parte, la representante del Ministerio Público en la formalización de denuncia penal, ha señalado lo siguiente como parte de su imputación fáctica: “El denunciado habría cometido el delito de homicidio simple, en circunstancias de una legítima defensa imperfecta, porque si bien es cierto que existió una agresión ilegítima por parte de Silva Requena, Anchante Pérez y sus dos acompañantes –quienes se dieron a la fuga en el automóvil marca Nissan color rojo antes citado , por la forma en que se desarrolló el evento delictivo, el denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo se habría excedido en dar respuesta a la agresión sufrida por su enamorada (racionalidad de la defensa), primero agrediendo físicamente (lesiones causadas antemórtem) a Silva Requena y Anchante Pérez y luego haciendo uso de su arma de fuego efectuó hasta siete disparos, dos de los cuales impactaron mortalmente en la integridad física de Silva Requena y Anchante Pérez (...)”. Dicha afirmación, debe concordarse con los argumentos de la resolución de archivo de fecha 31 de Octubre de 2012 de fojas 808/820, en la que precisa: “(...) Si bien los exámenes médicos legales practicados a los occisos, arrojan que estos presentaban lesiones en su integridad física premórtem, dichas lesiones de por sí no iban a desencadenar en resultados fatales, es por ello, que la conducta del investigado Luis Miguel Llanos Carrillo se adecuaría al delito de homicidio simple y no al delito de lesiones graves seguidas de muerte (...) no se evidencia una intención de lesionar la integridad física de los afectados para que después de producidas las lesiones los agraviados pierdan la vida, por el contrario se ha establecido fehacientemente que la causa de la muerte de estos fue causada por arma de fuego (...)”.

A partir de dicha argumentación tenemos que la Representante del Ministerio Público tiene por establecido que la intención del denunciado fue desde un primer momento la de dar muerte a Silva y Anchante con el uso de su arma de fuego, sin embargo no existe acto de investigación alguno que proceda a glosar como sustento de dicha afirmación, como tampoco obra en autos elemento de convicción que abone dicha tesis, en razón que se ha determinado que se produjo en el lugar de los hechos un intercambio de disparos, es decir un tiroteo entre Llanos y los atacantes.

Por otro lado, no existe fundamentación en la atribución de cargos a Llanos Carrillo como la persona que le causó lesiones a los occisos, limitándose a dar por sentado que así sucedió⁽³³⁾, pues no se señala la forma, circunstancias, medios utilizados y oportuni-

de la parte final del punto 23 y pie de página 10 de la resolución de archivo de fecha 31 de octubre de 2012 a fojas 816.

(33) Ver parte final del segundo párrafo de la segunda hoja de la formalización de denuncia penal, donde se consigna: “primero agrediendo físicamente (lesiones causadas antemórtem) a Silva Requena y Anchante Pérez y luego haciendo uso de su arma de fuego efectuó hasta siete disparos”.

dad en que el emplazado pudo producir dichas lesiones, en razón que los hechos habrían acontecido con una solución de continuidad que no permiten apreciar un primer momento donde los occisos habrían sido lesionados y luego, un segundo instante en que se procedió a impactarlos con disparos de arma de fuego, tanto más si se ha determinado que estos no se produjeron a corta distancia (50 centímetros), y si bien, se desprende de los protocolos de necropsia que los fallecidos presentan lesiones antemórtem, conforme se ha precisado, no existe fundamentación acerca de la forma, momento e instrumento usado por Llanos para su producción –dentro de la tesis del Ministerio Público–, no pudiendo dar por sentado que dicha persona fue el causante en razón que los disparo que realizó dieron muerte a estas dos personas, deficiencia que no permite efectuar un análisis mayor, puesto que los hechos imputados son propuestos por el Titular de la Acción Penal.

Debe agregarse que se ha indicado en los estudios periciales, como en las declaraciones de los profesionales encargados de los mismos, que los siete disparos efectuados por el emplazado no impactaron efectivamente en los occisos, como se ha precisado al analizar cada uno de los elementos de la legítima defensa, en el contexto de un ataque ilegítimo, incluso parte de esos disparos fueron dirigidos al vehículo en el que huyeron el tercer y cuarto sujeto, por lo tanto la cantidad de disparos en relación a la cantidad de casquillos, de modo alguno puede tomarse como un acto desproporcional en el rechazo del ataque sufrido.

Todo ello nos lleva a concluir que no existen elementos de juicio que determinen que el denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo se haya excedido en la repulsa frente a la agresión ilegítima, como ha quedado desvirtuado en autos con los siguientes documentos:

- Informe Pericial Médico Legal, suscrito por los Médicos Legistas Roger E. Velásquez Guevara y Judith Maguiña Romero, obrante a fojas 439/441, el que concluye que: “1. La causa de muerte de Sebastián Anchante Pérez (34) fue: CAUSA BÁSICA: Herida perforante en cabeza (1). AGENTE CAUSANTE: proyectil de arma de fuego. 2. Todas las lesiones que se describen corresponden a lesiones recientes, con signos de vitalidad, producidas antemórtem. 3. Los exámenes auxiliares muestran que el occiso Sebastián Anchante Pérez (34) presentaba metabolitos de cannabinoides (marihuana) y metil benzoil ecgonina (cocaína) en las muestras remitidas”.
- Informe Pericial Médico Legal, suscrito por los Médicos Legistas Martín Villalobos Vargas y Judith Maguiña Romero, obrante a fojas 443/446, el que concluye que: “1. La causa de muerte de Luis Santos Silva Requena de 41 años de edad fue: CAUSA FINAL: Shock Hipovolémico. CAUSA BÁSICA: 1 herida penetrante toracoabdominal por proyectil de arma de fuego. AGENTE CAUSANTE: proyectil de arma de fuego. 2. Todas las lesiones que se describen corresponden a lesiones recientes, con signos de vitalidad, producidas antemórtem. 3. Los exámenes auxiliares muestran que el occiso Luis Santos Silva Requena presentaba metabolitos de cannabinoides (marihuana) y metilbenzoil ecgonina (cocaína) en las muestras remitidas”.
- Declaración indagatoria de Judith Angélica Maguiña Romero, obrante a fojas 447/449, quien tiene aproximadamente 25 años ejerciendo la profesión

de médico legista y realizó los informes de Necropsia Médico Legal N° 0044082011, practicado a Luis Santos Silva Requena y el Informe Pericial de Necropsia Médico Legal N° 0044072011 practicado a Sebastián Anchante Pérez, los mismos que obran en autos a fojas 183/185 y 194/198. Indicando que la causa de muerte de Luis Santos Silva Requena fue debido a que en vida sufrió una herida penetrante por proyectil de arma de fuego que le dañó las vísceras internas (pulmón, corazón, hígado), los cuales sangraron profusamente y lo llevaron a un shock hipovolémico, seguido de muerte; respecto a Sebastián Anchante Pérez, indica que este falleció también de una herida por proyectil de arma de fuego en la cabeza que le dejó daño de la masa encefálica, contusión y laceración cerebral, seguida de muerte. Respecto a las heridas, equimosis, hematomas, excoriaciones y fracturas de la 1 a 12 costilla de la derecha 4 y 5 costilla izquierda que presenta el cuerpo del occiso Luis Santos Silva Requena, en la cabeza, tórax, abdomen, miembros superiores e inferiores, estas se produjeron antes de su muerte, porque tiene característica de vitalidad, lesiones recientes vitales; las mismas que fueron producidas por un elemento contundente duro, pudiendo ser dicho elemento el puño, pie, el arma misma, un palo, ladrillo, el pavimento, etc. Finalmente, respecto a las excoriaciones, equimosis, heridas contusas, hematomas y fracturas que presentaba el cadáver de Sebastián Anchante Pérez, señaló que fue la herida perforante por proyectil de bala en la cabeza la que ocasionó la muerte y que las otras lesiones que al parecer no tuvieron relación con el proyectil de bala y que fueron encontradas en la cara y en la base del cráneo, habrían sido producidas por un elemento contundente duro.

- Dictamen Pericial de Balística Forense N° 1341/2011, de fecha 31 de diciembre de 2011, obrante a fojas 150, practicada al vehículo marca NISSAN TIIDA, color rojo, de placa de rodaje N° COX585; indicándose que se advierte “(...) un (1) orificio de entrada perforante, en la tapa de la maletera y un (1) impacto tangencial en el techo del vehículo, parte posterior derecha respectivamente, producidos por proyectiles disparados por arma de fuego de calibre aproximado al 9 mm., no presentan características de corta distancia (...)”.

De lo expuesto, es evidente que la conducta desplegada por el denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo, se ha producido en circunstancias de una perfecta legítima defensa, toda vez que ha obrado en defensa de su propia integridad física y la de su enamorada (Andrea Voto Bernales Larraín) en la que ha concurrido una agresión ilegítima de parte de los cuatro sujetos atacantes, la misma que no fue provocada por el citado denunciado, existiendo una necesidad racional del medio empleado para repeler el ataque, pues en la situación concreta era la única forma en que podía defenderse de la agresión ilegítima de la que era víctima; siendo que, por lo que, concurren los presupuestos a que hace referencia el inciso 3 del artículo 20 del Código Penal, no existiendo un exceso en la defensa (legítima defensa imperfecta); por tanto, al configurarse el eximente de responsabilidad aludido, no cabe aperturar proceso en contra del denunciado, en este extremo.

2. Análisis del delito de encubrimiento real

- Respecto al delito de Encubrimiento Real, se tiene que la primera parte del párrafo único del artículo 405 del Código Penal, tiene dos verbos rectores que configuran el tipo penal, siendo estos el procurar la desaparición de las huellas o pruebas del delito, lo que “significa hacer diligencias o esfuerzos para lograr algo. En este caso importa tratar de hacer desaparecer o suprimir las huellas o pruebas de un delito (...)”⁽³⁴⁾. Asimismo, el otro verbo rector es ocultar los efectos de un delito, es decir, “esconderlos o quitarlos de las posibilidades de ubicación por parte de la justicia o de los funcionarios que colaboran con este (...)”⁽³⁵⁾.
- En ambas conductas (procurar u ocultar), lo que se busca es evitar el descubrimiento del hecho ilícito precedente o dificultar el establecimiento de una relación entre ese hecho y sus autores, debiendo tomarse en cuenta además que la acción desplegada por el agente debe ser idónea para procurar o dificultar la acción de la justicia.
- Asimismo, respecto al tipo penal materia de análisis, Peña Cabrera señala que: “(...) hemos de considerar, que la persecución penal, si bien es una tarea, que se encomienda a los órganos de estatales predispuestos, no es menos cierto, que compromete a todo ciudadano, en el deber de colaborar con la justicia, coadyuvando en un rol que el Estado le confiere, como testigo, víctima, etc.; a tal efecto, los particulares tienen la obligación de proporcionar a los órganos de persecución, aquellas evidencias, pruebas y otro sucedáneos, que sean importantes para esclarecer los hechos (...)”. Exigencia que decae en el caso de los propios involucrados con la comisión del delito, es decir, quien perpetró el injusto penal, no tiene la obligación de entregar las evidencias que demuestren su responsabilidad penal, según el axioma del *nemo tenetur se ipsum accusare* así de quienes guardan un estrecho vínculo de parentesco con el imputado (“Excusa Absolutoria”)⁽³⁶⁾. Así, continúa el mismo autor, indicando respecto al tipo subjetivo del injusto que: “(...) Una figura delictiva – así concebida, solo puede resultar reprimible a título de dolo; conciencia y voluntad de realización típica (...). El aspecto cognitivo del dolo ha de abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal; en el sentido, de saber con toda exactitud, que está haciendo desaparecer las huellas o las pruebas de un delito. Conocimiento que exige un estándar cognitivo alto, por lo que la mera sospecha o probabilidad, de que se está ocultando las pruebas del delito, ha de negar la tipicidad subjetiva –*in examine*; no tiene porque exigirse la intención de dificultar la acción de la justicia,

(34) FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la Administración de Justicia*. Ed. Jurista Editores, cit, p. 98.

(35) *Ibidem*, p. 4.

(36) PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. *Derecho Penal - Parte Especial*. Tomo VI, Ed. Idemsa, cit., p. 255.

no importa un elemento que deba ser comprendido por el dolo del agente, supone una condición objetiva de punibilidad⁽³⁷⁾.

- En el presente caso se atribuye al denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo, dificultar la acción de la justicia, procurando la desaparición de las pruebas del delito, ya que luego de ocurridos los hechos materia de la presente investigación, se llevó consigo la pistola semiautomática marca Pietro Beretta y un teléfono celular que portaba uno de los agresores de Andrea Voto Bernales Larraín, los mismos que fueron entregados por el abogado del denunciado, el doctor Frank Guerrero de Romaña, a la dependencia policial a cargo de las investigaciones, así como la licencia para portar armas de fuego del accionado, debiendo mencionarse que las dos (2) armas de fuego⁽³⁸⁾ mencionadas han sido objeto de diversas pericias y exámenes especializados, conforme obra en autos y que fueron citados en esta resolución, lo que determina la inexistencia de un ánimo en el denunciado dirigido a obstruir la acción de la justicia.
- Pese a ello, respecto a los elementos objetivos del delito materia de análisis, se tiene que el procurar la desaparición de pruebas del delito (conducta atribuida al denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo), busca evitar el descubrimiento del hecho ilícito precedente o dificultar el establecimiento de una relación entre ese hecho y sus autores; siendo que además el agente debe utilizar un medio idóneo para lograr la desaparición de los citados elementos probatorios; sin embargo, en el presente caso se advierte que si bien el denunciado se llevó consigo el arma utilizada por la persona de Luis Santos Silva Requena, esto lo realizó como un mecanismo de protección, puesto que había sido esta arma con la que fue atacada su enamorada Andrea Voto Bernales instantes precedentes a los hechos ocurridos; asimismo, el denunciado ha indicado que se llevó también el celular de uno de los occisos (un teléfono celular marca samsung, modelo táctil, de color rosado), debido a que pensó que era de su enamorada. Debiendo precisarse, como ya se ha indicado en líneas precedentes, que no se advierte de la conducta del denunciado, la intención de ocultar o desaparecer dichos objetos, ya que los mismos fueron entregados al día siguiente de ocurridos los hechos (28 de diciembre de 2011, a horas 14:40) por el abogado del denunciado, a la dependencia policial encargada de las investigaciones, advirtiéndose de esta forma la falta de voluntad del encausado de obstruir la labor de los órganos encargados de las investigaciones; debiendo tomarse en cuenta además, las circunstancias en las que ocurrieron los hechos, es decir, instantes precedentes a la ocurrencia de estos, el denunciado Luis Miguel Llanos Carrillo y su enamorada Andrea Voto Bernales Larraín, habían sido atacados por cuatro sujetos⁽³⁹⁾, los mismos que atentaron

(37) *Ibidem*, pp. 6 y 256.

(38) La del denunciado Llanos Carrillo y la de los atacantes.

(39) Dos de ellos, los hoy agraviados; y dos de ellos que lograron huir del lugar de los hechos, uno de ellos manejando el vehículo marca Nissan con placa de rodaje falsificada COX585, y otro quien efectuó disparos a cierta distancia del lugar.

no solo contra el patrimonio de las citadas personas, sino además contra su vida y su integridad física; sumado a que dos de los sujetos fueron abatidos en dicho enfrentamiento y dos de ellos lograron huir del lugar de los hechos, entendiéndose como una reacción natural del hoy denunciado, el haber recogido el arma de fuego con la que fue atacado, a efectos de evitar sufrir un nuevo atentado contra su vida y su patrimonio.

- Finalmente, cabe precisar que se desprende de la fundamentación fáctica realizada por la representante del Ministerio Público, en su formalización de denuncia penal, que en un extremo le atribuye a la persona de Luis Miguel Llanos Carrillo, el haber quitado la vida a las personas de Luis Santos Silva Requena y Sebastián Anchante Pérez (tipificando la conducta como delito de Homicidio Simple) y en otro extremo le atribuye a la misma persona haberse llevado el arma de fuego marca Pietra Beretta, siendo esta un elemento de prueba del hecho ocurrido; sin embargo, se ha establecido doctrinaria y jurisprudencialmente que el autor del delito de Encubrimiento Real, no puede ser la misma persona a la que se le atribuye el delito precedente (en el que se pretendería obstruir la acción de la justicia). Aunado a ello y sin perjuicio de lo antes señalado, la representante del Ministerio Público no ha tomado en cuenta que, el artículo 406 del Código Penal, ha previsto una excusa absolutoria respecto a las personas que realicen las conductas previstas en los artículos 404 y 405 del mismo cuerpo legal (encubrimiento personal y encubrimiento real, respectivamente), eximiéndolos de pena si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta; entonces si el mismo ordenamiento ha establecido una excusa absolutoria para las personas cercanas al presunto autor, debe entenderse que esto incluye con mayor razón, al presunto autor; esto fundado en un principio básico en el sistema penal, como es el principio de la no autoincriminación.

Por los fundamentos expuestos, el Vigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima.

RESUELVE:

NO HA LUGAR A ABRIR INSTRUCCIÓN contra **Luis Miguel Llanos Carrillo**, por la presunta comisión del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud - Homicidio Simple, en agravio de Luis Santos Silva Requena y Sebastián Anchante Pérez y por el delito contra la Administración Pública - contra la Administración de Justicia, contra la Función Jurisdiccional - Encubrimiento Real, en agravio del Estado peruano; en consecuencia, **NOTIFÍQUESE** a las partes y una vez consentida la presente resolución Archívase Definitivamente los de la materia tomándose razón donde corresponda.

03 Las afirmaciones respecto de la legítima defensa deben sujetarse a una exhaustiva investigación del juez instructor

Los elementos probatorios glosados que vincularían al encausado en el delito instruido, tanto más si el procesado recurrente señaló que efectuó el disparo en defensa propia al ser víctima de asalto; y, que si bien el procesado Cristhian Dorian Arenas Perona, señaló que el procesado Mansilla Yupanqui no fue atacado por el ahora occiso, sino que aquel le disparó en defensa de Huber Amed Albújar Pardo que era asaltado, dichas afirmaciones deberán dilucidarse en la exhaustiva investigación judicial que dirija el juez instructor a efectos de determinar el grado de responsabilidad del recurrente.

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA ESPECIALIZADA EN LO PENAL CON REOS EN
CÁRCEL**

**RESOLUCIÓN N°
EXP. N° 75-12-2/REF.00490-2012-2-1801**

Lima, doce de enero del año dos mil doce

I. AUTOS Y VISTOS

Con la constancia de Relatoría a fojas 104, e interviniendo como ponente el señor Juez Superior Juan Carlos Arando Giraldo, en aplicación de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo cuarenta y cinco del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

II. ASUNTO

Es materia de apelación por parte del inculpado Gastón Gabriel Mansilla Yupanqui la resolución de fecha ocho de enero del año dos mil doce, en el extremo que dicta mandato de DETENCIÓN en su contra por la comisión del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud –Homicidio Simple– en agravio de Víctor Manuel Ríos Acevedo, cuyo concesorio obra a fojas 98.

III. ANTECEDENTES

La defensa del inculpado Gastón Gabriel Mansilla Yupanqui interpone y fundamenta su recurso de apelación al mandato de detención a fojas 85 a 86, solicitando se revoque la Resolución cuestionada, precisando lo siguiente:

- a) La medida de Detención dictada por la Aquo resulta excesiva, por cuanto los hechos imputados se encuentran comprendidos dentro de los alcances del artículo 20 del Código Penal, pues actuó en legítima defensa al ser intervenido por dos sujetos provistos de arma blanca, pretendiendo robar sus pertenencias,

lesionarle y posiblemente asesinarlo como ocurre diariamente en esta ciudad, sin existir provocación alguna por parte del encausado recurrente.

- b) Que el encausado es un joven de veinte años de edad, estudiante de la Facultad de Educación de la Universidad Federico Villarreal, con domicilio conocido, sin antecedentes de ninguna índole, quien además cuenta con licencia para portar armas, conforme se acredita con las instrumentales que adjunta a su recurso.
- c) Finalmente, alega que su padre Óscar Vicente Mansilla es coronel retirado de la Policía Nacional del Perú, quien no permitirá que él intente evadir la investigación judicial.

IV. FUNDAMENTOS

Primero: Para que se establezca la medida coercitiva de detención se requieren de manera concurrente, los presupuestos materiales y formales a que se contrae el artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal dentro de los cuales tenemos: a) La prueba suficiente de la comisión del delito que vincule al imputado con el hecho, b) Que, la sanción a imponerse o la suma de ellas sea superior a un año de pena privativa de la libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad del agente al delito, lo cual obliga al juez a efectuar una prognosis de la sanción, teniendo en cuenta no solamente la pena conminada, sino también otros elementos como la condición del autor, grado de participación, móviles, etc.; y c) Que por la naturaleza del delito y circunstancias en que se ha perpetrado el mismo, puede presumirse que el imputado va a rehuir el juzgamiento o va a perturbar la actividad probatoria. En ese sentido lo ha señalado el Tribunal Constitucional al expresar que “los tres incisos del artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal deben concurrir copulativamente, a fin que proceda la medida de detención”⁽⁴⁰⁾.

Segundo: El señor Fiscal Provincial de la Quinta Fiscalía Provincial Penal de Turno de Lima, formuló Denuncia Penal contra Gasto Gabriel Mansilla Yupanqui por el hecho ilícito suscitado aproximadamente a las dieciocho con treinta horas del día siete de enero del presente año, donde este al encontrarse transitando entre la avenida Tacna con la intersección de la avenida Nicolás de Piérola advirtió que una persona –Huber Amed Albújar Pardo– era víctima de robó por dos individuos –Cristhian Dorian Arenas Perona y el occiso Víctor Manuel Ríos Acevedo– continuando su camino, sin embargo uno de los delincuentes –Víctor Manuel Ríos Acevedo– se acercó a él provisto de una navaja con el fin de sustraerle sus pertenencias, repeliéndolo verbalmente; empero al continuar amenazándolo hizo uso de su arma de fuego disparándole en el cuerpo y causándole la muerte.

Tercero: En cuanto a la suficiencia probatoria de la revisión de autos se tiene el Informe Policial de fojas 2 a 8, que dio origen al presente proceso, donde se advierte la forma y circunstancias en las que fue intervenido el encausado Gastón Gabriel Mansilla Yupanqui; la manifestación policial del procesado por el delito

(40) Exp. N° 0319-2002-HC/TC (£.j. 4). En CUBAS VILLANUEVA, Víctor, p. 281.

de robo agravado Cristhian Dorian Arenas Perona de fojas 14 a 16, quien refirió haberse dedicado a cometer actos ilícitos (hace ocho meses atrás) en compañía de Víctor Manuel Ríos Acevedo más conocido como “niño viejo”; señalando que el día de los hechos observó a su amigo (el occiso) asaltar a un transeúnte (Huber Amed Albújar Pardo) provisto de un arma blanca, por lo que le increpó su actitud, Observando en dichos momentos bajar de un vehículo de transporte público al encausado Gastón Gabriel Mansilla Yupanqui quien provisto de un arma de fuego le disparó causándole la muerte, luego; de lo cual intentó huir, persiguiéndolo hasta la esquina del Jirón Caylloma, siendo incluso amenazado por el recurrente con el arma de fuego, momentos en los que hizo su aparición un efectivo policial quien tomó conocimiento de los hechos, afirmando que la imputación realizada por el recurrente es falsa, en cuanto afirma que el occiso lo intentó asaltar, amenazándolo en su presencia de cortarle el rostro con un arma blanca; la manifestación policial de Gastón Gabriel Mansilla Yupanqui, de fojas 17 a 19, quien refirió que en efecto uno de los sujetos que momentos antes asaltó a un transeúnte se le acercó con una navaja con la intención de cortarle la cara a fin de sustraerle sus pertenencias, pidiéndole que se alejara, sin embargo seguía con el cuchillo en la mano acercándose cada vez más optando por sacar su arma de fuego, desplazándose hacia la pista donde incluso casi es atropellado, disparándose circunstancialmente el arma, impactando un disparo en el delincuente, siendo perseguido por su cómplice con un cuchillo con la intención de agredirlo por lo que corrió hasta la altura de la avenida Nicolás de Piérola donde al advertir la presencia de dos efectivos policiales pidió ayuda, llegándose a intervenir al sujeto, quien incluso en la Comisaría continuaba amenazándolo con matarlo, para finalmente aclarar que en ningún momento tuvo la intención de herir al occiso, sino disuadirlo para que no lo lastimaran; la manifestación policial de Huber Amed Albújar Pardo, de fojas 20 a 21, quien señaló haber sido interceptado por dos sujetos quienes le sustrajeron su teléfono celular, para posteriormente arrinconar hacia la pista a otro transeúnte intentándole robar quien casi es atropellado, llegando a escuchar un disparo cayendo uno de los ladrones que le robaron momentos antes, por lo que se acercó al delincuente que se encontraba de pie pidiéndole que le devuelva su celular haciendo caso omiso y dándose a la fuga, siendo intervenido por personal policial; Acta de Registro Personal y Recepción del Arma de Fuego, a fojas 22 a 23, donde se deja constancia que al recurrente se le incautó un revolver marca ranger cal. 38 con número de serie N° 08791G, cinco (5) cartuchos cal. 38 sin percutar y un (1) cartucho cal. 38 percutado, así como una mochila marca porta y diversos documentos. personales; Acta de Hallazgo y Recojo de Arma de Fuego, a fojas 27, en el cual se deja constancia del recojo de un cuchillo con mango de plástico de color plomo/celeste aproximadamente de 15 centímetros, de la cual es testigo Huber Ames Albújar indicando que con ella fue amenazado por el procesado Cristhian Arenas Perona para despojarlo de su celular; Acta de Hallazgo de fojas 28, donde se deja constancia que la unidad bomberil al auxiliar al occiso Víctor Manuel Ríos Acevedo del interior del bolsillo izquierdo de pantalón jean (...) cayó al pavimento un celular color negro/blanco marca ZTE N° IMEI.352416030099420 de propiedad de Huber Ames Albújar; elementos probatorios glosados que vincularían al encausado en el delito instruido, tanto más si el procesado recurrente señaló que efectuó el disparo en

defensa propia al ser víctima de asalto; y, que si bien el procesado Cristhian Dorian Arenas Perona, señaló que el procesado Mansilla Yupanqui no fue atacado por el ahora occiso, sino que aquel le disparó en defensa de Huber Amed Albújar Pardo que era asaltado, dichas afirmaciones deberán dilucidarse en la exhaustiva investigación judicial que dirija el juez instructor a efectos de determinar el grado de responsabilidad del recurrente.

Cuarto: En cuanto a la prognosis de pena, por la forma, modo y circunstancia en que se realizaron los hechos, en mérito al acopio de los elementos indiciarios que fluyen en autos, la pena sería superior a los cuatro años de pena privativa de libertad (Recurso de Nulidad N° 4216-2009, teniendo el carácter de Precedente Vinculante los considerandos cuarto y sexto, de fecha 11 de agosto del año 2011), dándose cumplimiento a lo regulado por el inciso segundo del artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal.

Quinto: En cuanto al peligro Procesal, el Tribunal Constitucional señala que debe tenerse en cuenta una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso y que están ligadas, fundamentalmente con los antecedentes del procesado, su situación profesional, el cargo que detenta, su situación familiar y social dentro de la comunidad con las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo otro factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculcado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en serio riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación⁽⁴¹⁾. En este contexto, es de advertir que el procesado Gastón Gabriel Mansilla Yupanqui en su manifestación policial señaló como domicilio el mismo que aparece tanto en su ficha de Reniec obrante a fojas 39, en su licencia de posesión y uso de arma de fuego N° 33650, obrante a fojas 42 (y que además obra a fojas 91 en copia fedateada debidamente legalizada por Notario Público) como en la Boleta de Venta N° 017017, realizada por la compra del revólver con el cual efectuó disparo al occiso; así mismo cuenta con actividad lícita, al ser estudiante universitario, lo cual se acredita con el certificado que le otorgó la Facultad de Educación de la Universidad Nacional Federico Villarreal en su calidad de participante al Seminario de Medicina Física, obrante en autos a 46 (que es copia fiel de su original), instrumentales que tuvo a la vista la Aquo, y omitió valorar a fin de fundamentar el Peligro Procesal; por otro lado, además de lo esbozado el recurrente adjuntó a su recurso impugnatorio, la copia del documento de identidad de su señor padre, donde se advierte que posee el mismo domicilio al señalado por él, copia fedateada de su Licencia de conducir a fojas 96, copia de su carnet universitario, certificado de ingreso a dicha casa de estudios, obrantes a fojas 89 a 90, respectivamente; concluyendo los suscritos que posee arraigo en esta ciudad, además de no contar con antecedentes policiales ni requisitoria alguna, conforme se advierte de fojas 38 y 52, por lo que mal haría este Tribunal en afirmar que existe peligro de fuga o perturbación de la actividad probatoria.

(41) Sentencia del Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 3629-2005-PHC/TC-Puno.

Sexto: Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que a falta de uno de los presupuestos requeridos por la norma adjetiva penal, como se ha precisado anteriormente deben ser concurrentes, resulta excesiva la medida cautelar de naturaleza personal ordenada.

DECISIÓN FINAL:

Por estos fundamentos: **REVOCARON** la resolución apelada que en copia certificada obra a fojas cincuenta y ocho a sesenta y siete, de fecha ocho de enero del año dos mil doce, en el extremo que dispone mandato de detención contra Gastón Gabriel Mansilla Yupanqui por la presunta comisión del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud –Homicidio Simple– en agravio de Víctor Manuel Ríos Acevedo; y **REFORMÁNDOLO** decretaron mandato de **COMPARECENCIA RESTRINGIDA**, bajo las siguientes reglas de conducta: a) concurrir cada treinta días al local del juzgado a fin de registrar su firma correspondiente y justificar sus actividades; b) no variar de domicilio sin previo aviso del juez de la causa; c) concurrir cada vez que sea citado por el órgano jurisdiccional, y d) no cometer nuevo delito doloso, bajo apercibimiento de aplicar lo dispuesto por el artículo ciento cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal en caso de incumplimiento; **ORDENARON:** Se oficie para la inmediata libertad del antes citado, siempre y cuando no exista en su contra otro mandato de detención emanado de autoridad competente; oficiándose, notificándose y los devolvieron.

SS.
 ARANDA GIRALDO
 RODRÍGUEZ VEGA
 RODRÍGUEZ ALARCÓN

04 **Defensa legítima imperfecta reduce la pena en caso de homicidio hasta el límite mínimo de la sanción y en lesiones graves por debajo del mínimo**

El acusado frente a los agraviados actuó en legítima defensa imperfecta. Acorde con lo anterior, estando a la mayor relevancia del bien jurídico afectado en el primer evento (homicidio simple) –previsto en el artículo ciento seis del Código Penal, con una sanción no menor de seis ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad– procede una reducción solo hasta el límite mínimo de la sanción. En tanto que para el segundo hecho delictivo (lesiones graves) –previsto en el artículo ciento veintiuno del Código Penal, con una sanción no menor de cuatro ni mayor de ocho años de privación de la libertad–, no connotando su objeto de protección la misma gravedad que el anterior ilícito, y existiendo referencias fácticas más puntuales de la previa agresión física recibida por el acusado corresponde en este caso efectuarse una reducción prudencial por debajo del mínimo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 1358-2011-JUNÍN

Lima, dieciséis de noviembre de dos mil once

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el procesado WILDER RAFAEL CHOQUE IPARRAGOIRRE contra la sentencia de fojas ochocientos cuarenta y nueve, del treinta y uno de enero de dos mil once, que lo condenó por el delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de homicidio simple, en agravio de Julio Javier Antialón Cerrón, imponiéndole nueve años de pena privativa de libertad; y por el delito de lesiones graves, en perjuicio de Miguel Mallqui Colonio, a cuatro años de la misma pena; las que suman trece años de privación de la libertad; fijándose en veinte mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del primero de los agraviados; y de cinco mil nuevos soles para el segundo; de conformidad con el Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como ponente la jueza Suprema Inés Villa Bonilla; y **CONSIDERANDO, Primero: AGRAVIOS.-** El citado encausado, al fundamentar a fojas novecientos seis su recurso, contra la sentencia impugnada, cuestiona que: a) no ha tenido en consideración la desvinculación del tipo penal de homicidio calificado (artículo ciento ocho inciso cuatro del Código Penal) al de homicidio simple (artículo ciento seis del mismo Cuerpo Legal), figura penal finalmente aplicada que debió merecer una pena por debajo del mínimo legal (menos de seis años); y respecto a la condena por lesiones graves, habiéndose demostrado legítima defensa, debió haberse también rebajado el *quantum* de la pena impuesta de cinco años; b) se ha obviado que con las pruebas de alcoholemia y examen psiquiátrico practicadas al recurrente, existen suficientes atenuantes que si no sirven para eximir la responsabilidad del procesado, en todo caso, debieron atenuar la pena, lo que no ha ocurrido en el caso de autos; c) en cuanto a las lesiones sufridas por el acusado WILDER RAFAEL CHOQUE IPARRAGUIRRE –hospitalizado con fractura a la mandíbula izquierda y heridas punzo cortantes, provocadas con los ladrillos y piedras que le arrojaron– la recurrida enfatiza que estas le fueron infligidas en defensa de los agraviados, empero, no existe testigo que refiera ello; d) no se ha considerado que el procesado, el día de los hechos, se encontraba con pantalón color beige, camisa marrón y zapatos de gamusa del mismo color; sin embargo, su persona fue encontrada tendida en el suelo, sin camisa, sin dinero, y sin los celulares que llevaba consigo, lo que demuestra que el recurrente fue víctima de lesiones graves y de robo agravado; e) no se han valorado la declaración preliminar y testimonial de Antenor Víctor Zárate Mendoza, quien ha referido que el quince de febrero de dos mil nueve, a las once horas, aproximadamente, entregó al procesado la suma de quince mil dólares por la compra de la camioneta doble cabina Hi Lux, año mil novecientos noventa y ocho, dinero que el procesado guardó en el bolsillo interior de su casaca color marrón impermeable; f) se ha omitido que los testimonios de cargo y de descargo han coincidido en que el día de los hechos, el procesado fue atacado por una gavilla de delincuentes (en número de ocho a diez), quienes lo golpearon, le quitaron sus prendas de vestir, así como los bienes que llevaba consigo, dejándolo inconciente, siendo la única persona que cayó al suelo, lo que es congruente con la forma cómo

fue encontrado, es decir, en el piso, sin casaca, ni camisa, y sin sus pertenencias. Además, también han referido que al lado de su persona no había nadie, lo que conlleva a colegir que quienes lo atacaron, luego de cometer los delitos de lesiones graves y robo agravado en su contra, se dirigieron con destino a la repartición del botín, y es allí donde habrían sucedido los acontecimientos en perjuicio de los agraviados; h) no se ha considerado que el encausado WILDER RAFAEL CHOQUE IPARRAGUIRRE se encontraba en ebriedad manifiesta de uno punto setenta gramos de alcohol por litro de sangre por lo que, de acuerdo a la Tabla de Alcoholemia recogida en la Ley número veintisiete mil setecientos cincuenta y tres, se trataba de una ebriedad absoluta y, por ende, le es de aplicación el artículo veinte inciso uno del Código Penal sobre exención de responsabilidad; i) se ha acreditado, con el testimonio del propietario del local denominado “Riachuelo” que, el día de los hechos, el procesado fue minuciosamente revisado para ingresar al local, no habiéndole detectado ningún arma blanca, lo cual deja sin asidero la posición de los testigos de cargo que refieren que fue el acusado quien sacó el arma punzo cortante; **Segundo:** IMPUTACIÓN FISCAL.- De la acusación de fojas setecientos treinta y cuatro trasciende que: I) Con fecha quince de febrero de dos mil nueve, siendo las veinte horas con treinta minutos, el procesado WILDER RAFAEL CHOQUE IPARRAGUIRRE, conjuntamente con su amigo Ronald Campos Avellaneda y otro sujeto no identificado, se encontraba departiendo y tomando bebidas alcohólicas en el local denominado Video Pub “El Riachuelo”, ubicado en la avenida Leoncio Prado número mil trescientos ochenta y cuatro del distrito de San Agustín de Cajas, suscitándose una discusión verbal con el grupo del occiso Julio Javier Antialón Cerrón, ante tales hechos, al salir del local, se produjo una gresca entre al acusado y el antes mencionado, circunstancias en que WILDER RAFAEL CHOQUE IPARRAGUIRRE le quitó el arma blanca (cuchillo) a este último, propinándole diversas lesiones punzo cortantes en diferentes partes del cuerpo hasta causarles la muerte; II). A su vez, con la misma arma, le causó lesiones a Miguel Mallqui Colonio a la altura del abdomen y pectoral izquierdo, y que los amigos del occiso, a modo de defensa, lanzaron piedras y ladrillos al procesado; **Tercero:** DELIMITACIÓN DEL 1 ANÁLISIS.- Según se desprende de sus agravios (ver acápite “a” del Primer Considerando de la presente Ejecutoria), el cuestionamiento del recurrente, en relación a los dos eventos delictivos materia de condena, se circunscribe *al quantum* de la pena que se le ha impuesto en ambos casos. Para tal efecto, invoca haber actuado en legítima defensa (entiéndase legítima defensa imperfecta, pues de lo contrario hubiera planteado como efecto de aquella una exención de responsabilidad y no una reducción de la pena). Sin embargo, al mismo tiempo, como una alegación contradictoria a la anterior (pues no la esgrime como una pretensión alternativa), sostiene haber actuado bajo los efectos de una ebriedad absoluta, y que, por tanto, debe ser eximido de responsabilidad; **Cuarto:** ANÁLISIS.- I) A propósito de la legítima defensa imperfecta, de la mano de la Doctrina Nacional (JOSÉ HURTADO Pozo/VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA), debe significarse que “el exceso intensivo consistente en el hecho de que el agredido se defiende de modo desproporcionado; es decir, que no se comporta de la manera menos perjudicial para el agresor. Su defensa rebasa el límite establecido por la ley (...). [entonces] El acto del defensor es ilícito (...) Solo constituye una circunstancia atenuante de la pena (...) debido a que

se considera que la excitación o la angustia provocada por el ataque ilícito limita la capacidad del agente para apreciar bien la proporcionalidad de su manera de defenderse. De modo que su culpabilidad es disminuida (...)»⁽⁴²⁾. Luego, aquella encuentra amparo legal en el artículo veintiuno del Código Penal, conforme al cual “en los casos del artículo veinte [uno de cuyos supuestos es la legítima defensa inciso tres de este último precepto] cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal”; II) Fijado lo anterior, en el caso de autos, los hechos perpetrados por WILDER RAFAEL CHOQUE IPARRAGUIRRE (homicidio simple y lesiones graves), según trasciende de los actuados, sí justifican acudir a dicha figura. Y es que, en efecto, si bien aquellos habrían tenido como hecho antecedente la agresión recíproca entre el acusado y el occiso Julio Javier Antialón Cerrón al interior del Video Pub “El Riachuelo”, tal y como emerge del testimonio en el plenario del propio agraviado Miguel Mallqui Colonio, cuando señala que “(...) vio al acusado al salir al baño, aclara que la gresca fue en un patio, vio al acusado con el joven Julio, solo los dos, ese rato no vio el cuchillo, no los separó (...)” –véase fojas setecientos ochenta y ocho–, (ratificando lo que había referido en la diligencia de inspección judicial y reconstrucción –fojas trescientos cuenta y nueve–), ambos con evidentes signos de ebriedad manifiesta conforme se tiene establecido de los resultados del dosaje etílico del primero (uno punto setenta gramos de alcohol por litro de sangre) –según Examen Toxicológico de fojas doscientos cuarenta y ocho– y del segundo de los mencionados (uno punto noventa y ocho gramos de alcohol por litro de sangre: ebriedad manifiesta) –según Examen Toxicológico de fojas ciento setenta y ocho–; cierto es que a la salida de WILDER RAFAEL CHOQUE IPARRAGUIRRE del citado establecimiento, el enfrentamiento físico que sostuvo ya no era solamente entre su persona y el occiso, sino entre aquel y, de la otra parte, los dos agraviados más un grupo numeroso de sujetos que se encontraban conjuntamente con estos; ello, según fluye de lo descrito por el testigo Rafael Aquino Vilcapoma, quien en su manifestación policial –con presencia de representante del Ministerio Público– refirió: “(...) observé que salían varias personas por lo que decidí retirarme y después de haber dado algunos pasos escucho que comienzan a discutir varias personas, entre ellos, el Gordo, identificado como WILDER RAFAEL CHOQUE IPARRAGUIRRE, el conocido como “Talega” y el occiso (...)” –véase fajas diecinueve–: así como por lo expuesto por Guter Néstor Lizárraga Amaya en su declaración preliminar –con participación de lo Fiscalía– quien indica: “(...) el día quince de febrero, a horas veintiún [con] cuarenta y cinco minutos, aproximadamente, circunstancialmente, pasaba por el Óvalo de San Agustín de Cajas me quedé parado en una esquina y de pronto me percaté que unas personas desconocidas comenzaron a pelear, eran más o menos algo de diez sujetos aproximadamente eran personas jóvenes y uno de edad, un gordo, y cuando me fijé el gordo estaba peleando con un chiquillo de diecinueve años (...)” –véase fojas treinta y cuatro–: versión que coincide con lo referido en la instrucción por la testigo Luz Roxana Pomaylle Rivera, quien

(42) HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Manual de Derecho Penal - Parte General*. Tomo I, 4ª edición, Idemsa, Lima, 2011. p. 646 y ss.

relató: “(...) yo estaba a media cuadra del lugar de los hechos (...) cuando pasaba, escuche unos gritos (...) salían un grupo de personas del Video “El Riachuelo” (...) empezaron a pelearse afuera uno contra uno, (...) uno de ellos empezó a pelear con el señor gordo, tirándole un puñete en la cara el chico al señor gordo, ahí fue que sacó el cuchillo (...) “-véase fojas doscientos diecinueve-; ocurriendo lo propio que con el testimonio de Edgar Aquino Vilcapoma quien sostuvo: (...) salí a la puerta, vi una bronca entre seis a siete personas, viendo que un señor de estatura gruesa (...) estaba agarrando un cuchillo y (...) le dio puñaladas a un joven (...)” -véase fojas doscientos veintidós-; escenario y disparidad de fuerzas que tornan en inverosímil lo declarado por el agraviado Miguel Mallqui Colonio en cuanto a que fue el acusado “quien lo esperó al occiso, fuera del local, para atacarlo de manera sorpresiva -véase fojas setecientos ochenta y ocho- infiriéndose más bien una situación inversa, tanto más si se tiene lo también testificado por el dueño del Video Pub “El Riachuelo”, Edgar Mamani Véliz, quien a fojas veintiocho precisó que el acusado y su acompañante Ronald Campos fueron los últimos clientes en salir de su establecimiento; III) En tal sentido, no puede obviarse ese marco contextual en que el acusado, para conjurar la situación adversa antes descrita, hizo uso de un cuchillo causando los resultados que motivan su condena, condicionado por la indiscutible desventaja en que se encontraba frente al número de sus agresores (respecto de quienes, empero, no existen referencias tácticas que tenían a la mano armas letales como la que él usó), el manifiesto estado de ebriedad en que se encontraba, el afán de defensa de su integridad la de su menor hijo Henry Wilder Choque Carrasco que lo acompañaba, y, eventualmente, del dinero que haya podido portar en su billetera -la que le fue observada por el dueño del citado local Edgar Mamani Véliz según declara a fojas ochocientos dieciséis-, no pudiendo desconocerse, en tal sentido, que sus dos ataques fueron en reacción ante dicho entorno de agresión; siendo ello patente en el caso del segundo de estos, conforme trasciende de lo detallado por la testigo Luz Roxana Pomaylle Rivera, cuando señala: “(...) uno de los que peleaban le metió un golpe de puño en la cara a este gordo (...)”; tanto más si se considera la severidad de los golpes que inmediatamente después le infligieron los otros sujetos al acusado [causándole heridas cortantes múltiples en el rostro, conforme lo puntualiza el Certificado Médico Legal número cero cero dos mil sesenta y cinco -V-D de fojas ciento cuarenta y uno, corroboradas con las fotografías de fojas setecientos sesenta y siete a setecientos sesenta y nueve], los que, en línea de continuidad con los hechos anteriores, denotan que los autores de esta última agresión eran parte de ese mismo contexto de enfrentamiento con el acusado; tal como lo describe el testigo José Antonio Dolorier Aranda, al señalar: “pude ver que un grupo de personas le agredían con piedras y ladrillo a la altura de la cabeza a WILDER CHOQUE IPARRAGUIRRE y producto de las agresiones se cayó al piso quedando desmayado (...) ese grupo de personas actuaban con mucha violencia” -véase fojas doscientos veintinueve-; todo lo cual conlleva colegir -coincidiendo este Supremo Colegiado con la opinión del Fiscal Supremo en lo Penal (empero, discrepando con algunas de sus consideraciones)- que el acusado WILDER RAFAEL CHOQUE IPARRAGUIRRE frente a los agraviados Julio Javier Antialón Cerrón y Miguel Mallqui Colonio actuó en legítima defensa imperfecta; IV) Acorde con lo anterior, estando a la mayor relevancia del bien jurídico afectado en el primer evento (homicidio simple) -previsto en el artículo ciento seis del Código Penal, con una sanción no menor de

seis ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad— procede una reducción solo hasta el límite mínimo de la sanción. En tanto que para el segundo hecho delictivo (lesiones graves) —previsto en el artículo ciento veintiuno del Código Penal, con una sanción no menor de cuatro ni mayor de ocho años de privación de la libertad—, no connotando su objeto de protección la misma gravedad que el anterior ilícito, y existiendo referencias fácticas más puntuales de la previa agresión física recibida por el acusado WILDER RAFAEL CHOQUE IPARRAGUIRRE corresponde en este caso efectuarse una reducción prudencial por debajo del mínimo; **Quinto:** De otro lado, en lo concerniente a la segunda alegación del recurrente, a través de la cual incide en el estado de embriaguez —manifiesta— en el que se encontraba, debe significarse que dicha condición ha sido ya ponderada en el análisis precedente que decantó en la disminución de su grado de culpabilidad (habiéndose considerado precisamente ese estado como una de las condiciones que explicaría la vehemencia desplegada para conjurar el contexto antes descrito), por lo que mal puede pretenderse fundar en esa misma condición un efecto jurídico de irresponsabilidad penal. En cuanto a los demás argumentos, que inciden en que el móvil de la gresca obedeció al intento de robarle el dinero, estos no presentan aptitud para enervar las conclusiones precedentes; como tampoco la degradación a su favor del tipo penal homicidio calificado a homicidio simple, por estar circunscrito el presente análisis precisamente a este último, el mismo que no fue objeto de desvinculación sino de reformulación por la misma parte acusadora en su requisitoria oral —véase fojas ochocientos treinta y cuatro—; Por estos fundamentos, declararon: I) NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas ochocientos cuarenta y nueve, del treinta y uno de enero de dos mil once, en el extremo que condena a WILDER RAFAEL CHOQUE IPARRAGUIRRE, por delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de homicidio simple, en agravio de Julio Javier Antialón Cerrón, y por el delito de lesiones graves, en perjuicio de Miguel Mallqui Colonio; fijándosele en veinte mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del primero de los agraviados; y de cinco mil nuevos soles para el segundo; II) HABER NULIDAD en cuanto a las penas de nueve y cuatro años de privación de la libertad impuestas respectivamente; totalizando una sanción de trece años; y REFORMÁNDOLA, las redujeron a: SEIS años por el delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud —homicidio simple— en agravio de Julio Javier Antialón Cerrón; y a DOS años por el delito de lesiones graves, en perjuicio de Miguel Mallqui Colonio, las que suman en total OCHO años de privación de la libertad; la misma que [descontando los periodos de internamiento durante el curso del proceso, esto es, del dieciséis de febrero (fojas sesenta y nueve) al dieciocho de junio de dos mil nueve (fojas cuatrocientos setenta y dos) —cuatro meses y dos días—; y su reingreso a partir del diez de octubre de dos mil diez (fojas setecientos veintinueve), vencerá el ocho de junio de dos mil dieciocho; con lo demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

SS.
 LECAROS CORNEJO
 PRADO SALDARRIAGA
 BARRIOS ALVARADO
 PRÍNCIPE TRUJILLO
 VILLA BONILLA

05 Lesión provocada en salvaguarda de la propia integridad como la de sus hijos configura legítima defensa y por lo tanto la causa debe sobreseerse

Deberá declararse fundado el requerimiento de sobreseimiento por la causal contenida en el artículo 344.2.b del CPP, al haberse acreditado con suficientes elementos de convicción acopiados durante la investigación preparatoria, que la imputada provocó específicamente la lesión en el hombro izquierdo del agraviado con un cuchillo de cocina como consecuencia de haber repelido la agresión de este, al interior de su propio domicilio, en salvaguarda de su propia integridad física, así como la de sus dos menores hijos que también se encontraban en su domicilio en ese momento, configurándose perfectamente la causa de justificación de legítima defensa reconocida en el artículo 20.3 del Código Penal.

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD
TERCER JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE TRUJILLO**

EXPEDIENTE : 455-2011-31
 JUEZ : DR. GIAMMPOL TABOADA PILCO
 MINISTERIO PÚBLICO : TERCERA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE TRUJILLO
 IMPUTADA : NANCY ELIZABETH OLIVARES RODRÍGUEZ
 AGRAVIADO : RICARDO LORENZO CRUZ VELÁSQUEZ
 ASISTENTE : PATRICIA PONCE SAAVEDRA
 DELITO : LESIONES LEVES

Resolución N° Tres

Trujillo, veintidós de agosto del año dos mil once

I. PARTE EXPOSITIVA

La doctora Cecilia Zavaleta Corcuera en calidad de Fiscal Provincial de la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Trujillo, requiere el sobreseimiento del proceso seguido contra Nancy Elizabeth Olivares Rodríguez, por el delito de lesiones leves tipificado en el artículo 122, primer párrafo del Código Penal, en agravio de Ricardo Lorenzo Cruz Velásquez. Se corrió traslado a los demás sujetos procesales por el plazo de diez días, sin que la parte agraviada formule ninguna oposición; se realizó la audiencia preliminar en la sala de audiencias del Tercer Juzgado de Investigación

Preparatoria de Trujillo con fecha quince de agosto del dos mil once, con la sola concurrencia de la Fiscal requirente, siendo el estado del proceso el de expedir la resolución correspondiente.

II. PARTE CONSIDERATIVA

Resumen del sobreseimiento

1. El Ministerio Público requiere el sobreseimiento del proceso conforme al artículo 344.2.b del Código Procesal Penal del 2004 –en adelante CPP– por la concurrencia de la causa de justificación de legítima defensa por el hecho punible ocurrido con fecha siete de enero del dos mil once a las veinte horas, en circunstancias que Ricardo Lorenzo Cruz Velásquez (41 años) –en adelante el agraviado–, concurrió luego de tomar siete cervezas con su amigo Ronald Aguirre al domicilio de Nancy Elizabeth Olivares Rodríguez (40 años) –en adelante la imputada–, ubicado en la calle Sánchez Carrión número doscientos veintiocho del centro poblado de Miramar, distrito de Moche, con la finalidad de visitar a sus hijos Ricardo Jordy Cruz Olivares (14 años) y Bella Elizabeth Cruz Olivares (11 años)⁽⁴³⁾. Cuando el agraviado llegó a la casa de la imputada se produjo una discusión con la imputada motivando que este se retirara. Sin embargo, minutos después, el agraviado empezó a tocar fuerte la puerta, como nadie le abrió, rompió la luna de la ventana cerca de la puerta de entrada a la casa, metiendo el brazo para abrir el pestillo de la puerta, produciéndose diversas heridas cortantes con el filo de los vidrios rotos de la ventana. La agraviada abrió la puerta de entrada para exigirle que se vaya, ante lo cual el agraviado la empujó e ingresó hasta la sala amenazándola con herirla con un pedazo de vidrio, produciéndose un forcejeo entre ambos, estando presente el hijo Ricardo Jordy. La agraviada para repeler la agresión cogió un cuchillo que estaba en la mesa de la sala y le profirió al agraviado una herida en el hombro izquierdo, ante lo cual este cayó al piso, se levantó y se retiró de la casa, dirigiéndose a la Comisaría PNP de Miramar a interponer su denuncia. El Ministerio Público ha concluido que ninguna de las heridas presentadas por el agraviado puso en riesgo su vida por no ser de gravedad, configurándose en el comportamiento de la imputada una legítima defensa.

Elementos de convicción acopiados en la investigación

2. Las actas de intervención policial de fecha siete de enero del dos mil once (folios 6 y 9 de la carpeta fscal), prueban que el agraviado acudió herido a la Comisaría PNP de Miramar siendo auxiliado y conducido al hospital Belén de Trujillo por el policía Fernando Seclén Samper. De otro lado, el policía Pablo

(43) La imputada y el agraviado son casados y también son padres de sus dos hijos Ricardo Jordy y Bella Elizabeth. Ambos se encuentran separados de hecho desde hace siete años. El agraviado domicilia en la calle La Mar número 418-B Chicago, Trujillo. La imputada domicilia con sus dos hijos en la calle Sánchez Carrión número 228 de Miramar, Moche (información tomada de las declaraciones del agraviado y de la imputada)

López Calle se constituyó al inmueble de la agraviada, constató que las lunas de las ventanas estaban rotas y procedió a incautar un cuchillo debajo de la mesa del comedor, elaborándose la respectiva acta de hallazgo y recojo (folios 10).

3. El certificado médico legal N° 000263-VFL de fecha diez de enero del dos mil once (folios 22), describió las siguientes heridas en el agraviado: 1) Herida saturada de bordes regulares de 5 cm. en tercio medio ventral de antebrazo derecho; 2) Herida saturada de bordes regulares de 10 cm. semicolgajo en tercio medio dorsal de brazo izquierdo; 3) Herida superficial de 2 cm. oblicua en tercio medio dorsal de antebrazo derecho; 4) Herida saturada a semicolgajo de 2.5 cm. de bordes regulares por dentro de zona media de escapula izquierda. Finalmente, el certificado concluyó que el agraviado tenía lesiones traumáticas externas recientes originadas por objeto cortante que requirió tres días de atención facultativa y doce días de incapacidad médico legal. Posteriormente, se elaboró otro certificado médico legal N° 004196-PF-AR de fecha quince de abril del dos mil once (folios 144-145), concluyendo que el agraviado presentaba lesiones traumáticas de origen cortante por objeto con punta y/o filo, efisema subcutáneo y permanencia hospitalaria de día y medio, que ha requerido una atención facultativa de ocho días y una incapacidad médico legal de veinticinco días.
4. El protocolo de pericia psicológica N° 000291-2011-PSC de fecha diez de enero del dos mil once (folios 18- 21), establece que la imputada clínicamente no tiene indicadores de compromiso orgánico cerebral, muestra un desempeño de acuerdo a lo esperado para su edad cronológica, nivel de instrucción y contexto sociocultural. Finalmente concluye que tiene estrés moderado, en personalidad dependiente inestable, asociada a severos conflictos con su cónyuge generadores de maltrato y violencia familiar.
5. La declaración testimonial de Ricardo Jordy Cruz Olivares de catorce años de edad (folios 35-36) tomada por la Fiscal del caso con fecha catorce de febrero del dos mil once, en la pregunta número uno sobre con quién vive, respondió que: “(...) desde el mes enero del dos mil diez me fugué de la casa de mi padre [el agraviado] para irme a vivir con mi madre [la imputada] porque él mucho me insultaba y pegaba. Se emborrachaba pues es alcohólico y fuma mucho... Cuando él salía a trabajar me dejaba a mí y a mi hermana encerrados para evitar que nos escapáramos y así nos obligó a vivir con él”. Más adelante, el testigo en la pregunta número dos sobre lo qué sucedió el siete de enero del dos mil once en la noche, respondió que: “ese día, a las 8:00 pm. yo estaba mirando televisión, al rato llegó mi mamá con mi hermana Bella, tocaron la puerta, y mi hermana salió a abrir. Era mi padre, yo me acerqué a la puerta (porque no se le permite el ingreso debido a que este acostumbra agredir a mi mamá y destruye todo lo que encuentra), yo lo saludé y el empezó a gritarme, tenía mi libreta de notas, me di cuenta que estaba borracho, con aliento alcohólico, dijo que soy un inútil y me dijo que vuelva a vivir con él; y en eso se acercó mi madre y

discutieron. Luego nos metimos y cerramos la puerta quedándose él afuera, desde allí gritaba, se acercó a la ventana y con su puño derecho rompió el vidrio de la ventana (el lado que está cerca de la puerta), quedando un hueco grande y con puntas por donde introdujo su brazo derecho e intentó jalar el pestillo para abrir la puerta, pero no lo logró, entonces mi mamá abrió la puerta y yo salí con ella, le pidió que se retire, pero él reaccionó violentamente, cogió un pedazo de vidrio de regular tamaño con punta y amenazó a mi madre, forcejearon y ella se acercó a la mesa ubicada cerca a la puerta donde estaba un cuchillo, cogiéndolo para defenderse, él quería hincarla con el vidrio y ella lo acuchilló cerca al hombro. Luego él se tiró un rato al suelo, pero se levantó y se retiró. Mi mamá cerró la puerta (...).”

6. La declaración testimonial de Bella Elizabeth Cruz Olivares de once años de edad (folios 38-39), tomada por la Fiscal del caso con fecha catorce de febrero del dos mil once, en la pregunta número uno sobre con quién vive, respondió que: “(...) vivo con mi mamá y mis dos hermanos Ricardo Jordi Cruz Olivares y José Yampier Garrido Olivares, desde el mes de enero del dos mil diez (...) Anteriormente, yo vivía con mi papá pues él me llevó a mí y a mi hermano Ricardo a la fuerza a vivir con él y se portaba mal, se emborrachaba, maltrataba a mi hermano Ricardo. Nos llevaba a vivir en diferentes lugares, siempre eran cuartitos alquilados, siempre cambiábamos porque los propietarios lo botaban debido a que es borracho y se peleaba con todos, hasta le decían que él se robaba cosas. Por eso en el mes de enero del dos mil diez mi hermano Ricardo se escapó de la casa de mi padre y se fue a vivir con mi madre, al poco tiempo yo también me fui a vivir con mi madre”. Más adelante, la testigo en la pregunta número dos sobre lo qué sucedió el siete de enero del dos mil once en la noche, respondió que: “(...) tocaron la puerta, yo abrí y era mi padre y lo atendí en la puerta, pues él no puede entrar, debido a que pelea con mi madre y lo destruye todo; me di cuenta por su cara que estaba borracho pues olía a cerveza, además que yo ya lo conozco porque siempre lo hace. Se acercó a mi hermano Ricardo, le empezó a reclamar y gritar porque había sacado malas notas, en eso salió mi madre y le gritó que se meta a la casa porque quería quedarse a solas con nosotros para que le digamos si mi mamá está con otro hombre. Ante ello mi mamá le cerró la puerta. Entonces mi papá empezó a chancar muy fuerte varias veces la puerta para que le abrieran, yo estaba cerca de la ventana, en eso vi que él tiró un puñetazo a la ventana por el lado que da junto a la puerta y rompió el vidrio, incluso un pedazo me rozó la cara, quedando un hueco en la ventana con una punta por donde él metió su brazo, intentó abrir la puerta cortándose el brazo (...) mi mamá me ordenó que vaya al fondo, pero escuchaba que se insultaban (...).”
7. La declaración testimonial de Ricardo Lorenzo Cruz Velásquez de cuarentiún años de edad (folios 40-41), tomada por la Fiscal del caso con fecha quince de febrero del dos mil once, en la pregunta número uno sobre lo qué sucedió el siete de enero del dos mil once en la noche, respondió que: “a eso de las seis horas con veinte minutos me fui a la casa de un amigo Ronald Aguirre

donde tomé unas siete cervezas, donde permanecí hasta las veinte horas aproximadamente. Luego me fui a la casa de la investigada (...) mis dos hijos salieron a la puerta, le llamé la atención a mi hijo Ricardo por las notas desaproboratorias, la investigada se entrometió y discutimos, los jaló a los dos y los hizo ingresar quedándome frente a la puerta. En el momento de cólera yo rompí con mi puño la luna de la puerta y me retiré inmediatamente. Cuando ya había avanzado unos veinticinco metros, de pronto sentí que alguien me hincó en la espalda (...) era la madre de mis hijos, al mismo tiempo me infirió otra lesión con un cuchillo en el brazo izquierdo y como consecuencia caí al piso de cuclillas y seguramente en ese momento por defenderme coloque ambos brazos delante de mí y supongo que allí también con el cuchillo me infirió la lesión que tengo en el antebrazo derecho, pero no estoy seguro cómo ocurrió. Luego ella se retiró. Y yo me dirigí a la comisaría (...). Más adelante, el testigo en la pregunta número cinco sobre cómo eran las relaciones con la investigada antes de los hechos, respondió que: “(...) nos peleábamos, nos agredíamos, como uno tiene más fuerza que una mujer, ella a veces resultaba con más lesiones (...) por eso nos separamos desde hace siete años, pero seguimos con problemas y hasta con lesiones, tenemos denuncias de ambas partes”.

8. La declaración de Nancy Elizabeth Olivares Rodríguez de cuarenta años de edad (folios 42-43), tomada por la Fiscal del caso con fecha quince de febrero del dos mil once, en la pregunta número uno sobre lo que sucedió el siete de enero del dos mil once en la noche, respondió que: “(...) escuché unos gritos provenientes del señor Ricardo Lorenzo reclamando a Jordy por sus notas, le estaba insultando, en eso me dirigí hacia ellos, abrí la puerta reclamándole que para eso vienes acá, a molestar, en vez de hablar bien o traer algo, vienes a molestarnos, en eso discutimos verbalmente, me comenzó a insultar, alcanzando a oler que olía a alcohol, les pregunté a mi hijos si querían seguir hablando con su padre, manifestándome que no querían, los hice meter, entraron y cerré la puerta quedando el señor afuera, haciendo laberinto, pateó la puerta e insultó (...) en eso escuchamos un estruendo, estaba golpeando la puerta de madera fuertemente, así como la ventana de vidrio, en eso metió la mano por la ventana que había roto, forcejeando el pestillo para poder abrir totalmente la puerta, lastimándose y sangrando, al ver eso, yo salí a su encuentro y traté de quitarle su brazo de la puerta, como no pude tuve que abrir la puerta, vi que él se agacho y cogió un pedazo de vidrio en punta que estaba en el suelo, producto de la ruptura de la luna de la ventana, en eso mi hijo salió y como los vi asustados los mandé al fondo de la casa, solo mi hija Bella me hizo caso, quedándose conmigo mi hijo Jordy, en eso él ingresa a empujones y empezamos a forcejear, por su tamaño y su peso me estaba presionando hacia el suelo, como para tumbarme, como la mesa estaba cerca me tuve que apoyar y al ver que me estaba atacando, vi el cuchillo mediano de cocina, lo cogí y lo ataque para defenderme, le lastimé a la altura del hombro izquierdo, dio un salto y soltó el vidrio que tenía en su mano, gritándome y amenazándome

¡ya te fregaste! ¡te voy a matar! en eso mi hijo le dice que mejor se fuera y que no siga ocasionando problemas, de empujones lo saqué de la casa y cerré la puerta. El se quedó afuera de la casa, tirado en la vereda y luego se fue (...).”

9. Los reportes SGF de constancias de casos del Ministerio Público (folios 84 a 86), acreditan la existencia de diversas denuncias por violencia familiar contra Ricardo Lorenzo Cruz Velásquez, así tenemos: Caso N° 2306010702-2004-390-0 ingresado el cuatro de mayo del dos mil cuatro, caso N° 2306010701-2005-92-0 ingresado el primero de febrero del dos mil cinco, caso N° 2306010702-2011-36-0 ingresado el cuatro de febrero del dos mil once. De otro lado, las resoluciones de primera y segunda instancia (folios 54 a 62), acreditan la existencia de un proceso judicial de divorcio por causal de violencia iniciado por Nancy Elizabeth Olivares Rodríguez contra Ricardo Lorenzo Cruz Velásquez, la misma que fue declarada improcedente.
10. Hasta acá en relación al hecho punible acontecido el siete de enero del dos mil once a las veinte horas en el domicilio ubicado en calle Sánchez Carrión número doscientos veintiocho del centro poblado de Miramar, distrito de Moche, podemos tomar como hechos (relevantes) no controvertidos y/o acreditados con los elementos de convicción antes descritos, los siguientes:

Respecto a los hechos precedentes

- a) Que, el agraviado con la imputada son casados, pero se encuentran separados de hecho desde hace siete años, residiendo en domicilios distintos, teniendo esta última la tenencia de sus dos menores hijos.
- b) Que, la imputada ejerció su derecho de acción en la vía civil y penal contra el agraviado por diversos incidentes de violencia familiar.
- c) Que el agraviado se encontraba en estado de ebriedad por haber ingerido al menos siete cervezas con un amigo.

Respecto a los hechos concomitantes:

- a) Que, el menor Ricardo Jordy Cruz Olivares (14 años) estuvo presente en el mismo ambiente de la sala donde se produjo la discusión y agresión entre sus padres. Mientras que la menor Bella Elizabeth Cruz Olivares (11 años) se encontraba en otro cuarto de la casa por órdenes de la imputada.
- b) Que, el agraviado con su mano derecha rompió de un puñetazo el vidrio de la ventana de la casa de la imputada causándose diversas heridas.
- c) Que, el agraviado insultó, forcejeó y amenazó con un vidrio a la imputada en la sala de su casa.
- d) Que, la imputada utilizó un cuchillo de cocina que se encontraba en la sala de su casa para repeler la agresión del agraviado.

- e) Que, la imputada para defenderse incrustó el cuchillo en el hombro izquierdo del agraviado por una sola vez.
- f) Que, el agraviado presenta lesiones traumáticas de origen cortante por objeto con punta y/o filo.

Respecto a los hechos posteriores:

- a) Que, el agraviado inmediatamente después de salir del domicilio de la agraviada, acudió a la Comisaría PNP de Miramar a presentar su denuncia, la misma que ha dado lugar a la instauración del presente proceso penal.
 - b) Que, el agraviado ofreció dinero al policía Pablo Alfredo López Calle, cuando fue a verlo a la Comisaría PNP de Miramar para que inculmara a la imputada, por el delito de tentativa de homicidio y redactara el informe policial favoreciéndolo como víctima, lo cual fue rechazado por el policía.
11. El agraviado en su declaración tomada por la Fiscalía con la presencia de un abogado defensor privado, ha declarado que la agraviada lo atacó por la espalda con un cuchillo cuando ya se había retirado del domicilio y siguió atacándolo aprovechando que había caído al suelo. Esta versión unilateral debe ser totalmente descartada al no estar corroborada con ningún otro elemento de convicción, además de la débil credibilidad del agraviado al haberse encontrado ese día en estado de ebriedad, tener antecedentes de violencia familiar e incluso haber reconocido sin escrúpulo alguno que “como uno tiene más fuerza que una mujer, ella a veces resultaba con más lesiones”. Por el contrario, la versión asumida por el Ministerio Público como sustento de su sobreseimiento en el sentido que los actos de agresión y de defensa tuvieron lugar en el interior de la casa, tiene correspondencia con la declaración uniforme de la imputada y de sus dos menores hijos, así como por haberse incautado el cuchillo utilizado para repeler el ataque precisamente en el ambiente destinado a la sala comedor.

Reconocimiento normativo de la legítima defensa

12. El artículo 20.3 del Código Penal prescribe que está exento de responsabilidad penal, el que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a) Agresión ilegítima; b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla 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; y c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa. Siguiendo y resumiendo las ideas del autor nacional Felipe Villavicencio en lo pertinente a esta institución penal⁽⁴⁴⁾,

(44) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Grijley, Lima, 2006, pp. 534-548.

tenemos que el fundamento de la legítima defensa se encuentra en la idea que el Derecho no está en la situación de soportar (o ceder ante) lo injusto. Se basa en el principio de protección individual o de auto-defensa y principio de mantenimiento del orden jurídico (prevalecimiento del derecho, defensa del derecho). El sujeto que se defiende de una agresión ilegítima no solo está protegiendo sus bienes jurídicos sino además está impidiendo se afecte al ordenamiento jurídico.

Agresión ilegítima

13. La agresión es una conducta ilegítima que amenaza lesionar o poner en peligro bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento jurídico. En ese sentido, cuando no existe conducta humana, no es posible calificar una agresión. La agresión debe ser actual y esto ocurre desde el momento en que la agresión es inminente y mientras se siga desarrollando (impedir o repeler la agresión). El agredido puede defenderse antes que la agresión se consuma, es decir, con ello se hace referencia a la decisión irrevocable del atacante de dar comienzo a la agresión, de modo análogo al comienzo de la tentativa. La agresión desaparece cuando el delito está consumado, como sucede en los delitos instantáneos⁽⁴⁵⁾. Sin embargo, seguirá siendo actual mientras perdure, como ocurre en el caso de los delitos permanentes⁽⁴⁶⁾ y en los delitos de estado⁽⁴⁷⁾.
14. La agresión ilegítima es equivalente a la agresión antijurídica. En ese sentido cualquier bien jurídico puede ser agredido. Esta agresión no tiene que ser necesariamente contra un bien jurídico penalmente protegido, ya que puede ser cualquier interés jurídicamente reconocido. En consecuencia, no es necesario que la agresión sea típica, es decir, que constituya un delito. Por otro lado, es inaceptable la legítima defensa contra las conductas conforme a derecho (justificada). Para la legítima defensa la agresión debe ser real. No es suficiente que el que se defiende se imagine la agresión.

Necesidad de la defensa

15. Solo los bienes jurídicos del agresor pueden ser afectados por la defensa, siempre que le sirvan para la agresión. Cualquier bien jurídico puede ser afectado por la defensa. Entiéndase por defensa aquella conducta dirigida a rechazar la agresión. Se exige que la defensa sea necesaria y, por ende, esta debe ser racional, es decir, la adecuada para impedir o repeler la agresión. La defensa debe ser idónea y representar el medio menos perjudicial para el agresor.

(45) Delito instantáneo es aquel en que la infracción se consuma en el momento en que se produce el resultado situación que describe la ley, sin que se determine la creación de una circunstancia antijurídica de efectos duraderos.

(46) Delito permanente es aquel en que el resultado se mantiene por cierta duración debido a la voluntad del autor. En dicho tiempo se sigue ejecutando el tipo, por lo que, la consumación se da cuando se termine o abandone la situación antijurídica.

(47) Delito de estado es aquel que crea un estado jurídico duradero, por la consumación va a cesar desde el momento de la aparición de la situación antijurídica, esto porque solo se describe en el tipo la producción del estado antijurídico y no su mantenimiento.

Debe tenerse en cuenta la totalidad de los datos personales y circunstancias que concurrieron en el hecho, las circunstancias que rodearon a la agresión y a la defensa. El artículo 20.3 del Código Penal, modificado por la Ley N° 27936 (12/02/2003) respecto a la necesidad racional del medio empleado para impedir o repelerla, precisa que, 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.

16. La necesidad racional requiere verificar tanto la necesidad en abstracto de la defensa (si la agresión ilegítima pone en peligro a la persona o derechos propios o ajenos), como la necesidad en concreto de la defensa (la necesidad del medio defensivo concretamente utilizado). Finalmente, no se exige en el sujeto una obligación de huir, pues admitir la fuga como exigencia implicaría imponer al agredido una obligación de hacer lo que no quiere, por ende, violentar su libertad individual; además, la exigencia de fuga sería inexigible en el caso de un agredido físicamente incapaz de huir.

Falta de provocación suficiente

17. El sujeto que se defiende no debe haber provocado la agresión. La provocación es una acción u omisión a la agresión. No es necesario que la acción esté dirigida a desencadenar la respuesta agresiva. La provocación es suficiente cuando hace previsible una agresión. Si el autor ha provocado intencionalmente la agresión (para encontrarse en una situación de defensa y poder producir una lesión al agresor, de manera justificada), se considera que debe excluirse totalmente la legítima defensa.

Análisis del caso

18. El Ministerio Público ha basado su requerimiento de sobreseimiento en la legítima defensa de la imputada Nancy Elizabeth Olivares Rodríguez en la producción de las lesiones en agravio de Ricardo Lorenzo Cruz Velásquez, por lo que, corresponderá analizar la concurrencia de los presupuestos materiales del artículo 20.3 del Código Penal a efectos de establecer si efectivamente estamos ante una legítima defensa completa, una legítima defensa incompleta o una legítima defensa putativa. La primera como es sabido genera la exención de responsabilidad conforme a la norma antes anotada; en tanto que la segunda y la tercera constituyen supuestos de responsabilidad atenuada, que permiten disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal, como lo prevé los artículos 21 y 14, segundo párrafo del Código Penal respectivamente.
19. El primer presupuesto de agresión ilegítima para la legítima defensa, tuvo lugar cuando a las veinte horas del día siete de enero del dos mil once, el agraviado, en estado de ebriedad, llegó a la casa-habitación de la imputada ubicado en la calle Sánchez Carrión número doscientos veintiocho del centro poblado de Miramar, distrito de Moche, con la finalidad de visitar a sus dos menores hijos Ricardo Jordy Cruz Olivares y Bella Elizabeth Cruz Olivares,

produciendo las siguientes agresiones ilegítimas: a. Daños a la propiedad: El agraviado de un puñetazo destruyó la ventana (bien ajeno) de la entrada de la casa de la imputada (artículos 205 o 444, primer párrafo del Código Penal)⁽⁴⁸⁾.

b. Violación de domicilio: El agraviado penetró en la casa (domicilio ajeno) de la imputada y permaneció allí rehusando la intimación que esta le hizo para que se retirara del mismo (artículo 159 del Código Penal)⁽⁴⁹⁾.

c. Violencia familiar: El agraviado amenazó con cortarle a la agraviada con la punta de un pedazo del vidrio que había roto de la ventana e incluso tuvieron un forcejeo dentro de la casa, en presencia de su menor hijo Ricardo Jordy Cruz Olivares (artículo 2.a del Decreto Supremo N° 006-97-TR Texto Único Ordenado de la Ley de Protección frente a la Violencia Familiar)⁽⁵⁰⁾.

20. El segundo presupuesto de necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla, aconteció cuando la imputada para repeler la amenaza grave contra su integridad, así como la violencia física ejercida contra su persona consistente en forcejear con el agraviado para hacerla caer, se valió de un cuchillo de cocina, por ser el único objeto idóneo que tuvo a su alcance en ese momento para defenderse, el mismo que estaba encima de la mesa del mismo ambiente en que tuvo lugar la agresión, procediendo a hacerle un corte con el cuchillo en el hombro izquierdo del agraviado. Es importante precisar que mientras el agraviado mide un metro con setenta centímetros y pesa ochentiún kilos (declaración de folios 40), la imputada mide un metro con cincuenta centímetros y pesa concienticéis kilos (declaración de folios 42), lo que permite colegir la racionalidad del medio empleado (cuchillo) por la imputada para repeler la agresión provocada por el agraviado ante la manifiesta superioridad física de esta medida en términos de fuerza material. Por regla general se excluye para la valoración de la legítima defensa el criterio de proporcionalidad de

(48) Artículo 205 del Código Penal: 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 dos años y con treinta a sesenta días-multa.

Artículo 444, primer párrafo del Código Penal: El que realiza cualquiera de las conductas previstas en los artículos 185 y 205, cuando la acción recae sobre un bien cuyo valor no sobrepase una remuneración mínima vital, será reprimido con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas o con sesenta a ciento veinte días-multa, sin perjuicio de la obligación de restituir el bien sustraído o dañado.

(49) Artículo 159 del Código Penal: El que, sin derecho, penetra en morada o casa de negocio ajena, en su dependencia o en el recinto habitado por otro o el que permanece allí rehusando la intimación que le haga quien tenga derecho a formularla, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a noventa días-multa.

(50) Artículo 2.a del Decreto Supremo N° 006-97-TR: A los efectos de la presente Ley, se entiende por violencia familiar, cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la violencia sexual, que se produzca entre cónyuges.

medios, empero, coincidentemente tanto el agresor como la agredida utilizaron objetos punzo cortantes en la agresión física y psicológica recíproca, el primero con un pedazo de vidrio en punta y la segunda con un cuchillo. Incluso tomándose adicionalmente las otras circunstancias como la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios que se tenía para la defensa, también resulta justificable la acción de la agredida de repeler el ataque con el medio más idóneo que tenía a su alcance dada la mayor ventaja física del agresor.

21. El tercer presupuesto de falta de provocación suficiente de quien hace la defensa, se materializó al haber provocado el agraviado el acto de violencia cuando acudió en estado de ebriedad a la casa de la imputada, realizó daños a la propiedad rompiendo el vidrio de la ventana, ingresó y permaneció en el interior de la casa sin el consentimiento de la imputada, finalmente intentó agredir físicamente a la imputada delante de su menor hijo. En este contexto de violencia psicológica y física provocada por el agraviado es que la imputada en legítima defensa procedió a repeler la agresión provocándole al agraviado únicamente un corte en el hombro izquierdo con un cuchillo que estaba a su alcance en su propia casa. Nótese claramente el animus defendendi de la agraviada de responder a una voluntad de defensa al apuñalar al agresor solo una vez y sin poner en peligro inminente la vida del agresor. Así pues, no se mutiló un miembro u órgano principal del cuerpo o lo hizo impropio para su función, así como tampoco hubo desfiguración grave y permanente. La imputada se defendió del ataque agresor ocasionando el menor daño racional y posible al agresor materializado en la producción de un corte con cuchillo en una zona no vital del cuerpo (hombro izquierdo), que requirió menos de treinta días de incapacidad médico legal, de ahí que la formalización de investigación haya sido por el delito lesiones leves.

Solución

22. Por lo expuesto, deberá declararse fundado el requerimiento de sobreseimiento por la causal contenida en el artículo 344.2.b del CPP, al haberse acreditado con suficientes elementos de convicción acopiados durante la investigación preparatoria, que la imputada provocó específicamente la lesión en el hombro izquierdo del agraviado con un cuchillo de cocina como consecuencia de haber repelido la agresión de este, al interior de su propio domicilio, en salvaguarda de su propia integridad física, así como la de sus dos menores hijos que también se encontraban en su domicilio en ese momento, configurándose perfectamente la causa de justificación de legítima defensa reconocida en el artículo 20.3 del Código Penal.
23. Concluida la investigación preparatoria al haberse esclarecido la noticia criminal y habernos aproximado a la verdad histórica de los hechos acontecidos el siete de enero del dos mil once a las veinte horas en el domicilio de la calle Sánchez Carrión número doscientos veintiocho del centro poblado de Miramar, distrito de Moche, tenemos que la situación de la ciudadana

Nancy Elizabeth Olivares Rodríguez, ha mutado de ser considerada inicialmente como imputada por el delito de lesiones leves a la de potencial víctima del delitos de daños, delito de violación de domicilio y de actos de violencia familiar (tipificación en abstracto). En tanto que la situación del ciudadano Ricardo Lorenzo Cruz Velásquez ha cambiado a la de potencial sujeto activo de los delitos antes anotados. En todo caso esta reubicación de quienes intervinieron en el conflicto jurídico penal primario (agresor y agredida), corresponderá ser objeto de investigación, discusión y resolución en otro proceso; máxime si el agresor incluso le ofreció dinero al efectivo policial Pablo Alfredo López Calle cuando fue a verlo a la Comisaría, para que incriminara a la agredida (su cónyuge) por el delito de tentativa de homicidio como consta de la declaración testimonial (folios 106), configurándose adicionalmente el delito de cohecho activo tipificado en el artículo 397 del Código Penal. En tal sentido, el Ministerio Público debe proceder conforme a sus atribuciones constitucionales y legales (principios de legalidad y acusatorio), ante la probable comisión de los hechos delictivos antes anotados.

Por estas consideraciones, **SE RESUELVE:**

III. PARTE RESOLUTIVA

DECLARAR FUNDADO el requerimiento de **SOBRESEIMIENTO** por la causal prevista en el artículo 344.2.b del Código Procesal Penal del 2004 consistente en la legítima defensa como causa de justificación; en consecuencia, **SOBRESÉASE** el proceso seguido contra Nancy Elizabeth Olivares Rodríguez (con DNI N° 18110186, de sexo femenino, nacida el dieciocho de abril de mil novecientos setenta en el distrito de Chimbote, provincia del Santa, departamento de Áncash), por el delito de lesiones leves tipificado en el artículo 122, primer párrafo del Código Penal, en agravio de Ricardo Lorenzo Cruz Velásquez.

LEVÁNTESE la medida de comparecencia simple dictada contra la imputada. **ANÚLENSE** los antecedentes judiciales y/o policiales derivados del presente proceso. **ARCHÍVESE DEFINITIVAMENTE** el expediente en el modo y forma de ley en la sección que corresponda. **NOTIFÍQUESE**.

06 **No concurre legítima defensa si no se ha demostrado que el bien jurídico puesto en peligro sea predominante al bien afectado y el medio utilizado no constituya el adecuado**

No se configura la legítima defensa cuando no existen pruebas de la agresión ilegítima, de la necesidad racional del medio empleado para impedir la y falta de provocación a que se refiere el inciso 3 del artículo 20 del Código Penal, ni cuando tampoco se haya demostrado que el bien jurídico puesto en peligro sea predominante al bien afectado (lesiones con arma de fuego) y el empleo del medio (arma de fuego) constituya un medio adecuado de acuerdo a las circunstancias.

EXPEDIENTE N° 236-2004-HUACHO

FL. 356

Resolución N° 27

Huacho, veintiséis de octubre del dos mil siete

VISTOS; interviene como ponente el vocal superior NÉSTOR RIVEROS JURADO, de conformidad con lo opinado por el señor fiscal superior en su dictamen de fojas doscientos doce; y

CONSIDERANDO:

Primero: Viene en apelación la sentencia de fojas ciento setenta y cuatro, de fecha uno de junio de dos mil siete que, condena a Henry Cristian Tataje Véliz por delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de lesiones graves, en agravio de Iván Urbano Ochoa Noe, y condenando [al] mismo Henry Cristian Tataje Véliz, por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de lesiones leves, en agravio de Jhonatan Diego Pereda Quiroga, le impone un año de pena privativa de la libertad suspendida, por el periodo de prueba de un año, bajo las reglas de conducta que allí se establecen, y fija por concepto de reparación civil, la suma de quinientos nuevos soles a favor de los agraviados, de los cuales, corresponde al primero de los nombrados la suma de trescientos nuevos soles, y al segundo, la suma de doscientos nuevos soles.

Segundo: El sentenciado recurrente Henry Cristian Tataje Véliz, al interponer la apelación mediante recurso que corre a fojas ciento noventa y siete, refiere que las lesiones materia del proceso se han generado en circunstancias que ejercía la legítima defensa, y por consiguiente, agrega, no tiene responsabilidad penal.

Tercero: Como se desprende del dictamen que corre a foja ciento cuarenta y ocho, el señor representante del Ministerio Público, ha formulado acusación contra Henry Cristian Tataje Véliz, por delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de lesiones graves, en agravio de Iván Urbano Ochoa Noé, previsto y penado por el artículo ciento veintiuno del Código Penal que reprime con pena privativa de la libertad no menor de tres y mayor de ocho años; y contra el mismo Henry Cristian Tataje Véliz,

por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de lesiones leves, en agravio de Jhonatan Diego Pereda Quiroga, previsto por el artículo ciento veintidós del Código Penal que sanciona con pena privativa de la libertad no menor de dos años y con sesenta a ciento cincuenta días multa.

Cuarto: De la presente causa se advierte haberse actuado las pruebas siguientes:

1. El procesado Henry Cristian Tataje Véliz, tanto al prestar su declaración a nivel policial que corre a fojas dieciséis, como al prestar su inductiva que corre a fojas ochenta y ocho, y en la confrontación de fojas noventa y seis, sostiene que fueron amenazados por quienes se dedican al robo de combustibles, y fue la casualidad que se percataron de que estaban sustrayendo combustible cuatro sujetos a bordo de una lancha (embarcación), lo que ha motivado a que diera la orden de intervención, pero no acataron tal orden, de modo que han tenido que acercarse la “Panga” (embarcación motorizada) hacia la lancha, pese a que los sujetos intervenidos (agraviados) trataban de escapar y se oponían a que se decomisara el petróleo robado. Agrega, dos de ellos sacaron un fierro y un cuchillo, forcejeando con su personal, momento en que se aparecieron cinco chalanas que las abordaban cuatro o cinco sujetos. El personal tuvo que sacar sus varas, las que fueron quitadas y arrojadas al mar. Ante tal circunstancia tuvo que disparar al aire, pero como dijeron los “delincuentes” que le iban a quitar el arma, agarró [a] uno de ellos del pantalón (porque la “Panga” estaba cerca de la chalana), mientras que el otro empezaba a abordar la “Panga” con un cuchillo en mano, por lo que ha tenido la necesidad de efectuar otro disparo hacia la zona baja del cuerpo de los sujetos, escuchando gritar a uno de ellos, y al ver esto otros chalanes se dieron a la fuga.
2. Los testigos, quienes estuvieron a bordo del vehículo motorizado “Panga”, tales como José Luis Aquije Lara al prestar su declaración que corre a fojas veintiocho y setenta y nueve, Walter Córdova Córdova al declarar a fojas veinte, ochenta y ciento ocho y Magnun Jhonatan Puza Tincopa al declarar a fojas veintidós y ochenta y nueve, han referido de modo similar que el procesado, en el sentido de que, durante el recorrido han recibido amenazas por quienes robaban petróleo de las embarcaciones, y en efecto, dicen, se percataron de que estaban sustrayendo petróleo, de manera que han tenido que intervenir una chalana con cuatro sujetos (entre ellos los agraviados), quienes no obedecieron la intervención, y por el contrario, dos de ellos sacaron a relucir dos cuchillos y un fierro, y además, en esas circunstancias, se aparecieron cinco chalanas y les quitaron la vara y la arrojaron al mar. Al ver esto y al ser también atacado, el acusado Tataje disparó al aire, y cuando los sujetos vociferaban que le iban a quitar el arma, se defendió haciendo otro disparo al sujeto que portaba cuchillo.
3. En cambio el agraviado al prestar su declaración preventiva que corre a fojas setenta y cuatro refiere que, el día diez de enero del año dos mil cuatro, a horas nueve de la noche, regresaba acompañado por sus amigos León Navarro y Jonatan Kiroz, momentos en que fueron interceptados por cinco miembros del guardacostas a bordo de una “Panga”, circunstancias en que Tataje Véliz,

declaración que de modo uniforme mantiene al ser confrontado con [le disparó] el acusado como es de verse a fojas noventa y seis.

4. El testigo presencial que estuvo en otra lancha, Wilder Erick Benites Figueres al prestar su declaración a fojas veintisiete, sostiene que cuando retornaba de pescar, en circunstancias que se hallaba entre otras chalanas, iba una chalana con tres personas a bordo (entre ellos los agraviados) y en ese momento se aparece una “Panga” y se dirige hacia la chalana de los agraviados, y luego se escuchó un disparo y gritos de dolor.
5. Por su parte el agraviado Jhonatan Diego Pereda Quiroga, quien se hallaba junto al agraviado Iván Urbano Ochoa Noé, refiere que la “Panga” motorizada se dirigía a cierta velocidad hacia ellos, pero no fueron embestidos, en esos momentos [les dispararon] con un arma de fuego, resultando heridos de gravedad Iván Urbano Ochoa Noé y una herida leve a Jhonatan Diego Pereda Quiroga.

Quinto: De las mencionadas pruebas testimoniales, luego de efectuado un análisis de las pruebas aportadas al proceso de modo conjunto, se tiene lo siguiente:

1. El hecho materia del proceso tuvo lugar en horas de la noche del día diez de enero del año dos mil cuatro, en la bahía de Chancay.
2. El personal de la Marina de la Capitanía de Chancay realiza rondas con una embarcación denominada “Panga”, tales como el OMtres AP Henry Cristian Tataje Veliz, el OMtres AP José Luis Aquije Lara, el Cabo Primero-AP Walter Córdova Córdova y el grumete Magnun Jhonatan Puza Tincopa.
3. Por otro lado, también en esa zona se encontraban en tránsito, a bordo de una chalana, Iván Urbano Ochoa, acompañado por sus amigos Carlos Alberto León Navarro y Jhonatan Diego Pereda Quiroga, y según ellos, con la finalidad de pedir que se les regale el pescado de las embarcaciones que pudieron haber llegado.
4. El mencionado personal de la Marina, dio orden de intervención a los ocupantes de la chalana, dirigiéndose a toda velocidad, pero no acataron tal orden, y por el contrario, procedieron a echar agua, lo que ha originado que diera un disparo, causando lesiones a los agraviados Jhonatan Diego Pereda Quiroga e Iván Urbano Ochoa Noé, tal como se aprecia de los certificados médicos que corren a fojas treinta y tres y treinta y seis, y luego, el agraviado Iván Urbano Ochoa ha tenido que ser trasladado para su atención médica.
5. Si bien los ocupantes de la “Panga” de modo uniforme refieren que han sido atacados con cuchillos y fierros por los ocupantes de la “chalana”, al ser sorprendidos “robando combustible –petróleo–”, y al ser intervenidos se defendieron con la participación de otros cuatro a cinco ocupantes de cuatro a cinco chalanas, y una vez producido el disparo se fugaron. Pero también es cierto que, los ocupantes de la “chalana eran tres y no estaban provistos de armas de fuego”. Si se tiene en cuenta la declaración del testigo Wilder Erick Benites Figueres [quien] al prestar su declaración a fojas veintisiete, no ha hecho mención [de] que

habían concurrido otras chalanas en defensa de los agraviados, y además, no se ha requisado el petróleo sustraído, ni los cuchillos y el fierro que los agraviados supuestamente han usado para atacar al procesado. De donde se evidencia que la declaración de los testigos del procesado carecen de credibilidad, desde que se trata de los compañeros del mismo, quienes estuvieron en la “Panga”.

6. Por lo mismo, el acusado no se encuentra comprendido dentro de las causas de eximentas de la responsabilidad penal, y en efecto, no se configura la legítima defensa, desde que no hay pruebas de la agresión ilegítima, de la necesidad racional del medio empleado para impedir la y falta de provocación a que se refiere el inciso tres del artículo veinte del Código Penal; tampoco está demostrado que el bien jurídico puesto en peligro sea predominante al bien afectado (lesiones con arma de fuego) y el empleo del medio (arma de fuego) constituya un medio adecuado de acuerdo a las circunstancias (inciso cuatro del artículo veinte del Código Penal).

Sexto: De ahí que la responsabilidad penal del acusado se evidencia por cuanto su conducta se adecua a lo dispuesto por el artículo ciento veintiuno a ciento veintidós del Código Penal.

Sétimo: La pena impuesta por el juzgador se encuentra graduada, teniendo en cuenta la forma y circunstancia como han ocurrido los hechos, la magnitud del daño causado, la personalidad del procesado, de conformidad con lo establecido por el artículo cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal.

Octavo: Del mismo modo, la reparación civil se encuentra fijada de acuerdo a lo que establecen los artículos noventa y dos y noventa y tres del Código Penal, teniendo en consideración la magnitud del daño que representa para la parte agraviada, en concordancia de lo dispuesto por los artículos mil novecientos sesenta y nueve y mil novecientos noventa y cinco del Código Civil, aplicables al caso de autos.

Por estos fundamentos, **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas ciento setenta y cuatro, de fecha uno de junio de dos mil siete (...) **CONDENANDO** a Henry Cristian Tataje Véliz por delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de lesiones graves, en agravio de Iván Urbano Ochoa Noe, y **CONDENANDO** contra el mismo Henry Cristian Tataje Véliz, por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud, en la modalidad de lesiones leves, en agravio de Jhonatan Diego Pereda Quiroga, le impone un año de pena privativa de la libertad, suspendida, por un periodo de prueba de un año, bajo las reglas de conducta que allí se establecen, y fija por concepto de reparación civil la suma de quinientos nuevos soles a favor de los agraviados, de los cuales, corresponde al primero de los nombrados la suma de trescientos nuevos soles, y al segundo, la suma de doscientos nuevos soles. **CONFIRMARON** en lo demás que contiene y los devolvieron.

SS.
RIVEROS JURADO
FUERTES MUSAURIETA
JUAN DE DIOS LEÓN

07 **No existe ejercicio legítimo de un derecho si las informaciones propaladas en un medio de comunicación resultan inconsistentes (Caso: Juan Carlos Tafur)**

Ha quedado acreditada la responsabilidad penal en el delito de difamación agravada. pues si bien, también (el querellado) alegó que actuó amparado en la causa de justificación regulado en el artículo 20, inciso 8 del Código Penal, –ejercicio legítimo de un derecho–, sin embargo, las informaciones propaladas resultaron ser inconsistentes, conforme se ha descrito precedentemente, por lo que, no es de aplicación dicha causa de justificación, pues sus versiones justificatorias se encuentran exentas de persistencia lógica y verosimilitud, contrario sensu, coadyuvan a establecer la certeza y veracidad de los hechos imputados.

PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 2057-2007-LIMA

Lima, veinticuatro de setiembre de dos mil siete

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesta por la defensa del sentenciado Juan Carlos Tafur Rivera contra la sentencia de fojas cuatrocientos cincuenta y cuatro de fecha veinticinco de enero de dos mil siete; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, la defensa del recurrente en su recurso formalizado de folios cuatrocientos sesenta y cuatro que el Colegio Superior no ha tenido en cuenta que las expresiones periodísticas materia de cuestionamiento fueron propaladas por tratarse de un tema de interés público –excarcelación de un narcotraficante–, mas no con el propósito de mancillar el honor de la querellante, teniendo además, como fuente, las informaciones proporcionadas por lo Policía Nacional del Perú y la ODICMA de la Corte Superior del Cono Norte; que si bien es cierto, en la presente causa, la querellante adjuntó documentación que acreditó que viajó a España por una beca de estudios, en la medida de existir algún error informativo en difusión de las notas periodísticas, sin embargo, estas no fueron hechas con malicia, por lo que siguiendo la doctrina del Acuerdo Plenario número tres-dos mil seis / CJ - Ciento dieciséis, no se excluye la protección constitucional cuando media un error informativo recaído sobre cuestiones de relevancia secundaria en el contexto de un reportaje periodístico, es por ello que la conducta de su patrocinado, en este caso, es atípico. **Segundo:** Que, se atribuye al querellado Juan Carlos Tafur Rivera, en su condición de Director del Diario *Correo* haber propalado a través de dicho medio de comunicación, hechos falsos que afectaron la honorabilidad de la querellante Nanci Consuelo Sánchez Hidalgo, la misma que en la fecha de los hechos se desempeñaba como Juez Penal del Distrito Judicial del Cono Norte, pues en los artículos publicados durante los días dieciocho, diecinueve y veintitrés de julio de dos mil tres, se relacionó su viaje efectuado a España, con la persona de Miguel Ángel Dávila Tiznado, quien era procesado por delito de Tráfico Ilícito de Drogas. Publicándose frases como “Narco Mc Donald huye a España luego de

ser liberada por jueza del Cono Norte”, “Juez viaja a la madre patria quince días después de dictar resolución”, “DYRANDRO investiga si jueza del Cono Norte viajó a España con Mc Donald”, **Tercero:** Que, compulsados los agravios alegados por el recurrente, dentro del contexto probatorio y lo actuado en el presente proceso, se advierte que las instancias de mérito han valorado las pruebas de cargo, en forma lógica y congruente, concluyéndose de manera inobjetable la culpabilidad del mencionado procesado en los hechos materia de investigación: que, en efecto, de lo actuado aparece que las publicaciones autorizadas por Tafur, que vincularon el viaje de la querellante con un supuesto favor a una persona procesada por tráfico ilícito de drogas no resultaron verosímiles, pues, según los documentos obrantes a folios quince a veinticinco, el viaje realizado por la querellante Sánchez Hidalgo a España se originó en una beca otorgada por el instituto Nacional de Becas –INABEC–, para lo cual el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial le otorgó licencia sin goce de haber en consecuencia, correspondía al querellado Tafur Rivera, en su condición de Director del Diario “Correo”, cumplir con el deber de veracidad de las publicaciones que se efectúen en el rotativo que dirige, que consiste en someter a un proceso de mínima verificación de certeza la información a propalarse; que, en tal sentido, al no cumplir con probar la veracidad de sus imputaciones no resultó de aplicación la excusa absoluta prevista en el inciso uno del artículo ciento treinta y cuatro del Código Penal. **Cuarto:** Que, asimismo, es de enfatizar que en el Acuerdo Plenario número tres-dos mil seis / CJ-ciento dieciséis del trece de octubre de dos mil seis (Asunto: Delitos contra el honor personal y derecho constitucional a la libertad de expresión), que obra en autos de fojas cuatrocientos ochenta y cuatro a cuatrocientos ochenta y nueve, exige en el autor una diligencia mínima en la comprobación de la verdad, es decir, una comprobación razonable de la fiabilidad o viabilidad de la información o de la fuente de la misma lo que debe ser diligentemente contrastada con datos objetivos e imparciales, aspectos que no se advierten en la conducta del querellado Tafur Rivero cuando autorizó las publicaciones que se cuestionan, pues con fecha veintiocho de febrero de dos mil tres, la ODICMA del Cono Norte declaró improcedente la queja interpuesta por la representante de la Procuraduría Pública contra la querellante por presuntas vinculaciones con la fuga del procesado Miguel Ángel Dávila Tiznado (procesado por el delito de tráfico de drogas), conforme se advierte a fojas cuarenta y tres, ni mucho menos, tuvo en cuenta, que por Resolución Administrativa número ciento noventa y tres - dos mil dos - CE-PJ, del dieciséis de diciembre de dos mil dos (así resulta a fojas diecisiete), el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial había autorizado a la querellante para que asistiera al curso de posgrado a realizarse en la República de España con fecha siete al veinticuatro de enero de dos mil tres: instrumentales, que en su oportunidad, había remitido la agraviada al querellado, conforme se advierte del oficio número dieciséis - dos mil tres - ocho JPCNL-NCSH, de fecha veintiuno de julio de dos mil tres (obrante a folios veintiocho) y, no obstante ello, lejos de enmendar los informes periodísticos que se cuestionan, no lo hizo, pues, solo emitió un simple descargo efectuado por la querellante (a pesar de la contundencia de pruebas que desvirtuaban sus notas periodísticas) contarme se advierte a folios trece y lo que es peor, ese mismo día autorizó la publicación reiterativa sobre la supuesta conducta de la magistrada; siendo evidente que el querellado no observó un deber de diligencia razonable en la comprobación de la noticia antes de divulgarla pues conforme a lo ya mencionado, no desplegó una mínima actividad investigatoria sobre los hechos que puso en conocimiento de la

opinión pública a fin de obtener un grado razonable de seguridad sobre lo expuesto y comprobar su adecuación a la realidad exigible como condición mínima, en cuanto colisiona con el derecho al honor, a la buena reputación, prestigio y buen nombre de la persona, denotando con ello una manifiesta indiferencia hacia la verdad: por consiguiente; ha quedado acreditada su responsabilidad penal en el delito de difamación agravada. pues si bien, también alegó que actuó amparado en la causa de justificación regulado en el artículo veinte, inciso ocho del Código Penal, –ejercicio legítimo de un derecho–, sin embargo, las informaciones propaladas resultaron ser inconsistentes, conforme se ha descrito precedentemente, por lo que, no es de aplicación dicha causa de justificación, pues sus versiones justificatorias se encuentran exentas de persistencia lógica y verosimilitud, a contrario sensu, coadyuvan a establecer la certeza y veracidad de los hechos imputados y, en tal virtud, es de concluir que entre la actividad probatoria practicada y el relato de los hechos existe un enlace lógico consistente para establecer la culpabilidad del citado Tafur Rivera en los hechos denunciados y desvanecer la presunción de inocencia que le asistía por expresa normatividad constitucional en consecuencia, vistas las circunstancias del delito y la participación que correspondió al encausado en el injusto perpetrado, su conducto reúne los presupuestos contenidos en el artículo ciento treinta y dos del Código Penal, que tipificó el delito de difamación cometido por medio de prensa. **Quinto:** Que, asimismo, debe tenerse en cuenta que la reserva del fallo condenatorio viene a ser una figura que constituye una alternativa a la pena privativa de libertad, siendo aplicable a los agentes que por la modalidad del hecho punible y su personalidad, hicieran prever que esta medida, les impedirá cometer un nuevo delito doloso sujetándose a las reglas de conducta y al régimen de prueba que establezca el juzgador, lo cual le alcanzó al procesado recurrente; que asimismo, respecto o la reparación civil, se debe tener cuenta que en los delitos contra el honor, el daño moral irrogado a la querellante es irreparable, por lo tanto se debe tratar de compensar de alguna manera dicho agravio con la imposición de una reparación civil la misma que ha sido fijado prudencialmente por la Sala Penal Superior, al confirmar la suma impuesta por el Aquo; razón por la cual., los argumentos que se alegan en el escrito de fojas cuatrocientos sesenta y cuatro, devienen inatendibles. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de vista de folios cuatrocientos cincuenta y cuatro, de fecha veinticinco de enero de dos mil siete, que confirmando la sentencia apelado de fojas trescientos ochenta y ocho, su fecha dieciséis de octubre de dos mil seis, reserva el fallo condenatorio al procesado Juan Carlos Tafur Rivera por delito de difamación agravado, en agravio de Nanci Consuelo Sánchez Hidalgo, por el término de un año bajo reglas de conducta que en dicha sentencia se especifican; fija en cincuenta mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor de la querellante Sánchez Hidalgo: con lo demás que contiene y es materia del recurso: y los devolvieran.

SS.
 SIVINA HURTADO
 GONZALES CAMPOS R. Q.
 LECAROS CORNEJO
 VALDEZ ROCA
 MOLINA ORDÓÑEZ

08 Consentimiento de la presunta adolescente agaviada sin violencia elimina configuración del delito de violación sexual

La exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el inciso 3 del artículo 173 del Código Penal, debe ampliarse "(...) a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad (...)"; que, por tanto, de la acusación fiscal no se evidencia que el imputado haya actuado con violencia o en contra de la voluntad de la menor B.C.B.A.; que, en tal sentido, es de concluir que la conducta desplegada por el encausado en este extremo no constituye delito, al haber contado con el consentimiento de la adolescente.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 2624-2012-LIMA**

Limo, ocho de enero de dos mil trece

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior y por la abogada defensora del encausado David Martín Del Águila Gutiérrez contra la sentencia conformada de fojas ochocientos ochenta, de fecha veintiocho de junio de dos mil doce, en el extremo que impuso al citado imputado dieciocho años de pena privativa de libertad, por los delitos contra la Libertad - Sexual - violación sexual de menor de edad en agravio de las menores identificadas con las iniciales B.C.B.A. y D.R.P.A., pornografía infantil y Centra el Patrimonio - chantaje en agravio de las menores identificadas con las iniciales L.L.A., B.C.S.A y D.R.F.A.; interviene como ponente el señor Juez Supremo José Antonio Neyra Flores. **CONSIDERANDO: Primero:** Que el representante del Ministerio Público en su recurso formalizado de fojas ochocientos ochenta y cinco vuelta sostiene que la pena impuesta al encausado Del Águila Gutiérrez no satisface el requerimiento planteado en la acusación al tratarse de una pluralidad de delitos; que el Colegiado Superior debió tomar en cuenta el artículo cincuenta del Código Penal que señala que cuando concurren varios hechos punibles deben sumarse las penas a fin de aplicar hasta un máximo del doble de lo penal del delito más grave; que la responsabilidad penal del encausado se acredita con las versiones brindadas por las menores agraviadas, debidamente corroboradas con los archivos y correos electrónicos obrantes en autos; que el acusado presenta personalidad disocial con tendencia al voyeurismo, es hemofílico, por lo que se colige que es una persona peligrosa para la sociedad. **Segundo:** Que, por su parte, la defensa técnica del sentenciado Del Águila Gutiérrez en su recurso formalizado de fojas ochocientos ochenta y ocho señala que la resolución impugnada es injusta y contraria a los valores que inspiran el ordenamiento jurídico, pues su patrocinado desde su intervención ha reconocido la responsabilidad que le asiste en los hechos incriminados y ha colaborado con la justicia en todo momento; que las pericias psicológicas practicadas a las menores establecieron que tienen tendencia a mentir y que se

encuentran perturbadas sexualmente; que su patrocinado en el juicio oral se acogió a la conclusión anticipada, a efectos que se le reduzca el tiempo de la condena; finalmente, que la sentencia impugnada viola flagrantemente el Principio de proporcionalidad y fines de la pena, consagrados en los artículos VII y IX del Título Preliminar del Código Penal, puesto que el Derecho Penal es sancionador pero no vengativo, por lo que no podría reincorporarse a la sociedad, más aún si la realidad carcelario de nuestro país es sumamente drástica y generadora de perjuicios irreparables en la persona de los condenados a privación de la libertad. **Tercero:** Que el dictamen acusatorio de fojas ochocientos veinticinco sostiene que el procesado David Martín Del Águila Gutiérrez en el mes de setiembre de dos mil seis, en circunstancias que este captó a la menor agraviada identificada con las iniciales L.L.A., de quince años, a través de una cuentas de correo electrónico, pues le había enviado una invitación que le permitió entablar comunicación con ella; que aprovechando la confianza surgida entre ambos le ofreció pagarle entre veinte a cincuenta dólares americanos a cambio que se dejara fotografiar y filmar desnuda, lo que fue aceptado por dicha menor por razones de necesidad económica; que el día treinta y uno de octubre de dos mil seis el mencionado encausado la llevó a un hostel ubicado en el pasaje García Calderón en el Cercado de Lima, donde le indicó que se desnudara mientras le tomaba fotos simulando que le hacía sexo oral, para posteriormente hacerle sufrir el acto sexual, actos que quedaron registrados en las fotos que tomó el encausado y que fueron publicadas en una página de Internet; que al percatarse la aludida agraviada de las publicaciones, le solicitó al encausado que las retirara, sin embargo, este a cambio de ello le exigió que tuvieran relaciones sexuales, por lo que procedió a denunciarlo ante la policía; que, asimismo, en el mes de setiembre de dos mil diez, bajo la misma modalidad, Del Águila Gutiérrez haciéndose pasar mediante el servicio de correo electrónico por una persona de sexo femenino de nombre “Geral Valcárcel” conoció a la menor identificada con las iniciales B.C.B.A., de dieciséis años de edad y le ofreció en forma insistente un trabajo en el que debería dejarse fotografiar por el procesado en ropa interior a cambio del pago de diez dólares y por permitirse grabarse en video la suma de ciento cincuenta nuevos soles; que una vez que aceptó dicha menor se contactó con el encausado vía telefónica a través de un número proporcionado por la supuesta fémica y acordaron encontrarse el día treinta de octubre de dicho año en el jirón Andahuaylas - Lima; que, producido el encuentro, el encausado llevó a la menor a un hostel ubicado en la avenida La Colmena, donde la hizo ingresar con engaños, pues le indicó que allí se tomarían las fotografías; que una vez en el interior le dijo que se desnude y le hizo sufrir el acto sexual, proponiéndole el pago de mil cuatrocientos nuevos soles; que, sin embargo, al salir de dicho establecimiento desapareció con el pretexto de ir a traer el dinero; que luego de un mes y medio el encausado envió un nuevo mensaje a la menor diciéndole que tenía un video pornográfico de ella y que si no hacía lo que quería lo colgaría en una página de Internet; que en el mes de noviembre de dos mil diez el acusado contactó a la agraviada identificada con las iniciales D.R.P.A., de dieciséis años de edad, a través de una invitación a su correo por el messenger, haciéndose pasar también por una persona de sexo femenino y le propuso el pago de dinero a cambio de que acepte posar para fotos y videos pornográficos, situación que esta aceptó, por lo que fue llevada a un hostel ubicado en el jirón Chancay - Lima, donde con engaños e intimidación la filmó mientras realizaban el acto sexual. **Cuarto:** Que al inicio del juicio oral, como se advierte de fojas ochocientos setenta y ocho, se le preguntó al acusado si aceptaba ser autor o partícipe de los delitos materia de la acusación fiscal —siendo estos, los de violación sexual de menor

de edad, pornografía infantil y chantaje–, a lo que Del Águila Gutiérrez manifestó su aceptación; que, posteriormente, preguntado el abogado defensor del conformado, este indicó que se encontraba de acuerdo y solicitó que se tenga en cuenta que su patrocinado aceptó su responsabilidad desde el inicio del proceso y que se encuentra arrepentido, por lo que se le debe imponer una pena por debajo del mínimo legal. **Quinto:** Que para realizar un debido pronunciamiento, debe efectuarse un análisis por separado de los tipos penales materia de impugnación; que, en cuanto al delito de violación sexual que se imputa al encausado Del Águila Gutiérrez contra de la menor de edad identificada con las iniciales B.C.B.A., cabe precisar que de lo expuesto en el dictamen acusatorio de fojas ochocientos veinticinco, así como de las declaraciones prestadas por la citada menor a nivel policial a fojas cuarenta y nueve, y a nivel de la etapa de instrucción, a fojas quinientos, además, del certificado médico legal de fojas doscientos veinticinco, debidamente contrastado con la manifestación policial del procesado de fojas cuarenta tres –quien en presencia del representante del Ministerio Público reconoció haber mantenido relaciones sexuales con la referida menor– no se advierte que haya mediado violencia o amenaza alguna para consumir dicho acto ilícito, por lo que siendo ello así y estando a que la citada menor tenía a la fecha de los hechos dieciséis años edad –conforme a la partida de nacimiento de fojas doscientos cuarenta– debe precisarse lo siguiente: que el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, de fecha cinco de abril de dos mil seis, fue materia de sendos Acuerdos Plenarios que se han realizado a nivel de las Sala Penales de la Corte Suprema; que, así tenemos que con fecha dieciocho de julio de dos mil ocho se dictó el Acuerdo Plenario número cero cuatro - dos mil ocho / CJ - ciento dieciséis, que precisa que el citado dispositivo legal incorpora como nueva modalidad del sub tipo penal agravado, la violación de un menor de edad, cuya edad fluctúa entre catorce y dieciocho años, incluso criminaliza la relación sexual sostenida con un adolescente de esas características que haya prestado su consentimiento; que de acuerdo a esta norma legal el sujeto activo puede ser cualquier persona mayor de dieciocho años de edad y el sujeto pasivo un menor, hombre o mujer, mayor de catorce años, pero menor de dieciocho años; que el inciso diez del artículo veinte del Código Penal establece como una causal de exención de responsabilidad penal, el hecho que el titular del bien jurídico protegido de libre disposición, en este caso el sujeto pasivo, haya prestado su consentimiento para la afectación del bien; que, en consecuencia, es menester analizar si la libertad sexual o, en su caso, la indemnidad sexual son bienes jurídicos de libre disposición y si un menor cuya edad está entre los catorce y dieciocho años tiene capacidad jurídica para disponer de dicho bien; que, al respecto, debe entenderse como libertad sexual, la capacidad legalmente reconocida que tiene una persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, y como indemnidad sexual la preservación de la sexualidad de una persona cuando no está en condiciones de decidir sobre su actividad sexual; que bajo estas premisas es de rigor verificar si las normas legales vigentes en nuestro país establecen desde qué edad una persona tiene libertad para disponer de su sexualidad y, por consiguiente, hasta cuándo el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual; que el Código Civil aparentemente determina ese punto cuando señala en sus artículos cuarenta y cuatro, cuarenta y seis y doscientos cuarenta y uno que es incapaz relativo el mayor de dieciséis y menor de dieciocho años de edad y que el mismo puede contraer matrimonio, lo que implica obviamente que puede disponer de su sexualidad; que dichos dispositivos parecen zanjar la cuestión, sin

embargo, existen otras normas que se refieren al tema y que hacen variar el enfoque del problema; que, en efecto, el artículo ciento setenta y cinco del Código Penal, que describe el tipo penal de seducción, sanciona al que mantiene relaciones sexuales con un menor de edad mayor de catorce años, viciando su voluntad por medio del engaño, lo que trae como inevitable conclusión que, según este artículo, el menor tiene libertad para disponer de su sexualidad, pero que dicha libertad ha sido afectada al obtener su consentimiento mediante un medio ilícito (engaño); que, por otro lado, el artículo ciento setenta y seis - A del mismo Código, que tipifica el delito de atentado al pudor de menores, solo sanciona los tocamientos impúdicos realizados a menores de catorce años, comprendiendo los realizados a los mayores de esa edad, siempre que el sujeto activo ejerza violencia o grave amenaza, lo que hace concluir que los mayores de catorce años en ejercicio de su libertad sexual pueden consentir sin que sea criminalizado que se les haga tocamientos, lo que importa una causa genérica de atipicidad. **Sexto:** Que, tal como se ha descrito, existe contradicción entre las disposiciones del Código Civil con las del Código Penal, por lo que debe aplicarse la Ley más favorable al reo, en atención a lo dispuesto en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política; que el Acuerdo Plenario precedentemente señala que: “(...) la exención de responsabilidad penal por consentimiento del titular del bien jurídico afectado, aplicable al delito de violación sexual a que se refiere el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, debe ampliarse (...) a toda relación sexual voluntaria mantenida con adolescentes de catorce a dieciocho años de edad (...)”; que, por tanto, de la acusación fiscal no se evidencia que el imputado haya actuado con violencia o en contra de la voluntad de la menor B.C.B.A.; que, en tal sentido, es de concluir que la conducta desplegada por el encausado en este extremo no constituye delito, al haber contado con el consentimiento de la adolescente identificada con las iniciales B.C.B.A., cuya edad al momento de los hechos era de dieciséis años de edad; que es de aplicación el Acuerdo Plenario número cero cuatro - dos mil ocho / CJ - ciento dieciséis, por lo que, en función a lo regulado en el inciso diez del artículo veinte del Código Penal, debe declararse la absolucón en este extremo del citado encausado, tanto más si el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema número cinco - dos mil ocho / CJ - ciento dieciséis, de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho, referido a los efectos vinculantes de la conformidad, establece que: “(...) respetando los hechos el Tribunal está autorizado a variar la configuración jurídica de los hechos objeto de acusación, es decir, modificar cualquier aspecto jurídico de los mismos dentro de los límites del principio acusatorio y con pleno respeto del principio de contradicción. Por tanto la Sala sentenciadora puede concluir que el hecho conformado es atípico o que siempre según los hechos expuestos por la Fiscalía y aceptados por el acusado y su defensa concurre una circunstancia de exención completa o incompleta o modificativa de la responsabilidad penal y, en consecuencia, 7 dictar la sentencia que corresponda (...)”. **Séptimo:** Que, a diferencia de lo ocurrido con la menor identificada con las iniciales B.C.B.A., se advierte de autos que para el delito de violación sexual cometido por el encausado Del Águila Gutiérrez en agravio de la menor identificada con las iniciales D.R.P.A. medio grave amenaza; esta al declarar tanto a nivel policial a fojas cincuenta y cuatro, como en su referencia de fojas seiscientos veintiuno, expresó que el encausado una vez que ingresaron al cuarto del hostel cerró la puerta con llave, la arrojó a la cama y le dijo: “(...) que no pusiera resistencia, que era mejor para ella (...)”, por lo que no existió consentimiento; que su bien el Colegiado Superior en este extremo estimó que el delito materia de condena se encuentra tipificado en el inciso tres, del artículo ciento que setenta y tres del

Código Penal –modificada por la Ley veintiocho mil setecientos cuatro–, empero atento a que la imputación fiscal contra el encausado Del Águila Gutiérrez consiste en haber hecho sufrir el acto sexual mediando amenaza a la citada menor en el mes de noviembre de dos mil diez, cuando esta contaba con más de catorce años –exactamente, dieciséis años y cinco meses de edad–, conforme se aprecia de su partida de nacimiento de fojas doscientos cuarenta, es del caso puntualizar que el dispositivo legal precitado resulta contradictorio con las disposiciones del Código Civil y entre las normas que configuran el propio Código Penal que integran el denominado Derecho Penal Sexual Nacional, conforme a un razonamiento análogo de los fundamentos jurídicos del Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil ocho / CJ- ciento dieciséis, de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho, emitido por las Salas Penales Permanente y Transitorias y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, que establece que el Estado tiene el deber de criminalizar conductas asociadas a la vulneración de la indemnidad sexual –que en el caso peruano acontece cuando el sujeto pasivo del delito cuenta con menos de catorce años de edad– y que los mayores a dicha edad cuentan con la capacidad jurídica para disponer del bien jurídico –libertad sexual–; que siendo ello así, en atención a lo dispuesto en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, es aplicable a la conducta imputada al encausado el primer párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal vigente (por serle más favorable); que para fijar el *quantum* de la pena los márgenes punitivos de este tipo penal, por lo que, resulta necesario desvincularse de la acusación fiscal en dicho sentido, conforme a lo dispuesto en el artículo doscientos ochenta y cinco - A del Código de Procedimientos Penales, más aún si de lo expuesto se tiene que con fecha veinticinco de julio de dos mil doce se publicó en el diario oficial *El Peruano* como resultado del I Pleno Jurisdiccional Extraordinario de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, el Acuerdo Plenario número cero uno - dos mil doce / CJ - ciento dieciséis, en cuyo fundamento número quince se estableció lo siguiente: “(...) La aparente colisión normativa coloca de un lado el inciso tercero del artículo ciento setenta y tres y el artículo ciento setenta del Código Penal (...) Como se ha indicado, todo el artículo ciento setenta y tres del Código Penal tiene como sustento esencial la indemnidad sexual de los menores, como ánima esencial de todos los componentes del tipo (bien jurídico penal específicamente protegido, diferente al de la libertad sexual). La inclusión de la escala etérea del tramo catorce - dieciocho años tuvo como finalidad la de eliminar la posibilidad del consentimiento en cuestiones de índole sexual en las personas de aquellas edades; por tanto, en ninguno de los supuestos del artículo ciento setenta y tres del Código Penal se halla previsto el comportamiento violento de ninguna clase (...) De ello se deriva que, - como consecuencia del Acuerdo Plenario número cero cuatro-dos mil ocho - CJ - ciento dieciséis, la construcción normativa del inciso tres del artículo ciento setenta y tres resulta describiendo una conducta extraña al bien jurídico particularmente tutelado por el referido dispositivo, impertinente a su núcleo esencial o fundamental (...) No obstante, es indudable que la conducta de acometimiento sexual abusivo o violento en agravio de personas mayores de catorce y menores de dieciocho años de edad, es delictiva; ha quedado destipificada, sino que se ubica dentro del marco de las previsiones del primer o segundo párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal según el caso, o del artículo ciento setenta y uno o ciento setenta y dos según la presencia de circunstancias que le den gravedad (...) Lo que existe es una norma que ha quedado vacía de contenido sustancial (inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal), y una norma base en cuyo tipo y bien jurídico encaja con

comodidad el supuesto de hecho indicado en el artículo ciento setenta del Código Penal, disposición que el legislador podría, en ejercicio racional de sus potestades constitucionales, perfeccionar (...); que, finalmente en su fundamento número diecisiete, concluyó: “(...) No se ha de forzar el alcance del bien jurídico correspondiente a la conducta de abuso sexual en agravio de personas cuya disponibilidad de su libertad sexual se ha reconocido, por lo que en tanto no rectifique el Parlamento Nacional lo que se halla desarreglado, de todo lo precedentemente analizado se concluye que la ley válida a ser judicialmente aplicada en casos de abuso sexual de mayores de catorce y menores de dieciocho años, es el artículo ciento setenta del Código Penal (entendido como tipo penal y el bien jurídico que le es propio) (...)”. **Octavo:** Que, respecto a los delitos de pornografía infantil y chantaje cometidos en agravio de las menores identificadas con las iniciales L.L.A., B.C.B.A. y D.R.P.A., la aceptación de los cargos efectuado por parte del encausado y el consentimiento de su abogado defensor cumple con lo preceptuado por el Acuerdo Plenario número cinco - dos mil ocho / CJ - ciento dieciséis, de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho, que señala “(...) El aspecto sustancial de la institución de la conformidad, tal como está regulado en la Ley, estriba en el reconocimiento, aunque con características singulares, del principio de adhesión en el proceso penal. La conformidad tiene por objeto la pronta culminación del proceso –en concreto del juicio oral– a través de un acto unilateral del imputado y su defensa (...)”; que, en tal sentido, la aceptación efectuada respecto a los cargos por los precitados delitos se hizo libremente y en virtud al conocimiento de la imputación concreta que recaía contra el encausado, por lo que resulta arreglado a ley la declaración de condena expedida por el Colegiado Superior en dichos extremos, más aún si en autos existe material de prueba de cargo idóneo al respecto. **Noveno:** Que como la impugnación formulada por la abogada defensora del procesado Del Águila Gutiérrez y el Fiscal Superior está vinculada estrictamente a la pena impuesta, el presente pronunciamiento se efectuará solo respecto a los extremos condenatorios referidos a los delitos de pornografía infantil y chantaje acaecidos en contra de las menores identificadas con las iniciales L.L.A., B.C.B.A. y D.R.P.A., así como al delito de violación sexual cometido en agravio de la última de las citadas agraviada. **Décimo:** Que para la dosificación punitiva es de tener presente que el legislador ha establecido las clases de pena y el *quantum* de estas, por consiguiente, se han fijado los criterios necesarios para que se pueda individualizar judicialmente la pena y concretarla, que dentro de este contexto debe observarse el principio de proporcionalidad que conduce a valorar el perjuicio y la trascendencia de la acción desarrollada por el agente culpable bajo el criterio de la individualización, cuantificando la gravedad del delito y su modo de ejecución, el peligro ocasionado y la personalidad o capacidad del presunto delincuente –conforme al artículo cuarenta y seis del Código Penal–; que los delitos en agravio de las mencionadas menores se cometieron a partir del mes de octubre de dos mil seis, encontrándose vigente el artículo cincuenta del Código Penal que regula la figura jurídica del concurso real de delitos, que establece: “(...) Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de treinta y cinco años (...)”; que como los delitos materia del pronunciamiento condenatorio son los de pornografía infantil –sancionado en el primer párrafo del artículo ciento ochenta y tres A con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años–, chantaje –sancionado en el artículo doscientos uno del Código Penal con pena privativa de libertad no

menor de tres ni mayor de seis años–, y violación sexual –sancionado en el primer párrafo del artículo ciento setenta del Código penal con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años–, la pena máxima a imponérsele a Del Águila Gutiérrez de acuerdo a la norma en mención es la de dieciséis años –que vendría a ser el doble de la pena del delito más grave–. **Undécimo:** Que la pena privativa de libertad de dieciséis años es la pena concreta aplicable al presente caso; que en aplicación de los alcances del Acuerdo Plenario número cinco - dos mil ocho / CJ - ciento dieciséis –citado anteladamente–, que establece que en los casos como en el que es materia de análisis es viable rebajar un sétimo o menos de la pena concreta; que, en consecuencia, la pena al encausado Del Águila Gutiérrez es de quince años de privación de la libertad. Por estos fundamentos; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia conformada de fojas ochocientos ochenta, del veintiocho de agosto de dos mil doce, en cuanto condenó a David Martín Del Águila Gutiérrez por el delito contra la Libertad - violación sexual - desvinculándose este Supremo Tribunal de los términos de la acusación fiscal de fojas ochocientos veinticinco, que tipificó en este extremo los hechos denunciados en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil setecientos cuatro, al primer párrafo del artículo ciento setenta del mencionado Cuerpo legal –en agravio de la menor identificada con las iniciales D.R.P.A.; declararon HABER NULIDAD en la citada sentencia conformada en la parte que condenó a David Martín del Águila Gutiérrez por el delito contra la Libertad– violación sexual de menor de edad, previsto en el inciso tres del artículo ciento setenta y tres del Código Penal, en agravio de la menor identificada con las iniciales B.C.B.A. y le impuso al sentenciado David Martín Del Águila Gutiérrez dieciocho años de pena privativa de libertad por los delitos contra la Libertad Sexual - violación sexual de menor de edad en agravio de las menores identificadas con las iniciales B.C.B.A. y D.R.P.A. y pornografía infantil y contra el Patrimonio - chantaje en agravio de las menores identificadas con las iniciales L.L.A., B.C.B.A y D.R.P.A.; reformándola: i) ABSOLVIERON al citado Del Águila Gutiérrez de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la Libertad sexual - violación sexual, en agravio de la menor identificada con las iniciales B.C.B.A.; DISPUSIERON el archivo definitivo de lo actuado y la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que se hubieran generado en contra del precitado en este extremo; y ii) IMPUSIERON a Del Águila Gutiérrez quince años de pena privativa de libertad –debiendo entenderse que corresponde solo a los delitos de violación sexual (primer párrafo del artículo ciento setenta del Código Penal), en agravio de la menor identificada con B.C.B.A., pornografía infantil y chantaje, en agravio de las menores identificadas con las iniciales L.L.A., B.C.B.A. y D.R.P.A.–, la misma que con el descuento de la carcelería que viene sufriendo desde el tres de marzo de dos mil once, vencerá el dos de marzo de dos mil veintiséis; con lo demás que al respecto contiene; y los devolvieron.

SS.
 SAN MARTÍN CASTRO
 LECAROS CORNEJO
 PRADO SALDARRIAGA
 RODRÍGUEZ TINEO
 NEYRA FLORES

09 La anomalía psíquica no le permite al sujeto activo comprender la antijuridicidad de su conducta

El retardo mental moderado “no permite formarse juicios de la realidad para distinguir lo bueno de lo malo, lo legal de lo ilegal, etc.” y limita severamente su capacidad de obrar o actuar o conducirse, siendo fácilmente manipulable, apreciándose una patología cerebral irreversible según han precisado los peritos; no ameritando su caso la aplicación de una medida de seguridad, pues dada la naturaleza de los delitos que se le incrimina y su personalidad no puede deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que releve una elevada probabilidad de comisión de nuevos ilícitos.

REVISIÓN 15-2004-HUANCAYO

Lima, veinticinco de enero dos mil cinco

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Robinson Octavio Gonzales Campos; de conformidad con el Señor Fiscal Supremo; y **CONSIDERANDO**: además **Primero**: Que en atención al Decreto Legislativo número novecientos veintitrés, de fecha veinte de febrero del dos mil tres, que dispone que “las resoluciones que pongan fin a la instancia serán elevadas en consulta al Órgano Jurisdiccional Superior en grado cuando sean desfavorables al Estado (...)” siendo esto así los autos se han elevado en consulta, en cuanto al auto que declara no haber mérito a pasar a juicio oral. **Segundo**: Que de la revisión de los autos se aprecia en el desarrollo del juicio oral, ante el pedido de la defensa ordenó una pericia psicológica de fojas ciento cuarenta y ocho, y ciento cincuentiocho, luego se hizo una evaluación psiquiátrica por parte de los peritos de la especialidad, quienes emitieron el dictamen de fojas ciento sesenta, debidamente ratificado en audiencia a fojas ciento sesenta y ocho, en el que se concluye: retardo mental moderado, el cual “no permite formarse juicios de la realidad para distinguir lo bueno de lo malo, lo legal de lo ilegal, etc.” y limita severamente su capacidad de obrar o actuar o conducirse, siendo fácilmente manipulable, apreciándose una patología cerebral irreversible según han precisado los peritos a fojas ciento sesenta y ocho; no ameritando su caso la aplicación de una medida de seguridad, pues dada la naturaleza de los delitos que se le incrimina y su personalidad no puede deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que releve una elevada probabilidad de comisión de nuevos ilícitos; en consecuencia: **APROBARON** la resolución **CONSULTADA** obrante a fojas ciento ochentiocho, su fecha cuatro de diciembre del dos mil tres, que declara **EXENTO DE PENA** al acusado **NOÉ ROMERO CHÁVEZ** por la comisión de los delitos de terrorismo y tenencia ilegal de arma de fuego, en agravio del Estado, **DESAPROBARON** el extremo de la indicada resolución en cuanto ordena se remitan copias pertinentes al Despacho del

Fiscal Provincial en lo Penal de la Merced - Chanchamayo, para el inicio del procedimiento de interdicción y nombramiento de curador, debiendo tenerse que dichas copias deben ser cursadas al Fiscal Provincial de Familia, reservaron el juzgamiento del ausente Percy Hoover de la Cruz Luyo, debiendo reiterarse las respectivas órdenes para su ubicación y captura, precisándose sus características físicas, con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS.
GONZALES CAMPOS R.O
BALCAZAR ZELADA
BARRIENTOS PENA
VEGA VEGA
PRÍNCIPE TRUJILLO

10 Traslado a un centro de internación del inimputable por anomalía psíquica no vulnera derecho a la libertad personal

Al haberse dispuesto el traslado del demandante al hospital Víctor Larco Herrera, la medida de internación impuesta se ha adoptado en función de los parámetros constitucionales y legales previstos en nuestro ordenamiento, pues está probado que el accionante ha cometido un delito. Que del hecho y de la personalidad del demandante se deduce la elevada probabilidad de que vuelva a cometer nuevos delitos, y que el tiempo de internación es proporcional a la pena que se le hubiera impuesto; por lo que, en este extremo, no se ha vulnerado el derecho a la libertad personal.

EXP. N° 8815-2005-PHC/TC-LIMA

FRANCISCO MALLMA TINCO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de enero de 2006, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los señores magistrados García Toma, Alva Orlandini y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia.

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Francisco Mallma Tinco contra la resolución de la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 132, su fecha 26 de julio de 2005, que declara improcedente la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 3 de junio de 2005, el recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra la Sala Nacional de Terrorismo y el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) adscrito al Establecimiento Penitenciario Miguel Castro Castro, solicitando su inmediata excarcelación. Manifiesta que se han violado sus derechos fundamentales a la libertad y la seguridad personales. Aduce el demandante que, mediante sentencia de fecha 21 de febrero de 2005, fue absuelto y declarado inimputable; que no obstante, en la misma se le impuso, como medida de seguridad, la medida de internación no mayor de diez (10) años en un centro psiquiátrico especializado a partir de su traslado a dicho centro. Argumenta, además, estar detenido desde el 3 de octubre de 1993, que en consecuencia, lo dispuesto en la sentencia anteriormente mencionada conlleva una inconstitucional duplicidad de sanciones, con lo cual sufrirá una pena privativa de la libertad de 22 años.

2. Investigación sumaria de hábeas corpus

Con fecha 3 de junio de 2005, la titular del Octogésimo Primero Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima ordena la investigación sumaria de hábeas corpus. El 6 de junio de 2005 se recibe la declaración del demandante, quien manifiesta haber interpuesto demanda porque no recibe un tratamiento médico adecuado para su enfermedad (esquizofrenia paranoide), y que por tal motivo solicita ser excarcelado. En la misma fecha se recibe la declaración del Presidente de la Sala Nacional de Terrorismo, quien, al igual que los demás vocales de la Sala niega haber realizado algún acto que suponga la vulneración de los derechos del demandante. Por otro lado, el 16 de junio de 2005, el Director del Establecimiento Penitenciario Miguel Castro Castro da su declaración, negando también haber violado los derechos del demandante.

3. Resolución de primera instancia

Con fecha 22 de junio de 2005, el titular del Octogésimo Primero Juzgado Especializado en lo Penal de Lima declara infundada la demanda argumentando que, en la sentencia que cuestiona el demandante, no se le ha impuesto pena privativa de la libertad, sino una medida de seguridad, lo que resulta incompatible con la carcerería sufrida; agregando que ello no puede ser computado como parte del tratamiento médico ordenado en la sentencia de la Sala Penal; y que, consecuentemente, no se ha acreditado la alegada vulneración de sus derechos fundamentales.

4. Resolución de segunda instancia

Con fecha 26 de julio de 2005, la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos en Cárcel declara improcedente la demanda considerando que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno del demandante.

III. FUNDAMENTOS

Precisión de la cuestión controvertida

1. En primer término, este Tribunal estima pertinente precisar el objeto de la controversia. De la demanda de hábeas corpus se desprende que lo que el

accionante realmente solicita es que el tiempo que ha permanecido detenido se considere en el cómputo de la medida de internación no mayor de diez años que se le ha impuesto; y que, luego de ello, se ordene su inmediata libertad, por ser arbitraria su detención.

La medida de internación y el derecho fundamental a la libertad personal

2. El derecho fundamental a la libertad personal tiene un doble carácter. Es un derecho subjetivo, pero también una institución objetiva valorativa. Como derecho fundamental (artículo 2, inciso 24, de la Constitución), garantiza que no se afecte indebidamente la libertad física de las personas; esto es, su libertad locomotora, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias. Como derecho objetivo, es uno de los valores fundamentales de nuestro Estado social y democrático de Derecho, por cuanto informa nuestro sistema democrático y el ejercicio de los demás derechos fundamentales, a la vez que justifica la propia organización constitucional.
3. Este derecho garantiza cualquier supuesto de privación o restricción de la libertad locomotora, independientemente de su origen y de la autoridad o persona que la haya ordenado, según lo señalan el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En sede judicial, el derecho a la libertad física garantiza que esta no sea restringida en forma arbitraria, como puede ocurrir en el caso de las denominadas “detenciones judiciales preventivas”, de una condena emanada de una sentencia expedida con violación del debido proceso, o de la ilegal imposición de medidas de seguridad que se derivan de una resolución judicial.

4. Sin embargo, el derecho fundamental a la libertad personal no es un derecho absoluto, sino relativo, según este Tribunal lo ha sostenido reiterada jurisprudencia (cf. STC Exp. N° 2516-2005-HC/TC). Y es que, por previsión constitucional, está sometido a ciertos límites, como, por ejemplo, los previstos en el artículo 2, inciso 24, literal f, de la Constitución. En estos casos, la libertad personal puede verse legítimamente restringida. Por ello, no toda privación o restricción del derecho a la libertad es inconstitucional. Ahora bien, es evidente que la aplicación de la medida de internación constituye una restricción del derecho fundamental a la libertad personal. Sin embargo, para que el ingreso de una persona, por orden judicial, en un centro de internamiento sea constitucionalmente legítimo es necesario que se realice en los casos y supuestos previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

Las medidas de seguridad: naturaleza, objeto y límites

5. En nuestro ordenamiento, las penas tienen una naturaleza muy distinta con respecto a las medidas de seguridad. Así, mientras que la pena constituye la sanción tradicional que caracteriza al Derecho Penal y es un mal con el que este amenaza en el caso de que se realice un acto considerado como delito; las medidas de seguridad “no suponen la amenaza de un mal en el caso de que

se cometa un delito. Las medidas de seguridad “no suponen la amenaza de un mal en el caso de que se cometa un delito, sino un tratamiento dirigido a evitar que un sujeto peligroso llegue a cometerlo. Mientras que la pena se inflige por un delito cometido, la medida de seguridad se impone como medio de evitarlo”⁽⁵¹⁾. No obstante, desde la perspectiva del Derecho Constitucional, la medida de internación no solo se justifica porque persigue evitar la comisión de futuros delitos, sino también porque su finalidad es la recuperación de la persona. Y no puede ser de otro modo, pues nuestra Constitución (artículo 1) establece que la persona y la protección de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, condición que no se pierde por el hecho de haber sido condenado o, como en el presente caso, por haber sido sometido a una medida de seguridad.

6. Por consiguiente, es una exigencia constitucional que, a fin de que dicha medida cumpla su finalidad, la persona sea internada en un centro especializado que cuente con la adecuada atención profesional. Sin embargo, las medidas de seguridad –internación y tratamiento ambulatorio– no pueden ser impuestas por el juez penal con absoluta y entera discrecionalidad; antes bien, para que una medida de seguridad sea constitucionalmente legítima, esta debe dictarse dentro de los límites que la ley prevé y en estricta observancia del principio de proporcionalidad. Por ello, de acuerdo con nuestro ordenamiento (artículo 72 del Código Penal) deben concurrir, en el dictado de las medidas de seguridad, las siguientes circunstancias: a) que el agente haya realizado un acto previsto como delito, y b) que del hecho y de la personalidad del agente puede deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele una elevada probabilidad de comisión de nuevos delitos. Pero también las medidas de seguridad están sujetas, como ya se ha señalado, a la observancia del principio de proporcionalidad; en consecuencia, tales medidas “deben ser proporcionales a la peligrosidad delictual del agente, la gravedad del hecho cometido y los que probablemente cometiera si no fuese tratado” (artículo 73 del Código Penal).
7. Dado que la medida de internación consiste en el ingreso y tratamiento del inimputable en un centro hospitalario u otro establecimiento adecuado, con fines terapéuticos o de custodia, tal ingreso no puede ser por un tiempo indefinido sino limitado, motivo por el cual se ha previsto que “la duración de la medida de internación no podrá exceder el tiempo de duración de la pena privativa de libertad que hubiera correspondido aplicarse por el delito cometido” (artículo 75 del Código Penal). Por otro lado, la imposición de la medida de internación comporta una facultad para el juez que la dictó y un deber para la autoridad del centro en el cual se encuentra internada la persona. El juez penal puede solicitar, cada seis meses, a la autoridad del centro de internación un peritaje a fin de conocer si las causas que dieron

(51) MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7ª edición, B. de F. Ltda., Buenos Aires, 2004, p. 53.

lugar al dictado de la medida de internación han desaparecido. Sin perjuicio de ello, la autoridad del centro de internación está obligada a remitir dicho peritaje, al margen de que el Juez la solicite o no (artículo 75 del Código Penal).

Análisis del caso concreto

8. El demandante afirma que, al estar detenido desde el 3 de octubre de 1993, la privación de su libertad es arbitraria, pues a la fecha ya son 11 años y 8 meses que se encuentra detenido; y que al imponérsele la medida de seguridad por internación no mayor de diez años, a partir de su traslado a un centro especializado, se está duplicando la sanción penal, toda vez que al sumar el tiempo que está detenido a los diez años de medida de internación, sufrirá una pena privativa de la libertad de 22 años, lo que es totalmente absurdo y constituye un abuso de autoridad por parte del órgano jurisdiccional.
9. A fojas 8 de autos, obra la sentencia de la Sala Penal Nacional, de fecha 21 de febrero de 2005, mediante la cual “se establece que el encausado ha cometido un hecho punible antijurídico pero no culpable, pues su enfermedad o anomalía psíquica afecta su culpabilidad; por lo que dicha conclusión nos lleva a fundamentar la tesis de la inimputabilidad de dicho procesado, por lo que se le exime de responsabilidad penal en los hechos que se le atribuyen y se le deberá imponer una medida de seguridad de internación”. Del mismo modo, se dispuso que “habiéndose establecido que el procesado es inimputable; que el hecho punible antijurídico cometido es grave, y que, por la enfermedad del acusado, puede ser influenciado a cometer delitos considerablemente graves como el de terrorismo, cabe imponer la medida de seguridad de internación no mayor de diez años (...)”.
10. Se desprende de autos, por tanto, que en el presente caso, al haberse dispuesto, con fecha 9 de setiembre de 2005, el traslado del demandante al hospital Víctor Larco Herrera, la medida de internación impuesta se ha adoptado en función de los parámetros constitucionales y legales previstos en nuestro ordenamiento, pues está probado que el accionante ha cometido un delito; que del hecho y de la personalidad del demandante se deduce la elevada probabilidad de que vuelva a cometer nuevos delitos, y que el tiempo de internación es proporcional a la pena que se le hubiera impuesto; por lo que, en este extremo, no se ha vulnerado el derecho a la libertad personal.
11. Finalmente, como se mencionó al inicio de los fundamentos, el demandante solicita que el tiempo que permaneció detenido se sume al de internación. Al respecto, cabe señalar que el Código Penal prevé que “cuando se necesite aplicar una medida de internación a un imputable relativo, o a un toxicómano o alcohólico imputable, el Juez dispondrá que ella tenga lugar antes de la pena. El periodo de internación se computará como tiempo de cumplimiento de la pena, sin perjuicio de que el Juez pueda dar por extinguida la condena

o reducir su duración atendiendo al éxito del tratamiento”. Sin embargo, en el caso concreto, no se configura este supuesto, pues el demandante ha sido declarado inimputable y no se le ha impuesto pena alguna, por lo que tampoco en este extremo se ha vulnerado derecho fundamental alguno.

IV. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú.

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA

ALVA ORLANDINI

LANDA ARROYO

11 Para que la embriaguez pueda dar lugar a una grave alteración de la conciencia debe producir en el sujeto una plena exclusión de la imputabilidad

Para que la embriaguez pueda dar lugar a una grave alteración de la conciencia, con eficacia eximente, debe producir en el sujeto una plena exclusión de la imputabilidad, exigiéndose en cuanto a su origen que sea fortuita, en cuanto al grado que sea plena, y en cuanto al efecto sobre la conciencia que sea total.

R.N. N° 1360-2003-CUSCO

SALA PENAL

Lima, primero de setiembre de dos mil tres

VISTO el recurso de nulidad interpuesto por el procesado Feliciano Benito Saire, contra la sentencia condenatoria de fojas quinientos siete; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo; por los propios fundamentos de la recurrida; y **CONSIDERANDO** además: **Primero:** Que por el mérito de las pruebas actuadas durante el proceso, tal como han sido expuestas y analizadas en la resolución materia de vista, ha quedado plenamente acreditada tanto la comisión de los delitos, como la responsabilidad penal del acusado Feliciano Benito Saire, quien desde la etapa preliminar ha aceptado haber asesinado al agraviado Grimaniel Huamán Huamán por venganza personal y de haber sustraído la suma de un mil nuevos soles por carecer de medios económicos; por lo que se encuentra en calidad de confeso. **Segundo:** Que

los agravios que expresa este procesado, al fundamentar su recurso de nulidad, alegando que mató al agraviado en forma circunstancial y en defensa personal al ser descubierto por este en el local donde se introdujo con el fin de comer y dormir, no se ajusta a la realidad de los hechos acreditados, deduciéndose que lo hace solo con la única finalidad de atenuar su responsabilidad. **Tercero:** Que no resulta pertinente invocar el estado de ebriedad en la que se encontraba el acusado al momento de cometer el delito, por cuanto para que la embriaguez pueda dar lugar a una grave alteración de la conciencia, con eficacia eximente, debe producir en el sujeto una plena exclusión de la imputabilidad, exigiéndose en cuanto a su origen que sea fortuita, en cuanto al grado que sea plena, y en cuanto al efecto sobre la conciencia que sea total, circunstancias que no concurren en el caso de autos, pues si bien el acusado alega haberse encontrado en estado de relativa ebriedad, de ser cierta ésta no le habrían alterado la conciencia, pues luego de atacar a su víctima, procedió a huir de la escena del crimen como reacción natural de quien está totalmente consciente del carácter delictivo de su conducta, más aún si procedió a violentar las gavetas donde el agraviado guardaba el dinero producto de su negocio; por lo que la sentencia venida en agrado se encuentra dictada con arreglo a ley. **Cuarto:** Que la reparación civil fijada por el Superior Colegiado guarda proporción con la magnitud del daño ocasionado, teniendo en cuenta que la vida humana resulta invalorable, y tiene una ubicación prevaleciente entre los bienes jurídicos que protege nuestro ordenamiento legal; en consecuencia: Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas quinientos siete, su fecha siete de febrero de dos mil tres, que condena a FELICIANO BENITO SAIRE como autor de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud –homicidio calificado– y contra el patrimonio –robo agravado– en perjuicio de Grimaniel Huamán Huamán, a veintidós años de pena privativa de la libertad; fija el monto de la reparación civil en cuarenta mil nuevos soles, que deberá pagar el sentenciado a favor de los herederos legales del agraviado; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

12 **No se acredita grave alteración de la conciencia por supuesto consumo de licor**

En cuanto al argumento del acusado, en el sentido de que actuó bajo la influencia del alcohol que consumió el día de los hechos, es de precisar que de autos no se encuentra acreditado que el acusado libó licor aquel día; que, en consecuencia, no concurre la exigente de del grave alteración de la conciencia prevista en el artículo veinte, inciso uno del Código Penal.

**RECURSO DE NULIDAD N° 2784-2005-AYACUCHO
SALA PENAL PERMANENTE**

Lima, tres de octubre de dos mil cinco

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Nilton Medina Vargas contra la sentencia condenatoria de fojas cuatrocientos ochenta y ocho, su fecha veintisiete de junio de dos mil cinco; por sus fundamentos; y **CONSIDERANDO** además: **Primero:** Que el acusado Medina Vargas en su recurso formalizado de fojas quinientos diez cuestiona la pena impuesta y refiere que la Sala Superior no ha tenido en cuenta su confesión sincera, además de ser semianalfabeto y de fácil rehabilitación; agrega que el día del evento se encontró en estado de ebriedad, por lo que debe aplicarse los alcances del numeral uno del artículo veinte del Código Penal. **Segundo:** Que si bien el acusado Medina Vargas reconoce en parte la comisión del delito – ver instructiva de fojas cuarenta y en las actas de juicio oral–, para los efectos de la individualización judicial de la pena se tiene en cuenta que se trata de una violación sexual a unas menores de doce y once años de edad conforme se acredita con los certificados médicos legales de fojas cincuenta y dos, ochenta y ochenta y uno y las partidas de nacimiento de fojas noventa y ocho, ciento veintisiete y doscientos cincuenta y seis, quien abusó de su superioridad física con respecto a la menores para cometer el ilícito penal. **Tercero:** Que, ahora bien, en cuanto al argumento del acusado, en el sentido que actuó bajo la influencia del alcohol que consumió el día de los hechos, es de precisar que de autos no se encuentra acreditado que el acusado libó licor aquel día; que, en consecuencia, el consumo de licor que alegó determina un supuesto de grave alteración de la conciencia al punto de afectar gravemente su concepto de la realidad restándole la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esa compresión; que, en tal virtud, no concurre la exigente prevista en el artículo veinte, inciso uno, del Código Penal. **Cuarto:** Que en estas circunstancias la pena impuesta de dieciocho años de privación de libertad, incluso por debajo del mínimo legal, no resulta proporcional al contenido del injusto y de culpabilidad dada a la gravedad de los hechos, pero que pese a lo expuesto no es posible revisar el cuántum de la pena bajo esa óptica porque el recurso solo proviene por

el imputado. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cuatrocientos ochenta y ocho, su fecha veintisiete de junio de dos mil cinco, que condena a Nilton Medina Vargas como autor del delito contra la libertad sexual - violación sexual de menor en agravio de menores de cuyas identidades se guardan en reserva, a dieciocho años de pena privativa de libertad, con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS.
SIVINA HURTADO
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ

13 Ingesta de licor no produce necesariamente una grave alteración de la conciencia

El agente alega que no se tomó en cuenta que obró en avanzado estado de embriaguez, lo que importó un supuesto de ausencia de acción o de inculpabilidad; sin embargo, la sentencia cuestionada estimó que si bien aquel ingirió licor antes de perpetrar el delito, no estuvo incurso en ninguna causal de inculpabilidad (como es la grave alteración de la consciencia), con lo que además implícitamente descartó la causal de estado de inconsciencia, que comporta la ausencia total de voluntad del agente.

QUEJA N° 558-2007-HUANCAVELICA SALA PENAL PERMANENTE

Lima, veinticuatro de septiembre de dos mil siete

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Pedro Guillermo Urbina Ganvini; el recurso de queja excepcional interpuesto por el encausado Ciro Giovanni Yarupaitan Vergara contra el auto de fojas sesenta y cuatro, del nueve de marzo de dos mil siete, que declaró improcedente el recurso de nulidad que promovió contra la sentencia de vista de fojas cincuenta y cinco, del treinta y uno de enero de dos mil siete, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas veintitrés, del trece de noviembre de dos mil seis, lo condenó como autor del delito de lesiones leves en agravio de Eduardo Javier Yalle Calderón a dos años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente y ciento cincuenta días multa, así como fijó en mil nuevos soles el monto de la reparación civil; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el encausado Ciro

Giovanni Yarupaitan Vergara en su recurso de queja excepcional de fojas ochenta y ocho alega que se vulneró la garantía del debido proceso pues la resolución de fojas veintitrés, del trece de noviembre de dos mil seis, es una reproducción de la resolución de fojas tres, del cinco de septiembre de dos mil cinco, que fue anulada por la resolución de fojas doce, del veintitrés de diciembre de dos mil cinco, por haberse expedido con prescindencia de diligencias sustanciales, que no se realizó la confrontación con el encausado Henry Milton Maldonado Díaz ni con los testigos Julián Espinoza Huamán y Nilo Leyva Dueñas ni se confrontaron estos con el encausado Henry Milton Maldonado Díaz, que no se efectuó la ratificación de los peritos médicos Juan Raúl Fuertes Mateo y Ezequiel Espinoza Castillo ni se recabó la testimonial de Edgar Uchipoma Bizarro, que tampoco se tomó en cuenta que obró en avanzado estado de embriaguez –en un estado de inconsciencia o grave alteración de la consciencia– lo que importó un supuesto de ausencia de acción o de inculpabilidad, y que no existen pruebas suficientes de su responsabilidad penal. **Segundo:** Que la queja excepcional constituye un recurso extraordinario que permite al Supremo Tribunal conocer del proceso principal, en tanto se advierta que en la resolución que pone fin a la instancia infringe un precepto constitucional o una norma con rango de ley directamente derivado de aquel, tal como lo dispone el inciso dos del artículo doscientos noventa y siete del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y nueve. **Tercero:** Que si bien la omisión del órgano jurisdiccional de actuar un medio probatorio puede generar indefensión en las partes y afectar el derecho a la prueba –que es un elemento integrante de la garantía de defensa procesal–, ello es así en tanto estas oportunamente las hubieren solicitado; que los jueces pueden prescindir de la práctica de pruebas formalmente pertinentes en función a criterios tales como su imposibilidad, sobreabundancia o inutilidad, y valorar la suficiencia de las pruebas de cargo actuadas con criterio de consciencia; que, en tal sentido, cabe precisar que tanto el Juez Penal como el Colegiado Superior estimaron, sobre la base de criterios razonables, que la prueba de cargo existente en autos tenía aptitud para acreditar la responsabilidad penal del recurrente con prescindencia de las diligencias no realizadas; que, por lo demás, no corresponde al ámbito del recurso de queja excepcional la revisión de la valoración probatoria que dichos órganos judiciales efectuaron. **Cuarto:** Que, por otro lado, la sentencia de primera instancia estimó que si bien el encausado Yarupaitan Vergara ingirió licor antes de perpetrar el delito, no estuvo incurso en ninguna causal de inculpabilidad (como es la grave alteración de la consciencia), con lo que además implícitamente descartó la causal de estado de inconsciencia, que comporta la ausencia total de voluntad del agente. **Quinto:** Que, en consecuencia, no se evidencia que la Sala Penal Superior infringiera la garantía constitucional invocada por el recurrente. Por estos fundamentos: declararon **INFUNDADO** el recurso de queja excepcional interpuesto por el encausado Ciro Giovanni Yarupaitan Vergara contra el auto de fojas sesenta y cuatro, del nueve de marzo de dos mil siete, que declaró improcedente el recurso de nulidad que promovió contra la sentencia de vista de fojas cincuenta y cinco, del treinta y uno de enero de dos mil siete, que confirmando la sentencia de fojas veintitrés, del trece de

noviembre de dos mil seis, lo condenó como autor del delito de lesiones leves en agravio de Eduardo Javier Yalle Calderón a dos años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente y ciento cincuenta días multa, así como fijó mil nuevos soles el monto de la reparación civil; **MANDARON** se transcriba la presente Ejecutoria al Tribunal de origen; hágase saber y archívese.

SS.
SALAS GAMBOA
SAN MARTÍN CASTRO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
URBINA GANVINI

14 **Si el imputado estaba en posibilidad de evitar lesionar el bien jurídico no se configura el eximente de miedo insuperable**

La alegación de miedo insuperable debe rechazarse cuando no se da la nota de insuperabilidad porque el imputado estaba en posibilidad de evitar lesionar el bien jurídico y, además, porque no puede sostenerse que la defensa de su interés sea de igual o mayor entidad que la afectación al bien jurídico vulnerado.

R.N. N° 1616-2003-PIURA

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, doce de octubre de dos mil cuatro

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el acusado Raúl Ignacio Frías y por el Procurador Público del Estado contra la sentencia de fojas cuatrocientos setenta, su fecha veintinueve de enero de dos mil tres; con lo expuesto por el Señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que en esta causa el agraviado es la Municipalidad Distrital de Tambogrande, según es de verse del auto de apertura de instrucción de fojas ciento setenta y ocho y del auto de enjuiciamiento de fojas cuatrocientos dos, y expresamente se denegó la constitución en parte civil del procurador Público Anticorrupción por auto de fojas trescientos ochenta y dos, por lo que no tiene legitimación para impugnar, tanto más si, en efecto, tratándose de delitos de malversación y falsedad ideológica el afectado es el órgano público concernido contra cuyo patrimonio y documentación finalmente se ha incidido. **Segundo:** Que, siendo así, la competencia recursal de esta Sala se circunscribe a los agravios hechos valer por el acusado Frías Raymundo; que la defensa de dicho acusado en la formalización del recurso de nulidad de fojas cuatrocientos noventa y uno estima que su patrocinado Frías Raymundo actuó de buena fe, así como que al ser

el tesorero de la Municipalidad se limitó a cumplir órdenes por escrito dictadas por el administrador Municipal Carlos Quinto Gonzáles Criollo, y que incluso las acató por miedo. **Tercero:** Que, de la prueba de cargo actuada aparece que el cheque que el acusado Frías Raymundo giró a nombre del acusado Gonzáles Criollo, importaba un monto destinado al pago de devengados del Ingeniero Omar Vences Martínez, pese a lo cual –infringiendo el procedimiento presupuestario– se le hizo entrega y se consignó en el talonario el nombre del citado Ingeniero Vences Martínez. **Cuarto:** Que la pericia de fojas doscientos cincuenta, ratificado a fojas doscientos sesenta da cuenta de la vulneración de normas presupuestales, así como que el dinero cobrado no fue sustentado, lo que por lo demás reitera la encargada del Departamento de Contabilidad de la Municipalidad, Francisca Rodríguez Saldarriaga, a fojas doscientos quince. **Quinto:** Que la delegación de obediencia debida, materia de la pretensión impugnatoria del acusado Frías Raymundo, no tiene amparo probatorio, toda vez que no está acreditado que el imputado Gonzáles Criollo ordenó que el pago destinado al Ingeniero Vences Martínez no se realice y que esa suma se la entregue a él como Administrador Municipal; que el memorando de fojas cuatrocientos cincuenta y tres no prueba la coartada del imputado Frías Raymundo, pues solo se limita a indicar que se sirva disponer el pago de Planilla de Devengados mil novecientos noventa y ocho al Señor Omar Vences, cuyo tenor incluso es ratificado por Gonzáles Criollo quien niega que ese memorándum está vinculado a los hechos objeto de este proceso penal; además vista la absoluta o notoria ilegalidad de la orden supuestamente emitida, no cabe hacer mérito a su propia procedencia; que, de igual manera, la alegación de miedo insuperable tampoco es de recibo pues Gonzáles Criollo rechaza toda presión ejercida sobre el tesorero Frías Raymundo, la que incluso es de rechazar porque no se da la nota de insuperabilidad y porque ante un pedido irregular de un Administrador Municipal el imputado estaba en posibilidad de evitar lesionar el patrimonio municipal y la legalidad de la documentación oficial generada al efecto dando cuenta del hecho a la máxima autoridad municipal y, además, no puede sostenerse que la defensa del puesto administrativo sea de igual o mayor entidad que la afectación a la hacienda pública y al acervo documental municipal. **Sexto:** Que, por otro lado el Señor Fiscal Supremo en lo Penal considera que los hechos imputados tipifican el delito de peculado y no de malversación, por lo que solicita la nulidad de la sentencia y la ampliación de la instrucción para comprender el primer delito señalado; que, sin embargo, se abrió instrucción, se acusó y se dictó auto de enjuiciamiento por delito de malversación, por lo que la sentencia no infringió los principios acusatorio y de correlación, únicos supuestos que justificarían –por la indefensión material a las partes procesales– la nulidad de lo actuado; que, además, el recurso no ha sido interpuesto por el Ministerio Público sino por el imputado, consecuentemente, no es posible un fallo con vulneración del principio de interdicción de la reforma peyorativa. Por estos fundamentos: declararon **NULO** el concesorio de fojas cuatrocientos ochenta y tres su fecha diez de febrero del dos mil tres, e **INADMISIBLE** el recurso de nulidad de fojas cuatrocientos setenta, de fecha veintinueve de enero de dos mil tres, en el extremo recurrido que condena a Raúl Ignacio Frías Raymundo como autor del delito de falsificación genérica en agravio de la Municipalidad de Tambogrande a tres años de pena privativa de libertad suspendida

condicionalmente, noventa días multa y fija en mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso, y los devolvieron.

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
PALACIOS VILLAR
BARRIENTOS PEÑA
LECAROS CORNEJO
MOLINA ORDÓÑEZ

15 **Guiar a agentes subversivos bajo amenaza configura una situación de miedo insuperable**

Si el agente acompañó al grupo subversivo hasta la casa del agraviado asesinado, pero tal hecho se debió a que fue obligado con la finalidad de que los guíe en el camino, habiendo sido previamente interceptado bajo amenaza de muerte; su accionar se vio compelido por miedo ante la pluralidad de personas y armadas. En consecuencia su conducta se encuentra dentro de los alcances del inciso 7 del artículo 20 del Código Penal y no en el inciso 4.

R.N. N° 1698-2002-LIMA

SALA PENAL

Lima, veintidós de abril del dos mil tres

VISTOS; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo; por sus fundamentos y **CONSIDERANDO** además: que conoce esta Suprema Sala el presente proceso por haber interpuesto recurso de nulidad el Procurador Público encargado de los asuntos especiales relativos a terrorismo; que la construcción de una sentencia condenatoria, debe serlo previa una actividad cognoscitiva de acopio selectivo y oportuno de los medios probatorios pertinentes, conducentes y útiles para comprender el “thema probandum” y que de la valoración de los mismos se establezca de manera indubitable la existencia del hecho delictuoso así como la culpabilidad y responsabilidad penal del procesado; que en el caso submateria, los cargos formulados por el representante del Ministerio Público contra el encausado José Bernabé Quispe Chávez, no se han acreditado de modo alguno, que conlleven a determinar que haya sido integrante de la organización terrorista denominada “Sendero Luminoso” y como tal haya participado en el asesinato del agraviado Garay de la Cruz, ocurrido en la madrugada del día cinco de abril de mil novecientos ochentinueve; que si bien está acreditado que ese día, acompañó al grupo subversivo hasta la casa del agraviado, empero tal hecho se debió a que fue obligado con la finalidad que los guíe en

el camino, habiendo sido previamente interceptado en el puente “Supaymayoc” bajo amenaza de muerte, por lo tanto su accionar se vio compelido por miedo ante la pluralidad de personas y armadas; en consecuencia su conducta se encuentra dentro de los alcances del inciso siete del artículo veinte del Código Penal y no en el inciso cuarto, como señala el Fiscal Supremo en su dictamen; en tal sentido la absolución se encuentra con arreglo a ley: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas ochocientos cuarentisiete, su fecha nueve de octubre del dos mil uno, que absuelve a José Bernabé Quispe Chávez, de la acusación fiscal por el delito de terrorismo en agravio del Estado; reserva el proceso respecto a los acusados Esteban Nicomedes Saravia Aguado y William Cesareo Palomino Gonzáles hasta que sean habidos; **MANDARON** que la Sala Penal Superior reitere las órdenes de captura impartidas contra los mencionados procesados; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

16 Elementos para configurar el miedo insuperable como eximente de responsabilidad

El miedo insuperable es la causal por la cual se exime de responsabilidad penal al que actúa bajo el imperio del miedo de sufrir un mal igual o mayor, siempre que: a) el miedo sea causado por estímulos externos al que lo padece, b) debe ser insuperable, y c) debe tratarse de un mal igual o mayor al que el autor ocasiona bajo el amparo del miedo.

RECURSO DE NULIDAD 1866-98

SICUANI-CUSCO

SALA PENAL

Lima, diecisiete de junio de mil novecientos noventiocho

VISTOS; por sus fundamentos pertinentes; y **CONSIDERANDO:** que, para los efectos de la imposición de la pena a los acusados Basilio Sivincha Quispe, Sebastián Ruperto Ccahuana Mamani y Mario Pinto Bandera, debe tenerse en cuenta sus condiciones personales, así como la forma y circunstancias de la perpetración del ilícito que se les atribuye, conforme a lo preceptuado por el artículo paréntesis del Código Penal; que, en el caso de autos ha quedado acreditado que los referidos acusados en la ejecución de su conducta delictuosa han actuado en casa habitada, durante la noche, a mano armada y con el concurso de más de dos personas, coligiéndose que se han configurado las agravantes previstas en los incisos primero, segundo tercero y cuarto del artículo ciento ochentinueve del Código Penal, modificado por la Ley Número veintiséis seiscientos treinta, por lo que es del caso modificarles la pena, en atención a lo previsto por el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales; que, de otro lado, se advierte de autos, que el día veintisiete de noviembre de mil novecientos noventa y seis, siendo las once de la noche aproximadamente, en

el domicilio del acusado Julián Uracchahua Tauccaya, sito en la Comunidad Campesina de Mellototora anexo Colca Huayllpata Distrito de Santo Tomás Cusco, irrumpieron de manera violenta cuatro sujetos desconocidos, con los rostros encapuchados procediendo a “interrogarlo” sobre la existencia del dinero de propiedad de la citada Comunidad Campesina, en la que el referido acusado se desempeñaba el cargo de Tesorero; que, ante su negativa de proporcionar tal información, fue amenazado con armas de fuego, siendo obligado a que sacara la suma de siete mil cuarenta nuevos soles, posteriormente, y siempre bajo amenaza, lo obligaron a que los acompañara al paraje denominado Pesqcecocha, lugar en el que, previa entrega del dinero, lo dejaron en libertad, no sin antes advertirle que no pusiera el hecho en conocimiento de las autoridades, ya que ellos eran integrantes del Grupo Subversivo Sendero Luminoso, habiendo posteriormente el citado acusado informado de tal hecho a los miembros de la Junta Directiva de su Comunidad, los mismos que procedieron a denunciarlo por delito de apropiación ilícita; que, teniendo en cuenta la forma, modo y circunstancias que desarrolló su conducta el acusado Uracchahua Tauccaya, tenemos que esta cae bajo los presupuestos de la causal de exención de responsabilidad prevista en el inciso séptimo del artículo veinte del Código Penal vigente, bajo la denominación jurídica de miedo insuperable, por lo cual se exime de responsabilidad al que actúa bajo el imperio del miedo de sufrir un mal igual o mayor; que en el presente caso concurren los requisitos que configuran dicha eximente como son: a) que, el miedo sea causado por estímulos externos al que lo padece, lo que se patentiza en el hecho de que el acusado fue amenazado por cuatro sujetos, identificándose como miembros de Sendero Luminoso, premunidos de armas de fuego; b) debe ser insuperable, es decir difícil de resistir en la medida del hombre medio, siendo que en el caso que se analiza, el acusado tenía motivos suficientes para temer teniendo en cuenta que sus atacantes eran cuatro personas encapuchadas, que pertenecían a Sendero Luminoso, a lo que se debe agregar que el lugar donde se produjo el hecho, había sufrido los embates de la indicada agrupación subversiva; y c) debe tratarse de un mal igual o mayor, esto es, que no basta que el estímulo que causa el miedo insuperable sea real, sino que a la vez ofrezca una amenaza de un mal igual o mayor al que el autor ocasiona bajo el amparo del miedo, aspecto que se evidencia en el hecho de que el acusado temía por su vida que resulta ser un bien jurídico prevalente frente a lo demás, en consecuencia debe ser declarado exento de responsabilidad penal: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas trescientos quince, su fecha nueve de enero de mil novecientos noventa y ocho, que absuelve a Basilio Sivincha Quispe, Mario Sivincha Quispe Sebastián Ruperto Ccahuana Mamani, Mario Pinto Bandera y Julián Uracchahua Tauccaya, de la acusación fiscal por el delito contra el Patrimonio robo agravado en agravio de Simón Huamani Soncco; condena a Basilio Sivincha Quispe, Mario Pinto Bandera y Sebastián Ruperto Ccahuana Mamani, por el delito contra el Patrimonio robo agravado en agravio de la Comunidad Campesina de Mellototora, Ccolca y Huayllapa; fija en dos mil nuevos soles, la suma que por concepto de reparación civil deberán abonar los sentenciados Sivincha Quispe, Pinto Bandera y Ccahuana Mamani, en forma solidaria, a favor de la Comunidad agraviada; y reserva el proceso respecto al acusado Mario Sivincha Quispe, hasta que sea habido; **MANDARON** que, la Sala Penal Superior, reitere las órdenes de captura impartidas en su contra; declararon **HABER NULIDAD** en la propia

sentencia en cuanto impone a los acusados Basilio Sivincha Quispe Mario Pinto Bandera y Sebastián Ruperto Ccahuana Mamani, ocho años de pena privativa de la libertad y condena a Julián Uracchua Taucaya, por el delito contra el Patrimonio robo agravado, en agravio de la Comunidad Campesina de Mellotora, Ccolca y Huayllapata, a cinco años de pena privativa de la libertad; con lo demás que al respecto contiene; reformándola en estos extremos **IMPUSIERON** a los acusados Basilio Sivincha Quispe, Mario Pinto Bandera y Sebastián Ruperto Ccahuana Mamani, diez años de pena privativa de la libertad para cada uno, la misma que con el descuento de la carcelería que viene sufriendo el acusado Basilio Sivincha Quispe, desde el diez de abril de mil novecientos noventa y siete fojas diecisiete, y no desde el catorce del mismo mes y año como indebidamente se consigna en la sentencia vencerá el nueve de abril del año dos mil siete; y para los acusados Sebastián Ruperto Ccahuana Mamani y Mario Pinto Bandera, con el descuento de la Carcelería que ambos vienen sufriendo desde el dieciséis de abril de mil novecientos noventa y siete fojas cuarenta, y no desde el veintidós de abril del mismo mes y año, como erróneamente se ha consignado en la recurrida, vencerá el quince de abril del año dos mil siete, y declararon **EXENTO DE RESPONSABILIDAD PENAL** a Julián Uracchua Taucaya, por el delito contra el Patrimonio robo agravado, en agravio de la Comunidad Campesina de Mellotora, Ccolca y Huayllapata; **MANDARON** archivar definitivamente el proceso en cuanto a este extremo se refiere y de conformidad con lo establecido por el Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve **DISPUSIERON** la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia de dicho ilícito; y encontrándose sufriendo carcelería Julián Uracchua Taucaya: **DISPUSIERON** su inmediata libertad, siempre y cuando no exista en su contra orden o mandato de detención alguno emanado de autoridad competente; oficiándose vía fax para tal efecto a la presidencia de la Corte Superior de Justicia del Cusco; declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que dicha sentencia contiene; y los devolvieron.

SS.
 SIVINA HURTADO
 ROMAN SANTISTEBAN
 FERNÁNDEZ URDAY
 GONZALES LÓPEZ
 PALACIOS VILLAR

17 Estado de necesidad exculpante: Aplicable ante peligros graves, actuales y no evitables

La eximente de responsabilidad penal referida al estado de necesidad exculpante es aplicable ante peligros graves, actuales y no evitables de otro modo (menos lesivo que realizar una conducta antijurídica), y expresamente se limita a los supuestos en que colisiona la preservación de los bienes jurídicos vida, integridad física y libertad (propios o de personas con las que se tiene estrecha vinculación) en desmedro de los bienes jurídicos vida, integridad física y libertad ajenos.

R.N. N° 3750-2006-AYACUCHO

SALA PENAL PERMANENTE

Lima, catorce de febrero de dos mil ocho

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Pedro Guillermo Urbina Ganvini; el recurso de nulidad interpuesto por los encausados Marco Enrique Marín Lezano y José Mitchael Alvarado Herrera contra la sentencia de fojas cuatrocientos ochenta y seis, del diecisiete de julio de dos mil seis; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que la defensa del encausado Marín Lezano en su recurso formalizado de fojas quinientos siete alega que se le condenó sin que exista prueba idónea de su responsabilidad penal, que se vulneró su derecho a la presunción de inocencia, que la Sala Superior no efectuó una debida apreciación de los hechos ni compulsó adecuadamente las pruebas, que la Sala Superior solo dio lectura a la parte resolutive de la sentencia, que se probó que la detención de Elsa Pérez Roque la efectuó personal policial de carreteras y no el encausado Marín Lezano, que el Atestado Policial –sobre la investigación de Pérez Roque– fue suscrito por Yonny Cuéllar Román y no por Marín Lezano, que el Parte Policial de fojas ciento veintiocho prueba la inocencia de Marín Lezano, que el encausado Alvarado Herrera se contradijo al indicar el lugar donde entregó el dinero a Marín Lezano y cómo consiguió la suma de dos mil dólares, que en la letra de cambio de fojas veintiuno el encausado Alvarado Herrera aparece como prestamista y no como deudor, que no se probó que Alvarado Herrera recibiera de su hermano dinero a través del Banco de la Nación, que no existe acta de incautación del supuesto dinero entregado, y que Marín Lezano no estaba facultado para otorgarle libertad a Pérez Roque; que, por su parte, la defensa del encausado Alvarado Herrera en su recurso formalizado de fojas quinientos veinticuatro alega que la Sala Superior no valoró que dicho encausado reconoció que entregó el dinero a Marín Lezano, que Alvarado Herrera nunca buscó a Marín Lezano para ofrecerle dinero sino que este se lo solicitó, que el delito de cohecho implica un acto de “coactar” y que exista un pacto sceleris o acuerdo, que Alvarado Herrera fue obligado por Marín Lezano a entregarle una suma de dinero a fin de que deje libre a su esposa y

no involucrarlo en la investigación, que se probó que Alvarado Herrera tuvo que pedir préstamo a terceros para obtener el dinero solicitado, y que Alvarado Herrera actuó amparado en la eximente de responsabilidad penal prevista en el inciso cinco del artículo veinte del Código Penal. **Segundo:** Que, según la acusación fiscal de fojas trescientos treinta y siete, el veinticinco de noviembre de dos mil tres, el encausado Marín Lezano (efectivo policial) le solicitó a su coencausado Alvarado Herrera la suma de dos mil dólares americanos a fin de que dejara en libertad a su esposa – quien era investigada por delito de tráfico ilícito de drogas–, solicitud a la que Alvarado Herrera accedió, entregándole dicha suma de dinero. **Tercero:** Que de los fundamentos jurídicos y hechos probados consignados en la sentencia recurrida (fojas cuatrocientos ochenta y seis) se desprende que condenó al encausado Alvarado Herrera por el delito objeto de la acusación de fojas trescientos treinta y siete –la que fue reproducida en todos sus extremos en la requisitoria oral de fojas cuatrocientos setenta y uno–, esto es, por el previsto artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal; que las referencias al artículo trescientos noventa y siete del Código Penal deben entenderse como errores materiales, pues este tipo penal no solo no fue objeto de proceso ni acusación fiscal, sino que, a la fecha de comisión de los hechos inculcados tipificaba el delito de aprovechamiento indebido de cargo, el cual es manifiestamente inaplicable al caso. **Cuarto:** Que el tipo penal que se le atribuye al encausado Alvarado Herrera (artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal: texto original) no exige como verbo típico coactar, ni que exista un pacto sceleris o acuerdo entre las partes, sino que se satisface anticipadamente con una conducta destinada a corromper a un funcionario o servidor público (sea con dádivas, promesas o ventajas de cualquier clase) para que haga u omita algo en violación de sus obligaciones; que dicho encausado reconoció durante el iter procesal haber cometido el ilícito que se le imputa (vide su denuncia de fojas uno, declaración indagatoria de fojas dieciocho, instructiva de fojas doscientos siete, declaración plenaria de cuatrocientos veintiocho, cuatrocientos cuarenta y cuatrocientos cuarenta y uno), razón que justifica la fijación de su pena por debajo del mínimo legal; que, en rigor, Alvarado Herrera solo objeta la sentencia por no tomar en cuenta que obró inmerso en la eximente de responsabilidad penal referida al estado de necesidad (exculpante); que dicho alegato debe desestimarse, no solo porque la mencionada circunstancia únicamente es aplicable ante peligros graves, actuales y no evitables de otro modo (menos lesivo que realizar una conducta antijurídica), sino que expresamente se limita a los supuestos en que colisiona la preservación de los bienes jurídicos vida, integridad física y libertad (propios o de personas con las que se tiene estrecha vinculación) en desmedro de los bienes jurídicos vida, integridad física y libertad ajenos. **Quinto:** Que al encausado Marín Lezano se le acusó y condenó –en armonía con la denuncia fiscal y el auto de apertura de instrucción– por el delito previsto en el artículo trescientos noventa y tres (texto original) del Código Penal, el cual sancionaba al funcionario o servidor público que solicitaba o aceptaba donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las aceptaba a consecuencia de haber faltado a sus deberes; que la prueba de cargo contra Marín Lezano se sustenta en la declaración uniforme de su coencausado Alvarado Herrera tanto en su denuncia primigenia (fojas uno), declaración indagatoria (fojas dieciocho), instructiva (fojas doscientos siete) así como en el juicio oral (fojas

cuatrocientos veintiocho, cuatrocientos cuarenta y cuatrocientos cuarenta y uno), declaración que fue objeto de corroboración con las testificales de Julio Renán Ochoa Pineda (fojas ciento dieciséis, cuatrocientos cuarenta y tres y cuatrocientos cuarenta y cinco) y Socorro Páucar Taype (fojas cuatrocientos cincuenta), además de la testimonial indirecta de Elsa Pérez Roque (fojas trescientos doce). **Sexto:** Que el encausado Alvarado Herrera en las distintas etapas del proceso sostuvo: i) que su coencausado Marín Lezano le solicitó la suma de dos mil dólares americanos a fin de dejar libre a su esposa (Elsa Pérez Roque) –quien se hallaba investigada por delito de tráfico ilícito de drogas en calidad de detenida– y no involucrarlo en la referida investigación, en razón de ser el efectivo policial encargado del caso; ii) que le entregó a Marín Lezano la mencionada suma de dinero; y, iii) que Marín Lezano no cumplió con dejar en libertad a su esposa ni devolvió el dinero recibido, razón por la que efectuó la denuncia de fojas uno; que, asimismo, Alvarado Herrera enrostró directamente a Marín Lezano ser autor del ilícito en la diligencia de confrontación de fojas cuatrocientos cuarenta y uno; que, además, el testigo Ochoa Pineda afirmó: i) que acompañó a Alvarado Herrera a ver a Marín Lezano y estuvo presente cuando le reclamó por el dinero que le había dado por liberar a su esposa, ii) que escuchó que Marín Lezano le respondió que el dinero lo había repartido entre el Fiscal y el Comandante de la Policía, y que necesitaba tiempo para juntar el dinero y devolvérselo; iii) que estuvo presente cuando Marín Lezano le entregó a Alvarado Herrera una copia del Atestado Policial referido a la investigación de su esposa; y, iv) que presenció que Alvarado Herrera reunía el dinero para liberar a su esposa y pidió prestado a la señora Páucar Taype la suma de mil dólares; que, de igual forma, Ochoa Pineda reiteró su imputación sobre Marín Lezano en la diligencia de confrontación de fojas cuatrocientos cuarenta y cinco; que, por su parte, el testigo Páucar Taype indicó: i) que el veinticinco de noviembre de dos mil tres Alvarado Herrera le pidió prestada la suma de dos mil dólares para solucionar el problema de su esposa (que se hallaba detenida), pero que como no tenía esa suma le prestó solo mil dólares americanos; y, ii) que, dado que Alvarado Herrera no le cancelaba el dinero que le prestó, le envió una carta notarial de requerimiento de pago (vide instrumental de fojas veinte). **Sétimo:** Que la declaración inculpatoria del encausado Alvarado Herrera no solo se mantuvo esencialmente uniforme y coherente a lo largo del proceso, sino que fue objeto de corroboraciones periféricas que consolidaron su contenido incriminador, sin que, por otro lado, exista evidencia de que la declaración de Alvarado Herrera contra Marín Lezano obedezca a motivaciones turbias o espurias (de venganza, odio o deseo de obtener un beneficio o su exculpación) que le resten credibilidad o afecten su imparcialidad. **Octavo:** Que, sin perjuicio de ello, en autos existe prueba de que Marín Lezano actuó como instructor en el Atestado Policial de fojas cuarenta y dos –en el que se investigaba a Elsa Pérez Roque por presunto delito de tráfico ilícito de drogas–, tal como constan en las diligencias de fojas cincuenta y uno, sesenta y ocho a setenta y setenta y ocho; que los alegatos de que el encausado Marín Lezano no intervino en la detención de Pérez Roque o de que no estaba facultado para otorgarle libertad no tiene aptitud para desvirtuar la prueba de cargo en tanto no son datos incluidos en la acusación fiscal; que, además, la sentencia fue expedida de conformidad con el artículo doscientos setenta y nueve del Código de Procedimientos Penales. **Noveno:** Que, finalmente, se aprecia que el Colegiado

Superior impuso un monto de reparación civil superior al solicitado por el Fiscal Superior –sin que la parte civil introdujera una pretensión alternativa–, por lo que es del caso rebajar– la proporcionalmente según el daño ilícito producido al Estado a consecuencia de los delitos. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cuatrocientos ochenta y seis, del diecisiete de julio de dos mil seis, que condenó a Marco Enrique Marín Lezano como autor del delito contra la Administración Pública - corrupción pasiva en agravio del Estado a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por tres años bajo reglas de conducta e inhabilitación por dos años conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal, y José Mitchael Alvarado Herrera, como autor del delito contra la Administración Pública - corrupción activa en agravio del Estado a tres años de pena privativa de libertad suspendida por dos años bajo reglas de conducta; con lo demás que contiene; declararon **HABER NULIDAD** en el extremo que fija en cuatro mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar solidariamente los citados encausados a favor del Estado; reformándola: **FIJARON** en quinientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación deberá abonar el encausado José Mitchael Alvarado Herrera a favor del Estado, y en dos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación deberá abonar el encausado Marco Enrique Marín Lezano a favor del Estado; y los devolvieron.

SS.
SALAS GAMBOA
PONCE DE MIER
URBINA GANVINI
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS

**ÍNDICE
GENERAL**

ÍNDICE GENERAL

Presentación	5
--------------------	---

PARTE I ENSAYOS

El “estado de embriaguez” como causa de la grave alteración de la conciencia y su aplicación jurisprudencial

Rocci Bendezú Barnuevo

Introducción	9
I. La grave alteración de la conciencia.....	10
1. El estado de embriaguez	15
II. Desarrollo jurisprudencial	17
Conclusión	22

Tratamiento de la responsabilidad del adolescente infractor

Eva Johanna Erazo Saro

Introducción	23
I. Aspecto legal y teórico del sistema de justicia penal juvenil	25
1. Mayores de 18 años	25
2. A partir de 14 a menos de 18 años de edad	26
3. Menores de 14 años	28
II. Situación actual del tema materia de análisis y doctrina comparada ...	34
III. Las diferencias existentes entre la responsabilidad penal de los adolescentes y la responsabilidad penal de los adultos	37

Conclusiones	41
Bibliografía	43

Valoración jurídico-penal de la minoría de edad en el uso de las TIC

Erick Guimaray Mori

Introducción	45
I. Culpabilidad como principio y como categoría de la teoría general del delito	46
II. Principios básicos de Derecho Penal presentes en el artículo 20 del CP..	50
III. Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC): Apuntes generales.....	53
IV. Restricción de culpabilidad por edad y uso de las TIC	58
Conclusiones	61
Bibliografía	62

La legítima defensa en el Derecho Penal peruano

Elky Alexander Villegas Paiva

I. Breves consideraciones sobre la estructura de la teoría del delito. Especial referencia a la categoría de la antijuridicidad	67
II. Las causas de justificación.....	74
1. Fundamento	74
2. Aspectos objetivo y subjetivo de las causas de justificación.....	75
3. Efectos	78
III. La legítima defensa.....	81
1. Concepto.....	81
2. Naturaleza y fundamento.....	83
3. Regulación de la legítima defensa en el Código Penal peruano.	87
4. Elementos objetivos de la legítima defensa	89
5. Elemento subjetivo de la legítima defensa	111
IV. Restricciones ético-sociales a la legítima defensa	113
V. La legítima defensa imperfecta.....	123

El estado de necesidad justificante

Jorge A. Pérez López

Introducción	125
I. Definición	128
II. Naturaleza jurídica del estado de necesidad justificante	129
III. Sujetos activo y pasivo en el estado de necesidad justificante	130
IV. Requisitos del estado de necesidad justificante	131
1. Situación de necesidad	131
2. Que el bien protegido resulte predominante sobre el interés dañado	134
3. Empleo de un medio adecuado para vencer el peligro	140
4. Inevitabilidad	142
V. Fundamentos del estado de necesidad justificante	145
VI. Estado de necesidad imperfecto y putativo	146

El estado de necesidad como causa de justificación

Ariana Bassino Balta

Introducción	149
Relación entre tipicidad y antijuridicidad	150
1. El sistema tripartito	151
2. El sistema bipartito	151
I. Fundamento de la justificación	153
II. El estado de necesidad	159
1. Clases de estados de necesidad	160
2. Delimitación del estado de necesidad como causa de justificación y como causa de exclusión de la culpabilidad	162
3. El estado de necesidad en las legislaciones comparadas y peruana	162
4. El estado de necesidad justificante en nuestro ordenamiento jurídico	165

El consentimiento y los bienes jurídicos disponibles

Branko Slavko Yvancovich Vásquez

I.	Causas de justificación y de exculpación: Diferencias	171
1.	La antijuridicidad y las causas de justificación	172
2.	La culpabilidad y las causas de exculpación	172
II.	Consentimiento del titular del bien jurídico.....	172
III.	El consentimiento: Naturaleza del inciso 10 del artículo 20 del Código Penal.....	174
IV.	Elementos constitutivos del consentimiento	175
1.	Agente legalmente capaz.....	175
2.	Oportunidad.....	176
3.	Disponibilidad del bien jurídico	176
V.	Efectos del consentimiento en Bacigalupo	176
VI.	Antecedentes del concepto de bien jurídico.....	180
1.	El delito como lesión de derechos.....	181
2.	El delito como lesión de bienes.....	182
3.	El delito como lesión a un bien protegido.....	183
VII.	Concepto de bien jurídico	184
VIII.	Disponibilidad de bienes jurídicos individuales y colectivos	186
1.	Disponibilidad de bienes jurídicos individuales.....	187
2.	Disponibilidad de bienes jurídicos colectivos	187
	Bibliografía	188

Defensas procesales sobre las causas de exención de la responsabilidad penal

Juan Humberto Sánchez Córdova

	Introducción	191
I.	Derecho de defensa	193
1.	Defensa técnica.....	193
2.	Imputación necesaria.....	195
II.	La acción penal	196
III.	Las excepciones	197
1.	La excepción de improcedencia de acción	201
2.	Trámite	204

IV.	El proceso penal	206
1.	La investigación	206
2.	Etapa intermedia.....	208
3.	Juicio oral	211
V.	Recursos	213
1.	Apelación.....	213
2.	Recurso de nulidad	214
3.	Casación	214
	Conclusiones	217
	Bibliografía	217

Eximentes incompletas y atenuación de la pena

Percy Velásquez Delgado

	Introducción	221
I.	Las eximentes incompletas en los códigos penales anteriores	223
II.	Las eximentes incompletas y las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en el texto originario del Código Penal de 1991	225
III.	Eximentes incompletas y nueva regulación de la determinación judicial de la pena	227
IV.	Los problemas de la atenuación de la pena por la concurrencia de alguna eximente incompleta	229
1.	¿Son las eximentes incompletas circunstancias atenuantes privilegiadas?	229
2.	¿Tiene carácter facultativo o preceptivo la atenuación de la pena cuando concurren eximentes incompletas?.....	230
3.	¿Debe reducirse la pena dentro del marco penal conminado o por debajo de él?.....	235
4.	¿Pueden aplicarse el artículo 46 y numeral 2 del artículo 45-A del Código Penal, cuando concurre una eximente incompleta? ..	238
5.	¿Cómo determinar la pena cuando concurren eximentes incompletas y otras circunstancias o causas de atenuación privilegiadas o agravantes calificadas?.....	240

PARTE II
CONSULTAS

01	Si el imputado presentó un cuadro de epilepsia, este debe ser considerado como una causa de exculpación, siempre que el ataque sufrido diera lugar a un intervalo de afectación psíquica	247
02	Una conducta realizada dentro de un episodio esquizofrénico será eximida de responsabilidad penal	250
03	Cuando se hubiese iniciado la investigación penal contra un menor de edad, su defensa debe plantear una excepción de naturaleza de acción o improcedencia de acción	253
04	Son inimputables los adolescentes involucrados en una relación sexual consentida.....	257
05	Para que una persona no responda penalmente por la agresión realizada es necesario que exista una necesidad racional entre el medio de defensa para evitar la lesión.....	261
06	Por agresión ilegítima, se debe entender toda vulneración, lesión o puesta en riesgo actual de un bien jurídico protegido, el cual puede ser uno de naturaleza individual o colectiva.....	265
07	El estado de necesidad justificante faculta al ciudadano que, ante un peligro inminente, pueda legítimamente lesionar un bien jurídico siempre que busque proteger otro de rango superior.....	268
08	No incurre en responsabilidad penal quien comete violación de domicilio y daños para evitar la propagación del fuego entre las viviendas...	273
09	En situación de peligro, oficial de la FF.AA. se encuentra en la obligación de sacrificio en salvaguarda de la vida de sus subordinados, por lo que será responsable si estos mueren.....	276
10	En el estado de necesidad exculpante solo la vida, el cuerpo y la libertad son bienes jurídicos susceptibles de ser amparados.....	280
11	Existe fuerza física irresistible si el automóvil que colisiona con el carro del imputado genera que este atropelle a un peatón. Causas que eximen o atenúan de responsabilidad penal.....	283
12	No hay responsabilidad penal si por caída involuntaria del sujeto se generan daños a un establecimiento.....	285
13	Actúa con miedo insuperable el cajero que no tuvo la posibilidad de darse cuenta de que el arma era de juguete y entrega el dinero al agresor.....	288

14	El miedo insuperable se explica a través de la pérdida de la voluntad particular que no otorga al sujeto posibilidad de control	291
15	Los oficiales policiales se encuentran facultados para realizar cateos a bienes inmuebles e incautación de bienes muebles siempre que exista de por medio una orden judicial.....	294
16	No se exime de responsabilidad penal al oficial que produce lesiones desproporcionadas a los presuntos delincuentes si estos se hubieran rendido previamente.....	298
17	Detención arbitraria realizada por un oficial por mandato superior no es una eximente de responsabilidad penal	301
18	Si el subordinado identifica que la orden no cumple con los requisitos formales para constituirse en vinculante, no puede acogerse a esta eximente de la responsabilidad	304
19	Si el paciente fue adecuadamente informado sobre los riesgos de una cirugía plástica y consintió la intervención no cabría una responsabilidad penal del médico si actuó acorde a la praxis médica. Causas que eximen o atenúan de responsabilidad penal.....	307
20	El consentimiento a un tratamiento médico experimental excluye la responsabilidad siempre que este tenga por finalidad someter a un procedimiento curativo	310
21	La lesión al bien jurídico vida no sería imputable al oficial si hecho se justifica en el ejercicio de la actividad propia de su cargo	314
22	No se excluye de responsabilidad al personal de las FF. AA., si su actuación no se encuentra enmarcada en el ejercicio efectivo de deber.....	316

PARTE III JURISPRUDENCIA

01	Es constitucional el nuevo eximente de responsabilidad penal a favor del personal de las Fuerzas Armadas y Policiales, que en el cumplimiento de su deber y en uso de sus armas en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte	323
02	Para ser legítima defensa debe ser necesaria con relación al peligro inminente (Caso: Luis Miguel Llanos Carrillo)	377
03	Las afirmaciones respecto de la legítima defensa deben sujetarse a una exhaustiva investigación del juez instructor	427

04	Defensa legítima imperfecta reduce la pena en caso de homicidio hasta el límite mínimo de la sanción y en lesiones graves por debajo del mínimo	431
05	Lesión provocada en salvaguarda de la propia integridad como la de sus hijos configura legítima defensa y por lo tanto la causa debe sobreseerse	437
06	No concurre legítima defensa si no se ha demostrado que el bien jurídico puesto en peligro sea predominante al bien afectado y el medio utilizado no constituya el adecuado	449
07	No existe ejercicio legítimo de un derecho si las informaciones propaladas en un medio de comunicación resultan inconsistentes (Caso: Juan Carlos Tafur)	453
08	Consentimiento de la presunta adolescente agraviada sin violencia elimina configuración del delito de violación sexual	456
09	La anomalía psíquica no le permite al sujeto activo comprender la antijuridicidad de su conducta	463
10	Traslado a un centro de internación del inimputable por anomalía psíquica no vulnera derecho a la libertad personal	464
11	Para que la embriaguez pueda dar lugar a una grave alteración de la conciencia debe producir en el sujeto una plena exclusión de la imputabilidad	469
12	No se acredita grave alteración de la conciencia por supuesto consumo de licor	471
13	Ingesta de licor no produce necesariamente una grave alteración de la conciencia	472
14	Si el imputado estaba en posibilidad de evitar lesionar el bien jurídico no se configura el eximente de miedo insuperable	474
15	Guiar a agentes subversivos bajo amenaza configura una situación de miedo insuperable	476
16	Elementos para configurar el miedo insuperable como eximente de responsabilidad	477
17	Estado de necesidad exculpante: Aplicable ante peligros graves, actuales y no evitables	480

