



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

Problemática de la imputación penal del delito de abandono de mujer gestante en el marco del respeto al principio de legalidad

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Ciencias Penales

AUTOR

Gerber LÓPEZ BRAVO

ASESOR

Dr. Silfredo Jorge HUGO VIZCARDO

Lima, Perú

2021



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

López, G. (2021). *Problemática de la imputación penal del delito de abandono de mujer gestante en el marco del respeto al principio de legalidad*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Gerber López Bravo
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	40628647
URL de ORCID	
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	Silfredo Jorge Hugo Vizcardo
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	08377880
URL de ORCID	0000-0002-6996-2721
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	José Francisco Urquizo Olachea
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08762004
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Rosa Delsa Mavila León
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06706793
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	David Emmanuel Rosales Artica

Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	41198624
Datos de investigación	
Línea de investigación	No aplica.
Grupo de investigación	No aplica
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento
Ubicación geográfica de la investigación	Lugar País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: La Molina Calle: Santa Cruz de Tenerife 384 Coordenadas geográficas: 12° 06' 12.5460 "S 76° 56' 38.1912" O -12.103485, -76.943942
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2018-2020
URL de disciplinas OCDE	5.05.02 -- Derecho penal URI https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.02 5.05.01 – Derecho URI https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

En la ciudad de Lima, a los diez días del mes de junio del año dos mil veintiuno, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. José Francisco Urquiza Olaechea y con la asistencia de los Profesores Dr. Silfredo Jorge Hugo Vizcardo, Mg. Rosa Delsa Mavila León, Mg. Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, Mg. David Emmanuel Rosales Artica y el postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales, Bachiller don **Gerber LÓPEZ BRAVO**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada **“PROBLEMÁTICA DE LA IMPUTACIÓN PENAL DEL DELITO DE ABANDONO DE MUJER GESTANTE EN EL MARCO DEL RESPETO AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD”**.

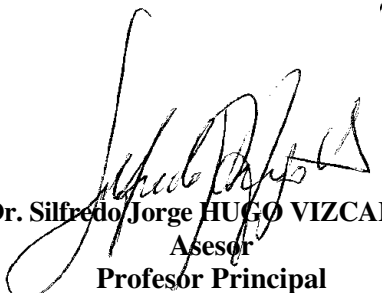
Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

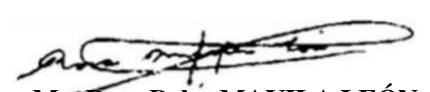
Aprobado con la calificación de bueno con nota quince (15)

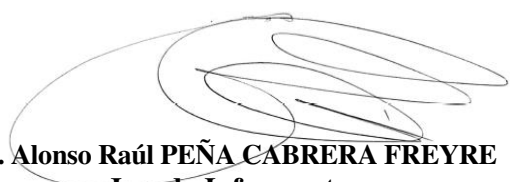
A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales al Bachiller en Derecho don **Gerber LÓPEZ BRAVO**.

Se extiende la presente acta en dos originales y siendo las diecisiete horas con cuarenta y cinco minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.


Dr. José Francisco URQUIZA OLAECHEA
Presidente
Profesor Principal


Dr. Silfredo Jorge HUGO VIZCARDO
Asesor
Profesor Principal


Mg. Rosa Delsa MAVILA LEÓN
Jurado Informante
Profesora Asociada


Mg. Alonso Raúl PEÑA CABRERA FREYRE
Jurado Informante
Profesor Invitado


Mg. David Emmanuel ROSALES ARTICA
Miembro
Profesor Contratado

Aceptación o veredicto del jurado examinador:

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

DEDICATORIA

A mi esposa Flor de María y mi hijo Ernesto Sebastián, por ser los complementos perfectos. A mis padres Clotilde y Ernesto, por ser los excelentes soportes que me dieron tranquilidad emocional y material, durante todo mi trayecto estudiantil.

Gerber López Bravo

AGRADECIMIENTO

A Jehová por acompañarme en cada momento de mi vida, con sus consejos y principios que me ha permitido culminar satisfactoriamente mis estudios, y llegar a esta etapa de mi vida.

A mi esposa e hijo, quienes han sido los complementos perfectos para sumarse al trabajo realizado, su comprensión me ha dado confianza.

A mis padres Clotilde y Ernesto, por ser los excelentes soportes que me dieron tranquilidad emocional y material, durante todo mi trayecto estudiantil.

A mis profesores que con su esfuerzo y dedicación me transmitieron las enseñanzas alcanzadas.

A mi asesor el Dr. Silfredo Hugo Vizcardo, por su guía y sus consejos en la culminación de mi trabajo de investigación.

Gerber López Bravo

Palabras clave: Imputación en el abandono de mujer gestante

Key words: Imputation in the abandonment of pregnant women

Resumen:

Desde la perspectiva semántica, “imputar significa atribuir la realización de una conducta (comisiva u omisiva) a una persona. En otras palabras, imputar es dar sentido o significado al comportamiento realizado por un sujeto. Desde el punto de vista doctrinal la imputación se define como la atribución, *más o menos fundada*, a una persona de un acto presuntamente punible sin que haya de seguirse necesariamente acusación contra ella como consecuencia. En el Derecho Procesal Penal, la calidad de imputado nace en el momento en que el individuo es señalado como partícipe en un hecho delictivo, sin que con ello deba darse por supuesta su culpabilidad, porque un imputado puede ser sobreseído o absuelto, con lo cual desaparecerá la imputación. Pero desde que una persona es objeto de ella, tiene derecho a todas las garantías de la defensa en juicio” (Catacora Gonzales 1996, p. 167).

“Para realizar un correcto juicio de adecuación normativa resulta necesario tener en cuenta tanto aspectos objetivos como subjetivos del tipo, ya que el comportamiento humano es siempre objeto de valoración normativa y de prueba. Por tanto, para realizar un correcto juicio de imputación, el <<hecho>> debe estar claramente determinado e individualizado y la prueba, por su idoneidad y legalidad, debe estar orientada a demostrarlo” (Loc. cit.).

A decir de Arsenio Oré Guardia, “la imputación necesaria consiste en una imputación correctamente formulada. Esto es, una atribución clara, precisa, explícita, detallada y circunstanciada de una comunicación con apariencia delictiva concretamente individualizado, a una persona determinada, con un nivel de vinculación ciertamente probable; a efectos de que esta tenga la posibilidad de ejercitar eficazmente su derecho de defensa” (2011, p. 175). Se propicia de esta manera, el “aseguramiento del debido

proceso y la tutela jurisdiccional que asegura la constitución como derechos fundamentales” (Art. 138.3 C.E.).

Pero, al efecto de ello, “no basta con fijar el hecho describiendo el suceso típico de manera general”. “El hecho tiene que estar claramente individualizado al momento de la denuncia, el inicio de la instrucción o de la formalización de la investigación preparatoria. La necesidad de la determinación de la imputabilidad previa al injusto no es un tema nuevo, en todo caso, dicha valoración inicial, de ser positiva, legitimará la actividad de investigación del Fiscal, ante un supuesto hecho delictivo”. “De esta manera, la imputación necesaria se constituye en un derecho fundamental. Si el órgano persecutor no formula adecuadamente la imputación (imputación necesaria), entonces el proceso penal devendrá en ilegítimo; y como tal, podría declararse la nulidad de determinados actos procesales. En este sentido, el principio de imputación necesaria al igual que otros principios básicos, también constituye <<una prohibición de desautorizar el proceso>>” (Sánchez-Vera Gómez-Trelles 2012, p. 31).

El problema se presenta de cara a la realización objetiva de tan importante principio de imputación necesaria, pues se observa en la realidad judicial nuestra, que en muchos casos los fiscales o incumplen dicho postulado o lo realizan de manera inadecuada, propiciando con ello la afectación del derecho del imputado y la perturbación de la actividad jurisdiccional.

Es así que observamos que, en el tipo de abandono de mujer en estado de gestación, tipificado en el art. 150º del C. P., se exige como condición de tipo objetivo, que adicionalmente a la circunstancia de haber abandonado “a una mujer en estado de gestación, a la que ha embarazado, la haya tenido que dejar en situación crítica”, sin definir la norma los alcances conceptuales de tal determinación.

Por ello, como consecuencia de esta flagrante deficiencia normativa es que en muchos de los casos en que se ha iniciado una investigación por este

delito, se ha concluido señalando que la agraviada no ha acreditado encontrarse "en situación crítica", es decir encontrarse en un estado tal que peligre su vida o la de su prole; no dándose los presupuestos para la configuración de este tipo penal. Ello ha generado un problema, toda vez que las presuntas víctimas de este delito han mantenido falsas expectativas, a pesar de someterse diligentemente a una investigación; sin embargo, el tipo penal plantea como "un elemento del tipo penal", la "situación crítica en la que tiene que estar la víctima". Al no cumplirse ello por no haber claridad típica, no prosperan las denuncias.

Es en este contexto en que insertamos nuestra investigación, que tiene por finalidad establecer el estudio de los fundamentos político criminales que dieron origen y sostienen la imputación penal de esta modalidad de omisión de asistencia familiar, y realizar una adecuada interpretación de los alcances normativos de sus elementos de tipo objetivo, para precisar el contenido conceptual de lo que ha de imputarse como "situación crítica", a la que ha de dejarse a la mujer gestante que el mismo agente ha embarazado, "en el contexto del delito de abandono de mujer en estado de gestación con la finalidad de que se realice una efectiva y adecuada imputación penal".

Abstract: From the semantic perspective, "imputing" means attributing the performance of a behavior (commissive or omissive) to a person. In other words, "impute" is to give meaning or meaning to the behavior performed by a subject. From the doctrinal point of view, imputation is defined as the "more or less well-founded attribution to a person of an allegedly punishable act without necessarily being accused of it as a consequence" (Catacora Gonzales 1996, 167). In criminal procedural law, the accused person is born at the moment when the individual is identified as a participant in a criminal offense, without this having to be presumed guilty, because an accused can be dismissed or acquitted, thereby The imputation will disappear. But since a person is the object of it, he is entitled to all the guarantees of the defense in court.

In order to make a correct judgment of normative adequacy, it is necessary to take into account both objective and subjective aspects of the type, since

human behavior is always subject to normative and test evaluation. Therefore, in order to make a proper imputation judgment, the "fact" must be clearly determined and individualized and the proof, due to its suitability and legality, must be oriented to demonstrate it.

In this way, the imputation necessary to say of Arsenio Oré Guardia, consists in a correctly formulated imputation. That is, a clear, precise, explicit, detailed and detailed attribution of a communication with a particular individualized criminal appearance, to a particular person, with a certainly probable level of attachment; In order to enable it to exercise its rights of defense effectively (2011, p. 175). In this way, it assures the assurance of due process and the judicial protection that ensures the constitution as fundamental rights (Art 138.3 C.E.).

But, for the purpose of this, it is not enough to fix the fact by describing the typical event in a general way. The fact must be clearly individualized at the time of the complaint, the beginning of the investigation or the formalization of the preparatory investigation. The need to determine the imputability before the unjust is not a new issue, in any case, this initial assessment, if positive, will legitimize the investigation activity of the Prosecutor, before an alleged criminal fact. In this way, the necessary imputation is constituted in a fundamental right. If the prosecuting organ does not properly formulate the imputation (imputation necessary), then the criminal process will become illegitimate; And as such, certain procedural acts could be declared null and void. In this sense, the principle of imputation necessary, like other basic principles, paraphrasing Sánchez-Vera Gómez-Trelles, also constitutes "a prohibition to disavow the process" (2012, 31).

The problem is presented in the face of the objective realization of such an important principle of imputation, as it is observed in our judicial reality, that in many cases the prosecutors either fail to fulfill this postulate or do it in an inadequate way, thereby affecting the Right of the accused and the disturbance of the jurisdictional activity.

Thus, we observe that in the type of abandonment of pregnant women, typified in article 150 of the Penal Code, it is required as an objective condition, that in addition to the circumstance of having abandoned a woman in a state of gestation, To which she has been pregnant, has had to leave "in a critical situation", without defining the standard the conceptual scope of such determination.

Therefore, as a result of this blatant normative deficiency, in many of the cases in which an investigation for this crime has been initiated, it has been concluded that the aggrieved person has not proven to be "in a critical situation", that is to say, to be in a Condition so that his life or that of his offspring is endangered; Not giving the budgets for the configuration of this criminal type. This has generated a problem, since the alleged victims of this crime have maintained false expectations, despite diligently submitting to an investigation; However, the criminal type poses as an element of the criminal type, the "critical situation" in which the victim has to be. As this is not fulfilled because there is no typical clarity, complaints do not flourish.

It is in this context that we insert our investigation, which aims to establish the study of the criminal political foundations that originated and sustain the criminal imputation of this modality of omission of family assistance, and make a proper interpretation of the normative scope of their Elements of objective type, to specify the conceptual content of what has To be imputed as a "critical situation", to be left to the pregnant woman that the same agent has been pregnant, in the context of the crime of abandonment of women in gestation in order to carry out an effective and proper allocation penal.

INTRODUCCIÓN

Conforme lo aprecia Roxín, “el Derecho Penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad, las que se constituyen el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico-penales, lo que significa que el Derecho Penal en el sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al Derecho Penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones <pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos>, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad (por ello es que se propugna acuñar el nombre de: Derecho Penal y de medidas)” (T. I, 1997, p. 141).

“A decir de García Pablos de Molina”, “El Derecho penal puede definirse, desde un enfoque dinámico y sociológico, como uno de los instrumentos del control social formal a través del cual el Estado, mediante un determinado sistema normativo (las leyes penales) castiga con sanciones negativas de particular gravedad (penas y otras consecuencias afines) las conductas desviadas más nocivas para la convivencia (delitos y faltas), procurando de este modo la necesaria disciplina social y la correcta socialización de los miembros del grupo” (2009, p. 98).

“Suele distinguirse el Derecho penal en subjetivo y objetivo. En su perspectiva subjetiva, tradicionalmente se entiende como el <<derecho>> de castigar (ius puniendi); aunque modernamente ya no se concibe como <<derecho>>, sino como <<potestad punitiva>>. El ius puniendi faculta al Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas; y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas (es el poder jurídico que permite al Estado a crear y a aplicar el Derecho Penal objetivo <criminalidad primaria y criminalidad secundaria>). En esta noción está contenido el fundamento filosófico del Derecho penal. Por otro lado, en sentido objetivo, el Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas, establecidas por el Estado, que determinan los delitos y las penas. Esta noción contiene el fundamento

del Derecho penal positivo” (Hugo Vizcardo 2016, p. 42). “Por ello es que Von Liszt lo definía como el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia” (1929, T. I, p. 135).

Así pues, “la definición de Von Liszt puede ser mejorada, para entender como Derecho Penal al conjunto de normas jurídicas que asocian al delito, como presupuesto, a penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica (resulta interesante la posición del maestro español, quien indica que sin embargo el Derecho penal no se agota en la fijación de penas y medidas de seguridad para los delitos, sino que ante todo supone normas que prohíben la comisión de delitos. Por otra parte señala, el Derecho está integrado no sólo por normas en sentido estricto, sino también por valoraciones y principios, lo que aconseja preferir el término genérico <<prescripciones>>, por lo que prefiere definir al Derecho penal como: conjunto de prescripciones jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica” (Mir Puig 1996, p. 131).

Se aprecia de esta manera que “el control social penal se sirve de un particular sistema normativo, que traza pautas de conducta al ciudadano imponiéndole mandatos y prohibiciones”. “Sin embargo, y contra lo que mantuvo la Escuela de Kiel, la función de la norma penal no se agota en la creación de <<deberes jurídicos>>. La norma penal establece deberes jurídicos, desde luego, pero su finalidad no puede consistir en la mera creación de deberes y obligaciones. Ésta, lógicamente, ha de pre ordenarse a la defensa de algún bien o interés valioso, es un medio o instrumento, una técnica que articula dicha protección. Porque no se trata de prohibir por prohibir, de castigar por castigar, sino de hacer posible la convivencia y la paz social” (Antonio García Pablos de Molina 2000, p. 88). “De acuerdo con este punto de partida (la naturaleza <<instrumental>> del Derecho penal al servicio de la convivencia humana) entiende la doctrina dominante que el cometido esencial del Derecho penal es la protección de los valores fundamentales del orden social; esto es, la salvaguarda de <<bienes jurídicos>>” (Loc. Cit.).

“Desde una perspectiva puramente jurídica, el Derecho Penal se caracteriza por ser un conjunto de normas para la aplicación de las consecuencias jurídicas ante las infracciones del ordenamiento penal. Por ello es que se le conceptualiza, como aquella parte del ordenamiento jurídico, que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad. Al respecto debemos agregar que el Derecho Penal tiene pues, un objetivo de carácter sistemático, destinado al desarrollo y explicación coherente y racional de estas reglas jurídicas referidas al delito, a las penas y medidas de seguridad. Lo que diferencia sustancialmente al Derecho penal de otras ramas del Derecho es, ante todo, la especie de consecuencias jurídicas que le son propias: Las penas y las medidas de seguridad. Pero además, la gravedad de la infracción de las normas que constituyen el presupuesto de la aplicación de la pena. Como parte del ordenamiento jurídico, el Derecho penal está constituido por enunciados que contienen, ante todo, normas y la determinación de las acciones que las infringen, que constituyen los delitos” (Hugo Vizcardo 2016, p. 82).

“Con la finalidad de orientar la conducta de la persona mediante reglas generales de carácter penal, se debe determinar, en primer lugar, cuáles son los comportamientos reprimibles, ya que el Derecho penal tiene como objetivo evitar su realización. Una conquista del Derecho penal liberal es el de haber llegado a la determinación, que sólo deben ser merecedores de represión penal, los actos que lesionen o pongan en peligro bienes que sean fundamentales para la vida social en común. En el momento actual la doctrina penal de modo unánime subraya la necesidad de que detrás de cada figura delictiva esté presente un bien jurídico, y que en consecuencia, el delito en este sentido consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico” (Berdugo Gómez de la Torre 1993, p. 46). “Clara referencia al principio de protección del bien jurídico consagrado en el artículo IV del Título Preliminar de nuestro Código Penal. Esta determinación legitima el contenido del Derecho penal, alejándolo de consideraciones puramente subjetivas o éticas”. Por ello, Hurtado Pozo, citando a Jescheck, “precisa que toda norma jurídico

penal, tiene que fundamentarse sobre un juicio de valor positivo respecto a tales bienes vitales” (1987, p. 37).

Nosotros consideramos que “si concebimos el Derecho Penal como un instrumento que ha de posibilitar una vida en comunidad, con la finalidad de garantizar el funcionamiento y evolución del sistema social, el concepto de bien jurídico, necesariamente tiene que referirse a la realidad social y sobre esta base no puede concebirse como la creación de la voluntad del legislador, sino que es anterior a la misma y de hecho puede y debe limitar su actividad, que en muchas ocasiones desborda lo legítimo, para amparar intereses subalternos”.

“Por lo dicho, el Derecho penal no puede intervenir ante cualquier perturbación de la vida comunitaria, sino que debe limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social, representados por los bienes jurídicos”. “Por ello, afirma Polaino Navarrete”, que “la opinión mayoritaria en la dogmática penal sostiene que el Derecho penal cumple una función de protección de bienes jurídicos, esto es, de los bienes y valores que son consubstanciales a la convivencia humana y se consideran imprescindibles para la vida social. Esta función tutelar es, en su esencia, una función de garantía, que en cuanto a tal, a su vez, implica una función de prevención de futuros delitos, porque los comportamientos delictivos inciden sobre los objetos jurídicos de tutela penal. Protección y prevención constituyen un binomio inseparable y mantienen una relación de medio a fin. El Derecho penal protege bienes jurídicos (esto es, les concede garantía normativa), con el objetivo de la prevención de la lesión de los mismos (o sea, de la evitación de futuros delitos). La protección de bienes jurídicos es el contenido de la función, y la prevención de delitos es el objetivo final de la misma. Desde esta perspectiva, el bien jurídico, es tanto objeto de protección típica, se convierte en un concepto esencial del Derecho penal, consubstancial a su propia existencia” (2005, pág. 95 a 96).

Es en este ámbito de interpretación, que la protección de la familia se vuelve una imperiosa y fundamental necesidad social, que el Estado debe

preservar utilizando inclusive su poder punitivo. Y es que la familia se constituye en la “célula básica de la sociedad”; así, conforme lo estipula “el artículo 4 de la Constitución”, se precisa que “El Estado protege a la familia y promueve el matrimonio” y los reconoce como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. “Ello viene a ser la premisa para que la mayoría de normas que regulan la familia tengan carácter imperativo, es decir, de orden público o de cumplimiento necesario, pues la organización y desenvolvimiento de las familias interesa de sobre manera a la comunidad y al Estado. Como fenómeno natural, tiene su base en la unión de los sexos y como institución jurídica en el matrimonio (la familia tiene su origen también en las uniones de hecho reconocidas a nivel constitucional)” (Loc. cit.).

La familia viene a ser una “asociación natural y espontánea de personas, que unidas por intereses comunes, cumplen fines naturales, materiales y espirituales que impone la vida”. De esta manera la importancia de la familia como bien jurídico fundamental, legitima la intervención punitiva del Estado.

En este contexto, un aspecto fundamental de la familia radica en la obligación alimentaria, cuya conceptualización deviene de fuentes civilistas. “Así, el artículo 472 del C.C. determina lo que ha de entenderse por el concepto de alimentos; al efecto se entiende por tal, lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo”. Por su parte, la legislación de niños y adolescentes amplía tal determinación normativa, disponiendo que “se ha de considerar como alimentos lo necesario para el sustento, habitación, vestido, educación, instrucción y capacitación para el trabajo, asistencia médica y recreación del niño o adolescente”.

Como observamos, la obligación alimentaria se constituye en un deber impuesto jurídicamente, para asegurar la subsistencia de otros. Y de cara a su amplio aspecto, “también se considera alimentos los gastos del

embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del posparto”. El sistema penal desvalora la conducta de quien omite su obligación alimentaria, tipificando básicamente dos tipos de delitos: El incumplimiento de obligación alimentaria (Art. 149 C.P.) y el abandono de mujer en estado de gestación (Art. 150 C.P.).

Al efecto, al ejercer el fiscal su atribución constitucional ejerciendo la acción penal, se debe tener en cuenta que el “factum objeto de imputación en la formalización de la denuncia, debe ser un hecho preciso (un hecho es *preciso* cuando no está formulado en forma genérica, sino de manera concreta y puntual). De esta manera se abonará al hecho de no trasgredir los derechos fundamentales que integran el debido proceso y la tutela jurisdiccional garantizados por la norma constitucional”.

Pero, al efecto de ello, “no basta con fijar el hecho describiendo el suceso típico de manera general. Es necesario establecer su concreta configuración y el aporte individual que realiza cada persona en particular (sobre todo, en los casos de intervención plural de sujetos). Por otro lado, al describirse el hecho, es importante se determine la relación de causalidad entre la conducta y el resultado, la misma que se realiza desde una perspectiva natural. Ello servirá como base para establecer la relación de causalidad normativa en el momento de la subsunción (imputación objetiva)” (Oré Guardia 2011, p. 89).

“Ahora bien, el hecho tiene que estar claramente individualizado al momento de la denuncia, el inicio de la instrucción o de la formalización de la investigación preparatoria. Es en ese estadio en que se refleja aquella imputación construida a lo largo de la investigación preliminar. La determinación del hecho es dinámica, por lo que en el momento de la acusación o de la sentencia, la descripción factual del comportamiento estará más acabada, pues ella servirá de base no solo de la atribución de responsabilidad expuesta por la Fiscalía, sino también de la condena” (Loc. cit.).

La necesidad de la determinación de la imputabilidad previa al injusto no es un tema nuevo, en todo caso, dicha valoración inicial, de ser positiva, legitimará la actividad de investigación del Fiscal, ante un supuesto hecho delictivo. De esta manera, la imputación necesaria se constituye en un derecho fundamental. “Si el órgano persecutor no formula adecuadamente la imputación (imputación necesaria), entonces el proceso penal devendrá en ilegítimo; y como tal, podría declararse la nulidad de determinados actos procesales. En este sentido, el principio de imputación necesaria al igual que otros principios básicos, también constituye una prohibición de desautorizar el proceso” (Sánchez-Vera y Gómez-Trelles 2012, p. 31).

Así, “el principio de imputación necesaria penetra en todas las etapas de deliberación en el proceso, desde la etapa preliminar hasta la sentencia. Así, por mencionar algunos dispositivos legales, en el art. 329 CPP 2004 se indica que”: “El Fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito (...)”. “Y es que para que el Fiscal admita realizar una investigación preliminar, se requiere que previamente se satisfagan ciertos requisitos, entre ellos, que los hechos que sustenten imputación tengan una mínima apariencia delictiva (causa probable) y que, con ello, se permita hacer una legítima hipótesis provisional de delito. De lo contrario su conducta será arbitraria, vulneradora del debido proceso” (Loc. cit.).

Una adecuada determinación de la conducta típica permitirá al Juez decidir el derecho y fundamentar, de ser el caso, la imposición de una pena ante la comisión del delito. Pero observamos que en el tipo de abandono de mujer en estado de gestación, tipificado en el artículo 150º del Código Penal, se exige como condición de tipo objetivo, que adicionalmente a la circunstancia de haber abandonado “a una mujer en estado de gestación, a la que ha embarazado”, la haya tenido que dejar “en situación crítica”, sin definir la norma los alcances conceptuales de tal determinación.

Por ello, como consecuencia de esta flagrante deficiencia normativa es que en muchos de los casos en que se ha iniciado una

investigación por este delito, se ha concluido señalando que la agraviada no ha acreditado encontrarse "en situación crítica", es decir encontrarse en un estado tal que peligre su vida o la de su prole; no dándose los presupuestos para la configuración de este tipo penal. Ello ha generado un problema, toda vez que las presuntas víctimas de este delito han mantenido falsas expectativas, a pesar de someterse diligentemente a una investigación; sin embargo, el tipo penal plantea como "un elemento del tipo penal", la "situación crítica" en la que tiene que estar la víctima. Al no cumplirse ello por no haber claridad típica, no prosperan las denuncias.

Es importante abordar este tema porque como señala Taboada Pilco, todas las mujeres embarazadas aspiran a que sus hijos sean saludables y a que sus embarazos transcurran sin complicaciones. Empero, todos los días mueren unas 1,500 mujeres y niñas adolescentes por problemas relacionados con la maternidad. Y todos los años, alrededor de 10 millones de mujeres y niñas adolescentes sufren complicaciones durante el embarazo que les ocasionan a ellas y/o a sus hijos infecciones y discapacidades graves. Todos los años nacen muertos cerca de 3 millones de bebés, y 3.7 millones (últimos datos disponibles, 2004) mueren muy poco después de nacer o antes de cumplir un mes. Uno de los factores que explican las muertes neonatales, los partos prematuros y/o el bajo peso al nacer –que puede provocar complicaciones futuras- es la precaria salud de la madre, que muchas veces se origina en enfermedades que no fueron tratadas adecuadamente antes o durante el embarazo.

La mujer no puede estar sola, ante gran responsabilidad, pues como sigue señalando Taboada Pilco, los riesgos de la maternidad para la madre y su hijo se reducen notablemente cuando: 1. La mujer tiene buena salud y un adecuado estado nutricional antes del embarazo; 2. Asiste, al menos, a cuatro visitas prenatales con un agente de salud capacitado. 3. Personal calificado atiende el parto; por ejemplo, un médico, una enfermera o una partera. 4. En caso de surgir alguna complicación, la madre y el bebé tienen acceso a atención especializada. 5. Un agente de salud examina a la

madre y al bebé periódicamente en el transcurso de las 24 horas posteriores al parto, durante la primera semana y seis semanas después del nacimiento.

La obligación del padre, no se limita por el hecho natural de haberlo procreado, sino porque existe un conjunto de obligaciones y derechos correspondientes al padre que logra engendrar descendencia. De manera que la madre abandonada en ese estado y el embrión o feto, merecen protección y castigar a aquel que abandone.

Es en este contexto en que insertamos nuestra investigación, que tiene por finalidad establecer el estudio de los fundamentos político criminales que dieron origen y sostienen la imputación penal de esta modalidad de omisión de asistencia familiar, y realizar una adecuada interpretación de los alcances normativos de sus elementos de tipo objetivo, para precisar el contenido conceptual de lo que ha de imputarse como “situación crítica”, a la que ha de dejarse a la mujer gestante que el mismo agente ha embarazado, en el contexto del “delito de abandono de mujer en estado de gestación con la finalidad de que se realice una efectiva y adecuada imputación penal”.

Al efecto, nuestro trabajo de investigación se divide tres partes; la primera se refiere al tratamiento de los fundamentos generales de la investigación. En el capítulo primero desarrollamos el planteamiento metodológico, definiendo la realidad problemática y el problema general, así como los problemas específicos; establecemos también la justificación de la investigación y definimos los objetivos de la investigación, los antecedentes del problema, “el método de investigación, el diseño de la Investigación, el marco Teórico, las hipótesis y las técnicas de recopilación de datos”.

“En la segunda parte definimos el estado de la cuestión y abordamos el desarrollo del marco teórico. La tercera parte se refiere a la comprobación de las propuestas de solución, de conformidad con las hipótesis formuladas, presentando nuestra postura personal, para finalizar con la exposición de nuestras conclusiones y recomendaciones”.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO	ii
RESUMEN	iii
ABSTRACT	iv
ÍNDICE	v

PRIMERA PARTE

“FUNDAMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN”

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. “Planteamiento del problema”	24
1.1. “Descripción de la realidad problemática”	24
1.2. “Problema de investigación”	28
1.2.1. “Problema general”	28
1.2.2. “Problemas específicos”	28
2. “Objetivos de la investigación”	28
2.1. “Objetivo general”	28
2.2. “Objetivos específicos”	29
3. “Método de investigación”	29
4. “Diseño de la Investigación”	30
5. “Marco Teórico”	30
6. “Hipótesis de trabajo”	31
6.1. “Hipótesis general”	31
6.2. “Hipótesis específicas”	31
7. “Técnicas de recopilación de datos”	32

CAPITULO II

“ESTADO DE LA CUESTION”

1. “Antecedentes del problema de investigación”	33
2. “Justificación de la investigación”	34
2.1. “Justificación teórica”	34
2.2. “Justificación práctica”	35
3. “Estado actual de las propuestas doctrinarias”	36
4. “Resultados esperados”	44
5. “Propuesta de solución proyectada”	46

SEGUNDA PARTE

“DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO”

CAPITULO I

“EL DERECHO PENAL COMO SISTEMA DE CONTROL Y LA IMPUTACIÓN PENAL”

1. “El Derecho penal y su conceptualización”	48
1.1) “Consideraciones objetivas y subjetivas de valides del Derecho penal”	49
1.2) “El Derecho penal y su legitimación social como ordenamiento jurídico”	51
2. “La perspectiva valorativa y finalista del Derecho penal”	61
3. “El carácter represivo – preventivo del Derecho penal”	62
4. “La naturaleza fragmentaria y selectiva del Derecho penal”	64
5. “El Derecho penal como instrumento de protección de bienes jurídicos”	65
6. “La imputación personalísima como garantía del sistema penal”	70
7. “Principios reguladores del control y la imputación penal”	72
7.1. “El respeto a la igualdad y a la dignidad humana”	75
7.2. “El principio de legalidad objetiva”	79

7.3. “El principio de lesividad y materialidad como fundamento de la imputación”	84
7.4. “El principio de necesidad y de mínima intervención”	87
7.5. “El principio de proporcionalidad en la imputación y aplicación de pena”	90
7.6. “El principio de culpabilidad como fundamento de la imputación”	92
8. “La teoría general del delito y su conceptualización”	95
9. “La imputación penal en el delito de lesión dolosa”	99
10. “La imputación penal en el delito de peligro”	104
11. “La imputación penal en el delito de mera actividad”	108
12. “La imputación penal en el delito de omisión”	112
12.1. “Los delitos de omisión en las leyes penales”	113
12.2. “Los criterios para distinguir entre acciones y omisiones”	114
12.3. “El delito de omisión propia”	115
12.3.a) “La tipicidad”	115
12.3.b) “La no realización de la acción mandada”	115
12.3.c) “Poder de hecho para realizar la acción mandada”	115
12.3.d) “La antijuricidad”	116
12.4. “El delito de omisión impropia”	116
12.4.a) “La tipicidad”	117
12.4.b) “La causalidad de la omisión”	120
12.5. “El dolo de la omisión”	121
12.6. “El delito de omisión culposa”	121
13. “La imputación penal en el delito culposos”	122
13.1. “Concepto: fundamento del injusto”	107
13.2. “Estructura del tipo culposos”	125
13.3. “Elementos del tipo culposos”	126
13.3.a) “La infracción del deber de cuidado”	126
13.3.b) “La imputación objetiva del resultado”	131
13.4. “La antijuricidad del delito culposos”	136
13.5. “La atribuibilidad y la culpabilidad en el delito culposos”	136
13.6. “Culpa consciente y culpa inconsciente”	137

CAPITULO II
“EL DELITO ABANDONO DE MUJER
EN ESTADO DE GESTACIÓN”

1. “La familia y su importancia social”	141
2. “El fundamento de la protección penal”	145
2.1. “Corrientes doctrinarias a favor de la protección penal de la familia”	146
2.2. “Corrientes doctrinarias en contra de la protección penal de la familia”	147
3. “El bien jurídico protegido”	150
4. “Sistemática de la protección penal de la familia”	151
5. “La omisión de la asistencia familiar”	152
5.1. “Concepto: Naturaleza jurídica”	152
5.2. “Corrientes a favor de la incriminación del abandono económico de la familia”	153
5.3. “Corrientes abolicionistas anti-retributivas”	161
6. “El derecho alimentario”	163
7. “El delito de abandono de mujer gestante”	167
7.1. “El bien jurídico protegido”	167
7.2. “Los sujetos de la acción”	168
7.3. “Problemática de la imputación objetiva”	169
7.4. “Problemática de la imputación subjetiva”	172
7.5. “Consumación y tentativa”	173
7.6. “La imputación penal y el encuadramiento típico”	173
7.7. “Derecho comparado”	180
7.7.1. Código Penal Argentino	180
7.7.2. Código Penal Uruguayo	181
7.7.3. Código Penal Chileno	182
7.7.4. Código Penal Ecuatoriano	184
7.7.5. Código Penal Boliviano	184
7.7.6. Código Penal Paraguayano	185
7.7.7. Código Penal Colombiano	186
7.7.8. Código Penal Brasileño	187

TERCERA PARTE
“TOMA DE POSTURA Y CONSECUENCIAS”

1. “Análisis e interpretación de la información”	189
1.1. “Comprobación de la Hipótesis Principal”	189
1.1.1. “Universo de la muestra correspondiente a abogados litigantes”	189
1.1.2. “Universo de la muestra correspondiente a magistrados”	190
1.2. “Comprobación de las Hipótesis específicas”	191
1.2.1. “Primera Hipótesis específica”	191
1.2.1.a) “Universo de la muestra correspondiente a abogados litigantes” .	191
1.2.1.b) “Universo de la muestra correspondiente a magistrados”	192
1.2.2. “Segunda Hipótesis específica”	193
1.2.2.a) “Universo de la muestra correspondiente a abogados litigantes” .	193
1.2.2.b) “Universo de la muestra correspondiente a magistrados”	194
1.2.3. “Tercera Hipótesis específica”	195
1.2.3.a) “Universo de la muestra correspondiente a abogados litigantes” .	195
1.2.3.b) “Universo de la muestra correspondiente a magistrados”	196
2. “Conclusiones”	198
3. “Propuesta de solución del problema: Recomendaciones”	204
4. “Consecuencia de la implementación de la propuesta”	205
5. “Beneficios que aporta la propuesta”	208
BIBLIOGRAFIA	209

“PRIMERA PARTE FUNDAMENTOS GENERALES”

“CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO”

1. “Planteamiento del problema”

1.1. “Descripción de la realidad problemática”

“La comisión de un delito de naturaleza pública, determina como efecto inmediato la obligación persecutoria del Estado, cuya representación es asumida por el Ministerio Público”. En efecto, corresponderá al fiscal en lo penal, constituirse en el titular de la acción penal y en razón de ello, asume la función de motivar la actuación jurisdiccional ejercitando la denuncia penal. Para ello, y en salvaguarda del fundamental principio constitucional de defensa y como celoso guardián de la legalidad, para hacer uso de tal atribución, deberá, en primera instancia, realizar una labor de imputación adecuada, que ha de implicar una eficiente labor de tipificación.

Así, desde la perspectiva semántica, “imputar” “significa atribuir la realización de una conducta (comisiva u omisiva) a una persona”. “En otras palabras, <<imputar>> es dar sentido o significado al comportamiento realizado por un sujeto. Desde el punto de vista doctrinal la imputación se define como la atribución, *más o menos fundada*, a una persona de un acto presuntamente punible sin que haya de seguirse necesariamente acusación contra ella como consecuencia” (Catacora Gonzales 1996, p. 167). “En el Derecho Procesal Penal, la calidad de imputado nace en el momento en que el individuo es señalado como partícipe en un hecho delictivo, sin que con ello deba darse por supuesta su culpabilidad, porque un imputado puede ser sobreseído o absuelto, con lo cual desaparecerá la imputación. Pero desde que una persona es objeto de ella, tiene derecho a todas las garantías de la defensa en juicio” (Loc. cit.).

“Para realizar un correcto juicio de adecuación normativa resulta necesario tener en cuenta tanto aspectos objetivos como subjetivos del tipo, ya que el comportamiento humano es siempre objeto de valoración normativa y de prueba. Por tanto, para realizar un correcto juicio de imputación, el <<hecho>> debe estar claramente determinado e individualizado y la prueba, por su idoneidad y legalidad, debe estar orientada a demostrarlo. De esta manera, la imputación necesaria consiste en una imputación correctamente formulada. Esto es, una atribución clara, precisa, explícita, detallada y circunstanciada de una comunicación con apariencia delictiva concretamente individualizado, a una persona determinada, con un nivel de vinculación ciertamente probable; a efectos de que esta tenga la posibilidad de ejercitar eficazmente su derecho de defensa (Oré Guardia 2011, p. 175). Se propicia de esta manera, el aseguramiento del debido proceso y la tutela jurisdiccional que asegura la constitución como derechos fundamentales (Art. 138.3 C.E.).

“La necesidad de tutela surge del enunciado contenido en el artículo 2º inciso d) de la Norma Suprema”, al disponer “Nadie será procesado, ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)”. “Por ello, es derecho de todo procesado el conocer de manera expresa, cierta, e inequívoca los cargos que se formulan en su contra; lo que luego será determinante para la labor jurisdiccional a efectos del desarrollo del proceso y permitirá al imputado el ejercicio pleno e igualitario de su derecho de defensa”.

Pero, al efecto de ello, “no basta con fijar el hecho describiendo el suceso típico de manera general. El hecho tiene que estar claramente individualizado al momento de la denuncia, el inicio de la instrucción o de la formalización de la investigación preparatoria. La necesidad de la determinación de la imputabilidad previa al injusto no es un tema nuevo, en todo caso, dicha valoración inicial, de ser positiva, legitimará la actividad de investigación del Fiscal, ante un supuesto hecho delictivo. De esta manera, la imputación necesaria se constituye en un derecho fundamental. Si el órgano

persecutor no formula adecuadamente la imputación (imputación necesaria), entonces el proceso penal devendrá en ilegítimo; y como tal, podría declararse la nulidad de determinados actos procesales. En este sentido, el principio de imputación necesaria al igual que otros principios básicos, también constituye <<una prohibición de desautorizar el proceso>>” (Sánchez – Vera Gómez – Trelles 2012, p. 31).

“De esta manera, la imputación es necesaria cuando se comunica al imputado que el hecho descrito de modo suficiente por la autoridad se adecua a lo estipulado en el tipo penal objeto de incriminación y le es atribuible en calidad de autor o partícipe, fundado en elementos de convicción que así lo respalde”. Al respecto, en la STC N° 03987-2010- PHC/TC se ha señalado que “En resumen el derecho a ser informado de la imputación tiene tres elementos configuradores: i) La existencia de un hecho concreto y específico o la apariencia verosímil del mismo (STC N.º 8125-2005-PHC/TC); ii) La calificación jurídica (STC N.º 06079-2008-PHC/TC); iii) La existencia de evidencia o de medios de convicción (STC N.ºs 5325-2006-PHC/TC; 9544-2006-PHC/TC)”.

“Existe un acuerdo pacífico y unánime en la doctrina procesal y jurisprudencial suprema –según los lineamientos del Acuerdo Plenario 2-2012/CJ-116–, que el *factum* exigido en la formalización (Art. 336 numeral 2.b CPP) debe ser *preciso*. En estos niveles académicos de discusión, se tiene claro que la *precisión* del hecho en la formalización es una exigencia obligatoria de una “*imputación suficiente*”. En este sentido, los lineamientos doctrinales de nuestra jurisprudencia vinculante, demuestran claramente un total rechazo a la idea equívoca de que no es exigible que el *hecho* de la formalización de investigación preparatoria sea preciso; y que sí, en cambio, en la acusación”.

El problema se presenta de cara a la realización objetiva de tan importante principio de imputación necesaria, pues se observa en la realidad judicial nuestra, que en muchos casos los fiscales o incumplen dicho postulado o lo realizan de manera inadecuada, propiciando con ello la

afectación del derecho del imputado y la perturbación de la actividad jurisdiccional.

Es así que observamos que en el tipo de abandono de mujer en estado de gestación, tipificado en el artículo 150º del C. P., se exige como condición de tipo objetivo, que adicionalmente a la circunstancia de haber abandonado a “una mujer en estado de gestación, a la que ha embarazado, la haya tenido que dejar *“en situación crítica”*, sin definir la norma ni la jurisprudencia los alcances conceptuales de tal determinación”.

Por ello, como consecuencia de esta flagrante deficiencia normativa, que se ha mantenido vigente desde el año 1991, es que en muchos de los casos en que se ha iniciado una investigación por este delito, se ha concluido señalando que la agraviada no ha acreditado encontrarse “en situación crítica”, es decir encontrarse en un estado tal que peligre su vida o la de su prole; no dándose los presupuestos para la configuración de este tipo penal. Ello ha generado un problema, toda vez que las presuntas víctimas de este delito han mantenido falsas expectativas, a pesar de someterse diligentemente a una investigación; sin embargo, el tipo penal plantea como un elemento del tipo penal, la “situación crítica” en la que tiene que estar la víctima. Al no cumplirse ello por no haber claridad típica, no prosperan las denuncias a nivel fiscal y por ende tampoco existen sentencias condenatorias.

Es en este contexto en que insertamos nuestra investigación, que tiene por finalidad establecer el estudio de los fundamentos político criminales que dieron origen y sostienen la imputación penal de esta modalidad de omisión de asistencia familiar, y realizar una adecuada interpretación de los alcances normativos de sus elementos de tipo objetivo, para precisar el contenido conceptual de lo que ha de imputarse como “situación crítica”, a la que ha de dejarse a la mujer gestante que el mismo agente ha embarazado, en el contexto del “delito de abandono de mujer en estado de gestación con la finalidad de que se realice una efectiva y adecuada imputación penal”. Asimismo, se cumpla con la finalidad del Código Penal: preventiva y protectora de la persona humana.

1.2. “Problema de investigación”

1.2.1. “Problema general”

¿El principio de la imputación necesaria, se está aplicando adecuadamente en las denuncias y procesamiento por la comisión del delito de abandono de mujer en estado de gestación?

1.2.2. “Problemas específicos”

1.2.2.a) ¿Existe en el Perú una adecuada y objetiva tipificación del delito de abandono de mujer en estado de gestación?

1.2.2.b. ¿La inexistencia de una definición normativa, de la exigencia típica de dejar a la mujer gestante en <<situación crítica>>, afecta la posibilidad de una adecuada imputación eficiente?

1.2.2.c. ¿La omisión normativa de definir el concepto de <<situación crítica>>, genera un vacío normativo que no permite que prosperen las denuncias de abandono de mujer en estado de gestación generando inseguridad jurídica?

2. “Objetivos de la investigación”

“Toda investigación científica se desarrolla sobre la base de dos tipos diferenciados de objetivos: Objetivo general y objetivos específicos. El objetivo general indica el grado de conocimiento que se desea obtener como resultado de la investigación, mientras que los objetivos específicos pretenden reseñar los resultados o metas parciales obtenidas durante el proceso de estudio”:

2.1. “Objetivo general”

Demostrar si en realidad el principio de imputación necesaria, se está aplicando adecuadamente en las denuncias y procesamiento por la comisión “del delito de abandono de mujer en estado de gestación”.

2.2. “Objetivos específicos”

2.2.a) “Realizar un adecuado estudio de los fundamentos político criminales, así como de la estructura dogmática y los fundamentos doctrinarios, del delito de abandono de mujer en estado de gestación, como una modalidad de los delitos de omisión de asistencia familiar”.

2.2.b) “Establecer si existe en el Perú una adecuada y objetiva tipificación del delito de abandono de mujer en estado de gestación”.

2.2.c) “Establecer si en nuestro sistema, la inexistencia de una definición normativa, de la exigencia típica de dejar a la mujer gestante en “situación crítica”, afecta la posibilidad de una adecuada imputación eficiente”.

2.2.d) “Determinar si la omisión normativa de definir el concepto de “situación crítica”, en nuestro ordenamiento jurídico penal, genera un vacío normativo que no permite que prosperen las denuncias de abandono de mujer en estado de gestación generando inseguridad jurídica”.

2.3.e) “Proponer las modificaciones legislativas necesarias”.

3. “Método de investigación”

“Se puede afirmar que los principales métodos de investigación son el descriptivo y el experimental, los cuales difieren entre sí tomando como referencia los fines perseguidos” (Quiroz 1998, p. 23).

“En el presente caso nos preocupa describir una realidad problemática de deficiencia normativo-protectora, por lo que la presente investigación se constituye en una de naturaleza jurídica-normativa, que se enmarca dentro del método descriptivo-explicativo, porque consiste en describir, analizar e interpretar sistemáticamente un conjunto de hechos o fenómenos con miras a su explicación y crítica” (Zelayaran 2002, p. 41).

4. “Diseño de la Investigación”

“El término diseño se refiere al plan o estrategia concebida para obtener la información que se desea. Al efecto, existen diferentes clasificaciones de los tipos de diseño, pero en el presente trabajo de investigación se utilizará el descriptivo – correlacional, ya que se trata de establecer el grado de relación que existe entre el diseño normativo y la protección que el sistema tiene que brindar a la seguridad jurídica y la observancia del debido proceso” (Solís 2001, p. 27).

“Se propone el diseño de una **investigación jurídica teórico dogmática**, en la que se apelará a fundamentos doctrinarios, históricos y comparativos, que permitan realizar una adecuada función interpretativa de la realidad problemática, a la espera de canalizar aplicativa y explicativamente los resultados y conclusiones”.

5. Marco teórico

“La investigación se realizará sobre la base de los aportes científicos y doctrinarios de”:

- a) “Teoría del delito”
- b) “Teoría de la coerción penal”
- c) “Teoría del proceso penal”
- d) “Principio de legalidad”
- e) “Principio del debido proceso”
- f) “Principio de la tutela jurisdiccional efectiva”
- g) “Principio de imputación necesaria”
- h) “Principio de proporcionalidad”
- i) “Principio de relevancia penal”
- j) “Principio de mínima intervención”

Con nuestro “trabajo de investigación” pretendemos establecer los fundamentos político criminales que dieron origen y sostienen la imputación penal de esta modalidad de omisión de asistencia familiar, y realizar una adecuada interpretación de los alcances normativos de sus elementos de tipo objetivo, para precisar el contenido conceptual de lo que ha de imputarse como “situación crítica”, a la que ha de dejarse a la mujer gestante que el mismo agente ha embarazado, “en el contexto del delito de abandono de mujer en estado de gestación con la finalidad de que se realice una efectiva y adecuada imputación penal”. “En ese sentido, nuestro enfoque busca desarrollar determinados criterios y fundamentos para mejorar la regulación legal de tal institución penal en nuestro país, acudiendo al estudio de la legislación y la doctrina nacional y comparada” (Quiroz 1998, p. 31).

6. Hipotesis de trabajo

6.1. Hipotesis general

H. “El principio de imputación necesaria no se está aplicando adecuadamente, en las denuncias y procesamiento por la comisión del delito de abandono de mujer en estado de gestación”.

6.2. Hipotesis específicas

H.1. “En el Perú no existe una adecuada y objetiva tipificación del delito de abandono de mujer en estado de gestación”.

H.2. “En el Perú, la inexistencia de una definición normativa, de la exigencia típica de dejar a la mujer gestante en “situación crítica”, afecta la posibilidad de una adecuada imputación eficiente”.

H.3. “En el Perú, la omisión normativa de definir el concepto de “situación crítica”, genera un vacío normativo que no permite que prosperen las

denuncias de abandono de mujer en estado de gestación generando inseguridad jurídica”.

7. “Técnicas de recopilación de datos”

“Para recabar la información que nos sirvió de base para la elaboración de nuestra investigación y nos servirá de material de reserva para la defensa de nuestra tesis, hemos utilizado el método del fichaje de los textos (revistas y libros). El contenido de las fichas llenadas ha sido la materia de nuestro análisis, síntesis y reflexión. Toda la metodología antes descrita ha sido volcada sobre la información fundamentalmente recabada en las fichas. Asimismo, los medios electrónicos han sido una fuente muy rica para el hallazgo de material bibliográfico y hemerográfico”.

“Para el tratamiento de la legislación nacional nos sirvió de muchos el sistema peruano de información jurídica (SPIJ) y la suscripción a una importante revista de actualidad jurídica”.

“Aunque no fue lo predominante, los resúmenes descriptivo–analíticos también nos sirvieron para el almacenamiento y procesamiento de información muy importante. Muchos de ellos fueron enriquecidos con el diálogo con especialistas y profesores de la Facultad de Derecho de San Marcos”.

“Hemos utilizado también el recurso de las entrevistas a abogados litigantes y magistrados (Jueces y Fiscales) de Lima Norte, así como la revisión de resoluciones judiciales y disposiciones fiscales diversas”.

CAPITULO II

ESTADO DE LA CUESTION

1. “Antecedentes del problema de investigación”

“Hemos realizado las indagaciones sobre la problemática que planteamos en nuestra propuesta de investigación, sobre el Principio de Imputación Necesaria, en bibliotecas de pre-grado y posgrado de algunas universidades de Lima, como la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Federico Villarreal, Universidad Inca Garcilaso de la Vega y la Universidad San Juan Bautista, no habiéndose encontrado trabajos de investigación semejantes, lo que asegura a nuestra investigación autenticidad y originalidad”.

“No obstante, hemos podido ubicar el desarrollo del tema teórico propuesto, en diferentes libros, que si bien es cierto no se refieren al estudio estricto de la institución procesal, lo tratan de manera genérica, pero que pueden ser citados como antecedentes de la presente investigación. Hemos encontrado las obras tanto en el ámbito nacional como internacional”:

1.1. “Antecedentes nacionales”

CAMPANA VALDERRAMA, Manuel M. (2002). El delito de Omisión a la Asistencia Familiar. Doctrina, Jurisprudencia, Derecho Comparado. Aspectos Procesales. Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima – Perú.

“PEÑA CABRERA, Raúl (1992). Tratado de Derecho Penal Parte Especial. T 1. Ediciones Jurídicas Lima – Perú”.

SALINAS SICCHA, Ramiro (2008). Derecho Penal Parte Especial. 3º Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima – Perú.

“VILLA STEIN, Javier (1998). Derecho Penal Parte Especial I-B: Delitos contra el honor, la familia y la libertad. Editorial San Marcos. Lima – Perú”.

“TABOADA PILCO, Giammpol (2019). Delito de Omisión a la Asistencia Familiar y Proceso Inmediato. Editorial Legis. Lima – Perú”.

1.2. Antecedentes internacionales

“BARRETO ARDILLA, Hernando y otros (2003). Lecciones de Derecho Penal Parte Especial. Universidad Externado de Colombia. Panamericana Formas e Impresos S.A. Bogotá – Colombia”.

“MARIN, Jorge L. (2008). Derecho Penal Parte Especial. 2° edición actualizada. Editorial Hammurabi. Buenos Aires – Argentina”.

“QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. (2007). Derecho Penal Español. Parte Especial. Delitos Contra los Intereses Individuales y Colectivos. José María Bosch Editor S.L. Barcelona – España”.

“TERRAGNI, Marco Antonio (2012). Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial I. Editorial la Ley. Buenos Aires – Argentina”.

2. “Justificación de la investigación”

2.1. “Justificación teórica”

“Desde el punto de vista teórico la investigación se halla plenamente justificada, puesto que, en un sistema democrático de derecho, en el que el fin supremo de la constitución y las leyes es la persona humana, es necesario el aseguramiento de los fundamentales derechos que le son reconocidos, no obstante haber sido imputado por la comisión de un delito”.

De esta manera, no se puede simplemente pre juzgar o ya lapidar a quien se considera delincuente; surge para él como persona humana la

necesidad de una tutela jurisdiccional efectiva, la que surge del enunciado contenido en el artículo 2º inciso d) de la Norma Suprema, al disponer “Nadie será procesado, ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (...)”. “Por ello, es derecho de todo procesado el conocer de manera expresa, cierta, e inequívoca los cargos que se formulan en su contra; lo que luego será determinante para la labor jurisdiccional a efectos del desarrollo del proceso y permitirá al imputado el ejercicio pleno e igualitario de su derecho de defensa. Estos principios se trasladan también al aseguramiento de los derechos que le asisten a la víctima”.

“Asimismo, la investigación propuesta se halla justificada en el sentido que, para la efectivización de una adecuada imputación penal, es necesario exigir en nuestros operadores penales, fijar el hecho describiendo el suceso típico de manera específica. Por otro lado, al describirse el hecho, es importante que se determine la relación de causalidad entre la conducta y el resultado, la misma que se realiza desde una perspectiva natural. Ello servirá como base para establecer la relación de causalidad normativa en el momento de la subsunción (imputación objetiva)”.

“En este sentido, la justificación es de carácter teórico en el sentido que implicará hacer un estudio de los fundamentos típicos que deben orientar la imputación penal del delito de abandono de mujer en estado de gestación, desde la perspectiva de una adecuada imputación objetiva, determinando su naturaleza, características, elementos, entre otros aspectos relevantes así como su regulación en la legislación comparada, ello además, sin dejar de lado el importante tratamiento de este principio en las resoluciones judiciales”.

2.2. “Justificación práctica”

“También la investigación tiene justificación de carácter práctico, puesto que implicará analizar en su dimensión pragmática, diversos casos que se han dado en nuestra judicatura en los que por defecto de la determinación

normativa de lo que ha de entenderse como <<situación crítica>>, se han archivado denuncias sobre abandono de mujer en estado de gestación”.

Al efecto, se hará necesario acudir al estudio de diversas resoluciones de archivamiento, en relación a un número importante de denuncias desestimadas por nuestra judicatura, justamente por no haberse acreditado suficientemente dicha exigencia típica de “haber dejado a la mujer gestante en situación crítica”.

“Este análisis práctico nos permitirá hacer un estudio útil y necesario, a fin de apreciar si en nuestro medio se aplican correctamente los fundamentos de la imputación necesaria en relación al delito de abandono de mujer en estado de gestación, y sin con ello se resguarda la seguridad jurídica y la vigencia del debido proceso”.

“Dentro de este ámbito, también será necesario recoger las opiniones de especialistas y profesionales vinculados a la protección y defensa de derechos humanos, así como de los operadores del sistema de justicia, que nos permitan establecer las posibles deficiencias y/o vacíos de la normatividad en relación a la imputación de este tipo de delito de omisión a la asistencia familiar”.

3. Estado actual de las propuestas doctrinarias

Para MANUEL CAMPANA VALDERRAMA, “la familia es una institución social cuyo concepto es definitivamente cultural, siendo que cada cultura tiene una noción específica de ella. Para la cultura occidental, proveniente de la cultura greco-romana, familia proviene de la voz latina <<familia>>, que se define como <<...grupo de personas emparentadas entre sí, que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas>>” (2002, p. 27).

“En fin, creemos que todas las características que se le pueda atribuir a este componente fundamental de la sociedad humana, siempre estarán dirigidas a uniformar su contenido, de modo que en el uso de tan sólo una de

ellas, comprendamos qué es la familia o como bien se ha señalado a pesar de no tener un origen conocido, se ha impuesto por la plena exactitud de su contenido, de manera que no es posible delinear un concepto abstracto e intemporal de la familia, sino que, en todo caso, lo factible sería analizar el significado de la expresión familia computando los caracteres propios de una estructura familiar concreta, vigente en un determinado tiempo y espacio sociales y aun así, con las necesarias especificaciones y particularidades. Por ello, la coexistencia –en una misma época y lugar- de varios tipos de familia, ha permitido la formulación del <<principio de pluralidad de los tipos>>” (2002, p. 30).

Para FERNENDO SILVA SANTISTEBAN, “En sus más profundas raíces la existencia de la familia se debe a las necesidades mismas de la supervivencia y socialización de los individuos, en la misma relación como se debe la supervivencia de nuestra especie a la existencia de la sociedad” (1998, p. 370).

Para HENRY, LEÓN Y JEAN MAZEAUD, “la familia, como producto cultural, ha exhibido a través del tiempo fisonomías de diversa naturaleza por lo que su concepto no es unívoco. Así, la simple y muy usada denominación de familia nos lleva a recordar agrupaciones de personas muy diferentes entre sí. Así tenemos entonces, patrilineales, matrilineales, patrilocales o matrilocales, familia gens, de orientación u origen, familia conyugal, matrimonial o extramatrimonial, ensamblada, monoparental y segmentaria, etc.” (1976, p. 6 y ss).

Para FRANCESCO D’AGNOSTINO, “No puede dudarse de que la dimensión institucional de la familia constituye un valor que ha de respetarse, en cuanto garantiza el compromiso y la duración; y tampoco puede dudarse que la persona individual puede legítimamente pedir a la familia la protección y la promoción de sus exigencias privadas. Pero también está claro que el vínculo jurídico, sino se conjuga con otros valores, se encuentra expuesto a degradarse hasta ir a parar en el más vacío formalismo; paralelamente, la pretensión de que la familia tutele el interés privado de cada uno de sus

miembros, en ausencia de toda remisión a valores más altos, puede empobrecer la comunión familiar, reduciéndola a una mera asociación de mutuo socorro” (D’agnostino 1991, P. 17).

Para BRAMONT ARIAS TORRES, “la familia es la base necesaria y el más poderoso elemento de grandeza de las naciones. Es el grupo fundamental, eterno e insustituible del Estado. La familia y Estado son términos indisolublemente unidos. Los destinos de la familia están visceralmente unidos a los de la sociedad. Cualquiera que sea el resultado de la investigación histórica sobre el origen de la familia y de la especulación filosófica sobre sus relaciones con el Estado, hay un hecho cierto e incontrolable, cual es, que cuando más vigorosamente está constituida la familia, más fuerte y próspero es el Estado” (1954, p. 539).

De la literatura penal desarrollada en el Perú, “se observa que los penalistas coinciden en sostener que se trata de proteger la integridad física y moral de la mujer en estado de gestación, por lo tanto, se pretende evitar algún daño en aquel sentido”. “Bramont-Arias Torres afirma que” “el bien jurídico protegido es la familia, específicamente los deberes de asistencia que tiene todo hombre referente a una mujer cuando está embarazada y en situación crítica” (1998, p. 132).

“Los autores nacionales citados propician confusión cuando afirman que el bien jurídico está constituido por los deberes de asistencia que tiene todo hombre respecto a una mujer embarazada, cuando lo real y coherente no es el deber de asistencia que tiene todo hombre respecto a cualquier mujer gestante, sino los deberes de asistencia que tiene el autor de la gestación respecto de la mujer a la que embarazó. Al identificarse plenamente al autor o sujeto activo de la conducta en el tipo penal, queda fuera la frase <<todo hombre>> para dar paso <<al hombre que ocasionó el embarazo>>” (Loc. cit.).

Por su parte, Bramont-Arias Torres expone que “el comportamiento consiste en abandonar en situación crítica a una mujer embarazada, por lo

tanto, es un delito de omisión, donde se incumple el mandato de prestar asistencia a la pareja, cuando esta se encuentra en situación crítica y embarazada, entendida esta circunstancia como extrema de peligro para su vida y salud” (1998, p. 132).

Para FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “tradicionalmente el cumplimiento de los deberes familiares siempre ha sido una cuestión jurídico-privada, al margen del Derecho penal. Sólo la ruptura del deber de fidelidad conyugal, así como el quebrantamiento de otros deberes familiares, que llevaran aparejados la lesión o puesta en peligro de algunos de los bienes jurídicos vida o integridad física, de las personas individuales que componían la familia. Se consideraba incluso que una excesiva intromisión del Estado en el ámbito familiar podía tener malas consecuencias”.

“Esta fue la idea que dominó en la codificación penal del siglo XIX, presidida por el espíritu liberal de la época. Lo que motivó que, en la mayoría de los Códigos penales decimonónicos, faltase un título para agrupar los delitos que atacan a la familia, aun cuando ya algún autor a fines del siglo XIX abrogara por su creación. Sin embargo, tal concepción fue cambiando con la aparición de nuevas tendencias e ideologías. Las nuevas concepciones sobre la familia, como núcleo natural y básico de la sociedad, y la publicitación del Derecho de familia, motivaron la introducción en los Códigos penales, de nuevas figuras de delitos que atacan fundamentalmente a la familia” (1996, p. 251).

En estos delitos, “lo que se protege es la familia, siendo que la razón de su incriminación se basa más en el derecho a la seguridad material que se deriva de esas relaciones familiares. El término <<seguridad>> indica lo contrario a <<peligro>> o, mejor, significa ausencia de todo peligro y en ese sentido ni la Ley penal ni nadie puede garantizar una protección absoluta que excluya todo peligro, ya que es inevitable un cierto grado de peligro en toda actividad humana. <<La seguridad>> a la que aquí nos referimos debe ser entendida como la expectativa jurídicamente fundada que puede tener toda persona a ser ayudada por sus familiares obligados a ello en el caso de que

así lo necesite, o que, por lo menos, no va a ser puesto en situación peligrosa por esos familiares” (1984, p. 264).

“La familia es una institución de carácter público con individualidad autónoma, así lo dispone la Constitución y por tanto es sujeto de intereses jurídicos distintos en relación a las personas que la integran. A decir de Peña Cabrera, “la familia es la más antigua de las instituciones sociales, tiene su origen en el mismo Derecho Natural; se obliga para su normal desenvolvimiento, el sacrificio de todos y cada uno de los integrantes. Para el hombre es la primera sociedad –considerada como la única inevitable- y, hoy sigue siendo un complejo vivo lleno de problemas; pero no por ello debemos menospreciar que, es depositaria de una cultura, que junto con la moral forma parte de una conciencia sana” (1992, p. 388). “Así, la defensa de la familia ha de partir del hecho, científicamente comprobado, de que se trata de una institución fundada en la historia y mediada por procesos económicos, sociales y políticos que se comunican, en cada época, una fisonomía especial y fines determinados” (Loc. Cit.).

Conforme lo indica SALINAS SICCHA, “es evidente la importancia de la familia para la organización y desenvolvimiento del Estado, en consecuencia, el legislador no ha tenido otra alternativa que darle su real dimensión al momento de legislar y regularle a fin de no distorsionar los lazos nacidos del matrimonio, parentesco o afinidad. En esta línea de razonamiento, no resulta raro ni casual que el Estado haga uso del derecho punitivo para proteger a la familia y sancionar conductas que puedan afectarlo. En doctrina del derecho penal, no pocos entendidos han señalado que la intervención del Estado en las relaciones familiares vía el derecho punitivo, en lugar de resultar beneficioso puede ser contraproducente, mas no dañina. No contribuye de manera alguna a mejorar la situación económica ni lograr su unidad. Se concluye que el Estado debe abstenerse de intervenir por aquél medio. Sin embargo, pensamos que tal intervención se justifica por el hecho concreto de garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones y deberes familiares, cuando los ciudadanos dolosamente pretenden sustraerse” (2008, p. 326).

En suma “el tipo penal en análisis se configura cuando el agente intencionalmente omite cumplir su obligación de prestar alimentos, establecido en una resolución judicial como pensión alimentaria después de agotado un proceso sumarísimo sobre alimentos” (2008, p. 404). “Efectivamente comete delito de omisión a la asistencia familiar, el que voluntariamente, sin justificación ni motivo legítimo alguno, dejare de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes legales inherentes a la patria potestad, tutela o matrimonio”.

“Necesariamente, para que se configure este ilícito tiene que existir una resolución judicial en donde se le incrimine al agente a prestar alimentos, de lo contrario no se configurara el ilícito penal. Se debe señalar que este ilícito es de peligro, la víctima no requiere probar haber sufrido algún daño con la conducta omisiva del agente” (2008, p. 405). “En concreto solo basta con dejar de cumplir la obligación para configurar el ilícito (delito de omisión propia y de mera actividad)”.

“La jurisprudencia nacional se ha manifestado en la ejecutoria Suprema del 01 de julio de 1999, donde señala” “que conforme a la redacción del artículo ciento cuarenta y nueve del código penal el delito de omisión de asistencia familiar se configura cuando el agente omite cumplir con la prestación de alimentos establecido por una resolución judicial, razón por la que se dice que es un delito de peligro. Es decir, basta con dejar de la obligación para realizar el tipo, sin que sea necesario que debido a tal incumplimiento se cause un perjuicio a la salud del sujeto pasivo”. (2008, p. 405).

“El interés fundamental que pretende proteger el Estado con la tipificación de la conducta punible, lo constituye los deberes de asistencia alimentaria y psicológica que le asiste al autor de un embarazo respecto de la mujer que temporalmente atraviesa aquel bendito estado, deberes que son ineludibles cuando la situación de la gestante es apremiante con la finalidad de evitar riesgos para su vida e integridad física y moral” (2008, p. 420).

“Se trata de un delito conocido en doctrina como especial, debido que el propio legislador ha identificado a las personas que pueden constituirse en sujetos activos de la conducta delictiva. Al indicarse en el tipo penal <<el que abandona (...) a la que ha embarazado>>, en forma coherente se concluye que sujeto activo solo puede ser un hombre y autor del embarazo de la víctima o agraviada. La condición de autor solo está reservada para el que ocasionó u originó un embarazo en la víctima. Nadie más puede constituirse en sujeto activo, ni remotamente” (2008, p. 421).

“Por otro lado, también de la lectura del tipo penal fluye que agraviado o sujeto pasivo de la conducta en comentario no puede ser cualquier mujer embarazada, sino únicamente aquella mujer que, aparte de estar gestando, esté atravesando una situación crítica que pone en riesgo su vida e integridad física y moral. Esta última circunstancia es importante para constituirse en sujeto pasivo, caso contrario, si la mujer embarazada no corre ningún riesgo por tener una situación económica y psicológica holgada, es imposible que se constituya en víctima del presente ilícito penal” (Loc. Cit.).

En opinión de MAURICIO MARTÍNEZ SANCHEZ, “Para que el Derecho penal pueda intervenir, con sus graves consecuencias, en la solución o manejo de los conflictos sociales, ha de ser absolutamente imprescindible, <<necesario>>, puesto que de otra manera la pena constituiría una lesión inútil de derechos fundamentales. Si el Derecho penal se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. Así, el principio de necesidad conduce pues, a la **exigencia de utilidad**, lo que plantea la controvertida cuestión de si realmente el Derecho penal sirve para evitar delitos. Planteamiento que incluso ha llevado a algunos, como Mauricio Martínez, a propiciar la posibilidad de la <<abolición del Derecho penal>> <por abolicionismo se conoce una corriente de la criminología moderna o crítica, que como su nombre lo indica, propone la abolición no solo de la cárcel, sino de la totalidad del sistema de la justicia penal>” (1990, p. 13).

Para JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, “la necesidad de orientar la intervención punitiva del Estado hacia un Derecho penal mínimo (minimización de la respuesta jurídica violenta contra el delito) constituye una afirmación que, a fuerza de ser repetida por todos los sectores doctrinales, empieza a correr el riesgo de convertirse en un tópico desprovisto de contenido concreto. Sin embargo, existe consenso en torno a la idea de que el Derecho penal debe ser la última ratio (el último recurso) de la política del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir” (Zugaldía Espinar 2004, p. 202).

Para JOSÉ ESCRIVA GREGORI, “tampoco podemos permitir, por el mismo principio de subsidiaridad, que el Estado descuide la supervisión y protección de los derechos fundamentales de la familia en cuanto tal”. “El poder público no puede permanecer inactivo viendo cómo se desmorona la primera célula de su organismo, sino que debe tutelar a la familia en su función ético-social de coordinación de fuerzas” (1976, p. 192). “Por tanto: la familia en las circunstancias actuales necesita la protección del Derecho público, contra los repetidos abandonos económicos que atacan y ponen en peligro su existencia como institución. El interés jurídico protegido no es la armonía de tal o cual hogar, sino la institución familiar en general”.

En opinión de RAÚL PEÑA CABRERA, “el hecho punible conocido como abandono de mujer embarazada aparece debidamente tipificado en el artículo 150 del código sustantivo que literalmente señala: El que abandona a una mujer en gestación, a la que ha embarazado y que se halla en situación crítica, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de cuatro años y con sesenta a noventa días multa”. “Como se puede notar es un delito de peligro, ya que su consumación típica, no está condicionada a la concreción de un resultado exterior alguno, basta con que el autor no de cumplimiento efectivo a la prestación alimenticia, sin necesidad de que ex - post haya de acreditarse una aptitud de lesión para el bien jurídico protegido, por lo que es de peligro abstracto y no de peligro concreto” (2008, p. 434).

“La protección de la norma penal se funda en el cumplimiento del deber de asistencia que le concierne a la mujer que ha sido embarazada y abandonada a una situación de extrema necesidad que hace peligrar su seguridad y la supervivencia del fruto de la concepción. Por tanto, la tutela defiende no sólo la integridad física y moral de la gestante, sino también – como dice Peco- <<la esperanza de la vida del embrión>>” (1992, p. 446).

Para JAVIER VILLA STEIN, “el comportamiento en este delito es uno de abandono, apartamiento, alejamiento físico y material con cese de toda asistencia psicológica, física y alimentaria por parte del actor, no obstante hallarse el sujeto pasivo, en situación crítica, entendiéndose por esta situación aquella en que peligr la vida y la integridad psicológica y moral de la mujer embarazada” (1998, p. 99).

“El delito de abandono de persona en gestación se configura cuándo el agente, después de haberla embarazado, abandona a su víctima en estado crítico y no le permite generarse recursos para su propia subsistencia, poniendo de ese modo en peligro concreto su vida o salud”.

Villa Stein señala que “el comportamiento es de abandono, apartamiento, alejamiento físico y material con cese de toda asistencia psicológica, física y alimentaria por parte del actor no obstante hallarse el sujeto pasivo, en situación crítica, entendiéndose por esta situación aquella en que peligr la vida y la integridad psicológica y moral de la mujer embarazada” (1998 a, p. 99).

4. Resultados esperados

Como ya hemos tenido oportunidad de especificar, “no puede dudarse de que la dimensión institucional de la familia constituye un valor que ha de respetarse, en cuanto garantiza el compromiso y la duración; y tampoco puede dudarse que la persona individual puede legítimamente pedir a la familia la protección y la promoción de sus exigencias privadas” (D’agnostino 1991, P. 17). De esta manera, conforme lo indica Salinas Siccha, “es evidente

la importancia de la familia para la organización y desenvolvimiento del Estado, en consecuencia, el legislador no ha tenido otra alternativa que darle su real dimensión al momento de legislar y regularle a fin de no distorsionar los lazos nacidos del matrimonio, parentesco o afinidad. En esta línea de razonamiento, no resulta raro ni casual que el Estado haga uso del derecho punitivo para proteger a la familia y sancionar conductas que puedan afectarlo. En doctrina del derecho penal, no pocos entendidos han señalado que la intervención del Estado en las relaciones familiares vía el derecho punitivo, en lugar de resultar beneficioso puede ser contraproducente, mas no dañina. No contribuye de manera alguna a mejorar la situación económica ni lograr su unidad. Se concluye que el Estado debe abstenerse de intervenir por aquél medio. Sin embargo, pensamos que tal intervención se justifica por el hecho concreto de garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones y deberes familiares, cuando los ciudadanos dolosamente pretenden sustraerse” (2008, p. 326).

No obstante, “de modo alguno podemos pensar que el Derecho penal interviene en todas las relaciones familiares que regula el derecho de familia. El derecho punitivo se concreta a proteger relaciones familiares que tienen que ver con los cónyuges y con los parientes consanguíneos en línea recta. Al legislador de la normativa penal solo le interesa tutelar cuatro aspectos fundamentales para la subsistencia normal y desenvolvimiento regular de la familia. Pretende proteger la estabilidad matrimonial dentro del sistema monogámico, el derecho a la certeza de la filiación de los hijos respecto de los padres (lesión al estado civil de las personas), el derecho de custodia que corresponde a los padres respecto de los hijos (atentados contra la patria potestad) y tutelar las obligaciones alimenticias (omisión de asistencia familiar)” (Loc. cit.).

“Es así que teniendo en consideración estas premisas, es que con los resultados de nuestro trabajo de investigación esperamos contribuir a la labor docente, dando a conocer los logros de la investigación, a efecto de propiciar el necesario debate jurídico, que permita el mejoramiento de la legislación y el aporte de nuevos conocimientos doctrinarios y de legislación comparada.

Contribuir también con el aporte de la interpretación necesaria para la labor de los operadores legislativos y de justicia”.

5. Propuestas de solución proyectada

“Como ya dejamos expresado, nuestra investigación, tiene por finalidad realizar un estudio de tipo dogmático doctrinario, que nos permita establecer la realidad jurídica de la protección que en nuestro sistema penal, se hace de la asistencia a una debida protección de la gestante en cuanto al aseguramiento de su derecho de alimentos y seguridad personal, a fin de apreciar si en nuestro medio se aplican correctamente los fundamentos de la imputación necesaria, en materia de atribuir responsabilidad penal a quienes omitiendo sus fundamentales obligaciones hacen abandono de una mujer a la que han embarazado, para determinar los posibles vacíos y deficiencias normativas, con miras a proponer soluciones y posibles modificaciones legislativas”.

“Es así que teniendo en perspectiva los objetivos planteados como premisa de nuestra investigación, nuestro trabajo se fundamenta principalmente en la necesidad de reorientar y afianzar el conocimiento doctrinario de la evolución y la realidad actual de la protección penal, que en nuestro país se hace de tan importante bien jurídico protegido, desde la perspectiva constitucional basada en los más modernos principios penales orientados a la protección de la persona humana y la correcta administración de justicia; para reconducir la labor docente, legislativa y a la interpretación judicial y doctrinaria, que por la importancia del tema en estudio, requiere una mejor y mayor profundidad, para propiciar un mejor conocimiento por parte de alumnos, profesores y operadores, tanto legislativos como judiciales”.

“Por ello, los beneficios que aporta nuestra propuesta están directamente relacionados a contribuir con la labor docente y operativo-judicial, dando a conocer los logros de la investigación a efecto de propiciar el necesario debate jurídico, que permita el mejoramiento de la legislación y el aporte de nuevos conocimientos doctrinarios y de legislación comparada”.

“Por eso es que teniendo en perspectiva nuestro objetivo general y habiendo identificado que en el Perú el principio de imputación necesaria, no se está aplicando adecuadamente en las denuncias y procesamiento por la comisión del delito de abandono de mujer en estado de gestación, proponemos recomendaciones, relacionadas a las acciones que el Estado deberá realizar en relación a su marco institucional y las necesarias modificaciones legislativas, ya que nuestro trabajo pretende propender una mejora de la legislación en armonía con la política criminal preventiva, protectora y garantista diseñada por nuestra Constitución, por lo que en general, siendo que se encuentra ad portas la implementación de un nuevo Código Penal, recomendamos en principio reformular los fundamentos dogmáticos de este delito y sobre la base de los nuevos conocimientos que aporta la doctrina y la experiencia nacional, se proceda a reformular en lo pertinente el mismo”.

SEGUNDA PARTE

“DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO”

CAPITULO I

“EL DERECHO PENAL COMO SISTEMA DE CONTROL Y LA IMPUTACIÓN PENAL”

1. El Derecho penal y su conceptualización

“Desde la perspectiva de un concepto general, el Derecho penal está constituido por un conjunto de normas que definen las conductas prohibidas, que se configuran como infracciones criminales y que imponen como consecuencia penas o medidas de seguridad”. A decir de “García Pablos de Molina”, “El Derecho penal puede definirse, desde un enfoque dinámico y sociológico, como uno de los instrumentos del control social formal a través del cual el Estado, mediante un determinado sistema normativo (las leyes penales) castiga con sanciones negativas de particular gravedad (penas y otras consecuencias afines) las conductas desviadas más nocivas para la convivencia (delitos y faltas), procurando de este modo la necesaria disciplina social y la correcta socialización de los miembros del grupo” (2009, p. 119).

Conforme Roxín, “el Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad, las que se constituyen el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico-penales, lo que significa que el Derecho Penal en el sentido formal es definido por sus sanciones. Si un precepto pertenece al Derecho Penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones <pues eso lo hacen también múltiples preceptos civiles o administrativos>, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad (por ello es que se propugna acuñar el nombre de: Derecho Penal y de medidas)” (1997, p. 141).

“Dado que el Derecho penal, a diferencia del Derecho Civil, no se basa en el principio de equiparación, sino en el de subordinación del individuo al poder del Estado (que se le enfrenta ordenándole mediante la norma penal), es parte integrante del Derecho Público. No pertenecen al Derecho Penal, sino al Derecho Público en sentido estricto, aquellos preceptos que conminan la conducta anti normativa con otras sanciones distintas de las del Derecho punitivo” (Hugo Vizcardo 2016, p. 32). “Así el Derecho disciplinario de diversos status profesionales (por ejemplo de los funcionarios) no es Derecho Penal, porque el castigo disciplinario de infracciones no es una pena en el sentido estricto. Igualmente el derecho de las contravenciones, regulado en nuestra normatividad mediante Decreto Supremo No 005-2000-IN, de fecha 25 de Mayo del 2000 (Código Administrativo de Contravenciones de Policía), cuya disposiciones en parte son similares a las del Derecho penal, tampoco son Derecho penal, ya que sus tipos sólo permiten el castigo con sanciones administrativas, que pueden ser: decomiso, multa, pago reparatorio y servicios a la comunidad” (Loc. cit.).

“El Derecho penal trata las conductas conminadas con pena en cuanto a sus presupuestos y consecuencias; se ocupa por tanto del objeto propiamente dicho, de la <<materia>> de la justicia penal y se denomina por ello también <<Derecho Penal Material>>. Este Derecho Penal Material debe delimitarse de otros campos jurídicos emparentados, que sólo junto con el Derecho penal regulan legalmente todo el campo de la justicia penal y que hacen del hecho, el autor y la persecución penal el objeto de los esfuerzos legislativos y científicos. Los más importantes de esos campos jurídicos vecinos son el Derecho Procesal Penal, el Derecho de la medición de la pena, el Derecho Penitenciario, el Derecho Penal Juvenil y la Criminología” (Roxin 1997, p. 144).

1.1) “Consideraciones objetivas y subjetivas de valides del Derecho penal”

“Tradicionalmente suele distinguirse el Derecho penal en subjetivo y objetivo. En su perspectiva subjetiva, se entiende como el <<derecho>> de

castigar (*ius puniendi*); aunque modernamente ya no se concibe como <<derecho>>, sino como <<potestad punitiva>>. El *ius puniendi* faculta al Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas; y, en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas (es el poder jurídico que permite al Estado a crear y a aplicar el Derecho Penal objetivo <criminalidad primaria y criminalidad secundaria>). En esta noción está contenido el fundamento filosófico del Derecho penal. Por otro lado, en sentido objetivo, el Derecho penal es el conjunto de normas jurídicas, establecidas por el Estado, que determinan los delitos y las penas. Esta noción contiene el fundamento del Derecho penal positivo. Por ello es que Von Liszt lo definía como <<el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian al crimen, como hecho, a la pena, como legítima consecuencia>>” (Hugo Vizcardo 2016, p. 42).

“Como producto de la evolución de la doctrina y de las legislaciones, a estas nociones tradicionales se ha agregado, por su importancia de carácter esencialmente preventivo, el concepto de <<medida de seguridad>>. Así pues, se llegó a proponer que el Derecho penal en su aspecto subjetivo, tendría que definirse como el derecho del Estado a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad; y, en su sentido objetivo, como el conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de seguridad con que aquellos son sancionados. Es así que el Derecho penal se constituye en aquella parte del ordenamiento jurídico, que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad” (Hugo Vizcardo 2016, p. 35).

“En tal sentido, conforme lo señala Mir Puig”, “la definición de Von Liszt puede ser mejorada, para entender como Derecho Penal al conjunto de normas jurídicas que asocian al delito, como presupuesto, a penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica (resulta interesante la posición del maestro español, quien indica que sin embargo el Derecho penal no se agota en la fijación de penas y medidas de seguridad para los delitos, sino que ante todo supone normas que prohíben la comisión de delitos” (1996,

p. 98). “El Derecho está integrado no sólo por normas en sentido estricto, sino también por valoraciones y principios, lo que aconseja preferir el término genérico <<prescripciones>>, por lo que prefiere definir al Derecho penal como: conjunto de prescripciones jurídicas que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica” (Loc. cit.).

“Pero el Derecho penal no se encasilla en este dualismo conceptual, ni en nociones puramente normativas, su influencia abarca otros aspectos fundamentales, que se relacionan con los mecanismos sociales de control y la conjunción de normas y reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas a que haya lugar ante la infracción de las mismas. En tal sentido el Derecho penal tiene incidencia tanto en el ordenamiento social como en el ordenamiento jurídico” (Cfrme. Notas de clases).

1.2) “El Derecho penal y su legitimación social como ordenamiento jurídico”

“La simple contemplación de cualquier realidad social pone claramente de manifiesto que las colectividades humanas (igual, o más incluso, que cualquier otra comunidad de seres vivos -ya que el hombre, a diferencia de los animales, posee una inteligencia muy desarrollada-), son básicamente plurales y conflictivas. Ello se debe a que las mismas se integran por miembros muy distintos entre sí e imperfectos. Precisamente por ello, la convivencia entre los seres humanos es fuente de continuos conflictos (individuales y sociales) que surgen desde el mismo momento en que los integrantes del grupo social expresan sus deseos, frustraciones y agresividad (sentimientos latentes en toda persona) realizando conductas que lesionan los derechos de otros componentes del grupo” (“Zugaldía Espinar 1993, p. 128”).

Así, “modernamente concebido, el Derecho penal se constituye en un medio de control social, ya que forma parte integrante de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida de relación social. El Derecho penal comparte su tarea

con la ética y la moral, aunque no puede identificarse con estas. El control social comprende aquellos mecanismos y modelos socio culturales, mediante los cuales el Estado ejerce su dominio sobre los individuos que componen una sociedad dada, buscando superar las tensiones o controversias que los puedan aquejar, tratando así de erradicar los elementos conflictivos potenciales que puedan amenazar los intereses comunes, propiciando una mejor convivencia social” (Bacigalupo 1989, p. 211).

“Efectivamente, a través de los sistemas de control social se imponen límites al comportamiento de los integrantes del grupo social para permitir el buen funcionamiento de las relaciones sociales y mantener sus formas de vida (política y económica) y su cultura” (“Zugaldía Espinar 1993, p. 87”).

“Claro está, que si bien estos mecanismos buscan superar tensiones o conflictos opuestos entre individuos o grupos parciales de una sociedad determinada, coincidimos con Villavicencio” (1990, p. 91) que “no siempre se les puede atribuir sólo esta finalidad, pues también pueden servir como instrumentos de opresión o sometimiento por parte de los grupos que detentan el poder” (“conforme: Bustos Ramírez 1982, p. 213”). “El control social se constituye así en una condición esencial de la vida de relación social, pues asegura el cumplimiento de las expectativas estatales de controlar, orientar y planificar la vida en común. De ello se deduce que el control social influye en los límites de la libertad humana en sociedad y es también un instrumento de enculturación y socialización de sus miembros. Desde esta perspectiva no hay alternativa al control social, lo que ha llevado a decir a Muñoz Conde, que es <<inimaginable una sociedad sin control social>>” (Cit. Hugo Vizcardo 2016, p. 38).

“El control social se representa así, con una cobertura muy amplia generando una diversa influencia en la población. Puede estar oculto o disimulado (normas educativas, terapéuticas, religiosas, de familia, costumbres, etc., pero otras veces se presenta explícito (sistema penal). Se pueden diferenciar así formas de control social formal e informal”.

1.2.a) “El control social natural o informal, se constituye en un mecanismo natural de regulación social, que incide sobre la vida de relación sin crear conflicto, y resulta eficaz en relación directamente proporcional a la adaptación social de los individuos en sociedad, y a la aceptación (internalización) de estos mecanismos por parte de ellos (que aceptan lo que la sociedad les impone a lo largo de su vida), que pueden ser por ejemplo relacionadas a normas familiares, educativas, terapéuticas, políticas, artísticas, etc.” (Hugo Vizcardo 2016, p. 41).

“Por otra parte, nos dicen Hassemer y Muñoz Conde”, “también en relación con los sistemas de reacción frente a la criminalidad hay que tener en cuenta que estos no son siempre los que oficialmente se prevén en las leyes y que, por diversas razones, la respuesta al delito no es siempre la pena (o las medidas de seguridad), sino que hay otras formas de solución del conflicto, a veces más eficaces, que las penales oficialmente previstas. La criminología tiene que ocuparse también del estudio de esas otras formas de reacción social de carácter no formal y de su incidencia en el control de la criminalidad y en las personas implicadas en un conflicto criminal (efecto intimidatorio, tratamiento penitenciario, resocialización, etc.” (2012, p. 87).

Coincidimos con Villavicencio en que “el Perú es un país pluricultural, lo que origina que existan otros mecanismos naturales de regulación social con características propias, que adquieren formas naturales de solución de conflictos de acuerdo a su ubicación geográfica, cultura y costumbres, como sucede por ejemplo en las comunidades andinas y amazónicas, rondas campesinas, pueblos jóvenes en sectores urbanos, etc.” (1990, p. 92)

“Este control social denominado también natural, está llamado a constituirse en la primera y más importante barrera de contención al que el Estado debería acudir en su lucha contra la criminalidad, pero que lamentablemente no muestra en nuestro país un adecuado nivel de éxito, por la inexistencia de una adecuada política prevencionista y la desidia de las autoridades políticas, que no invierten en el afianzamiento de la educación, la

retoma de valores, la unión familiar, el control de los contenidos televisiones e informativos, etc.” (Loc. cit.)

1.2.b). “El control social artificial o formal, a diferencia del caso anterior, se constituye en un mecanismo artificial de regulación social, por cuanto su aplicación se materializa sólo cuando los mecanismos informales fracasan y es necesaria la composición social mediante la coerción punitiva. Ello se logra mediante la intervención del sistema penal, entendido como el control social punitivo institucionalizado (que involucra la determinación o selección del comportamiento desviado, la consecuencia jurídica y la operatividad para la aplicación de la coerción)”. Por ello, dice Zugaldía, “desde un punto de vista sociológico, puede afirmarse que el Derecho penal constituye un instrumento de control social a través del cual el Estado intenta encauzar los comportamientos individuales en la vida en sociedad procurando que los componentes del grupo social interioricen sus normas y asuman los modelos de conducta que las mismas encierran (socialización), mediante el procedimiento de conminar con sanciones (penas) ciertos hechos (delitos) intolerables para la convivencia” (1993, p. 229).

“Para este efecto el Estado pone en funcionamiento agencias y operadores de control penal, como son la policía, jueces, fiscales, procuradores, etc., y viabiliza su operatividad mediante medios normativos, como el Código Penal, Código de Procedimientos Penales, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal, Leyes Orgánicas, etc., adicionando a ello los medios logísticos, económicos, administrativos, etc. necesarios para la función. Aparece así una aparente posición onnipotente del Estado, que en aras de una pretendida <<teoría de la seguridad nacional>>, lo podría llevar al extremo totalitario de implementar el derecho penal como instrumento de opresión y respuesta ante situaciones políticas apremiantes, lo que nos introduciría en los aspectos más oscuros y negativos del derecho punitivo” (Loc. cit.).

“Por ello se hace necesaria la determinación de los límites de la potestad punitiva del Estado, mediante el respeto de los principios

constitucionales que orientas al Derecho penal. Esta posible situación anómala, ha llevado a la doctrina a plantearse la posibilidad de desaparecer el derecho penal (tesis abolicionista). Posición doctrinaria, que se ve matizada con la aparición de tendencias que postulan la vigencia de un derecho penal mínimo (minimización del Derecho Penal). Este <<Derecho Penal mínimo>>, como así lo refrendó Ferrajoli, es una nueva técnica de tutela de derechos fundamentales, que se basa en un planteamiento utilitarista, orientado a la minimización de la violencia en la sociedad, respetando primordialmente las garantías individuales” (Hugo Vizcardo 2016, p. 40).

“Por sistema penal se entiende, in extensu, al conjunto de instituciones estatales, que de acuerdo a su actividad funcional, intervienen en la creación y aplicación de las normas penales en sociedad”. En tal sentido, Zaffaroni indica que “el sistema penal es entonces, la parte del control social institucionalizado, que contiene un discurso punitivo” (1985, p. 31). “Para su funcionamiento, dispone de distintas agencias, como la institución policial, el Poder Judicial y la administración penitenciaria, que se encuentran delimitados por medios normativos como leyes orgánicas, código penal, código procesal penal, código de ejecución penal, entre otras” (“Villavicencio 1990, p. 93”).

“Entendido así, el sistema penal evidencia su necesidad y razón de ser, aunque su deslegitimación es muy acentuada, y en tal sentido el profesor Zaffaroni, expresa que”: “los sistemas penales latinoamericanos presentan características negativas, como la utilización de la violencia abierta (detenciones arbitrarias, ejecuciones sin proceso, apremios ilegales, etc.) sectorización (funcionamiento asimétrico, descoordinado de las parcelas del control social penal), burocratización (separación de funciones con contradicción de discursos y actitudes, lo que da por resultado una compartimentalización del sistema penal) y corrupción (actuaciones de los operadores con fines de lucro)” (1985, p. 99). “El sistema penal nacional no está exento de estas observaciones”.

“Entre los elementos integrantes del sistema penal, encontramos los siguientes sub sistemas”:

a) “El Sub Sistema Policial: La Policía Nacional, conforme al mandato constitucional, tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno, prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad; garantizar el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado, así como prevenir, investigar y combatir la delincuencia (Art. 166 Constitución Política). Desde esta perspectiva, la institución policial se constituye en uno de los instrumentos de mayor fuerza con que cuenta el poder político. Su misión es estar al servicio del Estado y en tal condición, al lado de los ciudadanos, si éstos obedecen los mandatos del mismo”.

“La Policía está jerárquicamente organizada y depende formalmente del Poder Ejecutivo. A diferencia de otras ramas de la administración pública, tiene relación directa con las libertades fundamentales y actúa no sólo como auxiliar de la función jurisdiccional, sino en el ejercicio de su propia competencia y autonomía, adoptando inclusive medidas preventivas y cautelares (ejemplo de ello lo tenemos en las normas contenidas en el Código Administrativo de Contravenciones de Policía -D.S. 005-2000-IN publicado el 25 de mayo del 2000-, que faculta a esta institución a imponer sanciones contravencionales, de orden coercitivo). Su <<fuerza>>, puede manifestarse en algunos casos, como <<violencia>>, por ello, su participación en determinados actos, pueden lindar en ámbitos de ilegitimidad con respecto al paradigma del Estado de Derecho”.

“Por ello, indica Bustos Ramírez”, “el planteamiento del Estado Social de Derecho trae como consecuencia la necesidad de vinculación social entre policía y comunidad y, por ello, el requerimiento de asunción por parte de la policía, de valores de asistencia social a todos los niveles” (1983, p. 116).

“Acertadamente Rosa Mavila (en extracto de clases en la UNMSM), informa que en el proceso de criminalización secundaria, la policía

mantiene un amplio campo de decisión, pues prácticamente define quienes son <<presuntos responsables>>, bajo ciertos criterios de selectividad como la apariencia, conductas sospechosas, lugar de procedencia, modos de hablar, vestir, etc., asumiendo incluso funciones de juez, porque utiliza diversos mecanismos de resolución de conflictos. Por ello, es indispensable lograr la máxima transparencia en la actividad policial, con el propósito de conseguir que la ciudadanía y sus representantes puedan ejercer una revisión crítica de sus actos”. “La policía debe incorporarse a la vida ciudadana activamente, transformando su organización, con el objetivo de eliminar o reducir los procesos de criminalización atentatorios del principio de igualdad, reconocido por la Carta Magna” (“Ferrajoli 1995, p. 766”).

b) “El Sub Sistema Judicial, que se encuentra compuesto por”:

- “El Ministerio Público.- De conformidad con el mandato constitucional, el Ministerio Público es un órgano público autónomo del Estado y sus miembros actúan con independencia en el desempeño de sus atribuciones. Sobre él recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejerciten. De acuerdo al artículo 159 de la Constitución, le corresponde, promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el Derecho. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia, representar a la sociedad en los procesos judiciales, conducir desde su inicio la investigación del delito, así como ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte”.

“Actualmente, se asiste a un proceso de reforma procesal penal en Latinoamérica, en el cual el Ministerio Público juega un rol importante. Este movimiento apunta esencialmente al cambio del llamado sistema inquisitivo por el sistema acusatorio, para lo cual se demanda una institución preparada para sumir roles de cambio y de liderazgo que no sea sólo caja de resonancia de los vicios de la cultura inquisitiva” (Conforme: Rosa Mavila <en extracto de clases en la UNMSM>).

- “El Poder Judicial.- Conforme al principio universal, contenido en nuestra Carta Magna, la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes (Art. 138 de la Constitución). Así, El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a su Ley Orgánica”.

“Sin duda, uno de los aspectos más sensibles en esta agencia de control penal, es la llamada <<independencia judicial>> (reconocida en la Constitución Política de 1993, en su artículo 146º inciso 1o). En doctrina, se distingue entre una independencia <<externa>> y otra <<interna>>. La primera garantiza al juez su autonomía respecto de los poderes ajenos a su propia estructura institucional; mientras que la <<interna>>, es la que le garantiza su autonomía respecto del poder de los propios órganos de la institución judicial. Así, se afirma que un juez independiente no debe ser un empleado del poder ejecutivo o legislativo, ni tampoco serlo de las instancias superiores; por ello, las dos formas de independencia resultan necesarias y concurrentes para posibilitar la autonomía moral de los magistrados, vale decir, para dotar al juez del espacio necesario para resolver conforme a su entendimiento de la ley y del derecho. Zaffaroni agrega que “la independencia interna, sólo puede garantizarla una magistratura en la que se reconozca que todos los jueces son en principio iguales, y que las únicas diferencias que median entre ellos son las derivadas de sus distintas funciones en razón de las distintas asignaciones de competencia. Esta magistratura <<horizontal>> se opone frontalmente a las magistraturas <<verticalizadas>>, cuyos modelos más perfectos, los brindan, originariamente, la magistratura napoleónica y, modernamente, la magistratura fascista” (1983, p. 121).

“La preconizada independencia judicial se constituye así en presupuesto para la imparcialidad de los jueces, que deben asumir su posición de <<tercero entre partes>>. Este concepto, sin embargo, no debe coincidir con la imagen de un magistrado sin ideas o desligado de los problemas de su comunidad (<<juez aséptico>>). En un sistema democrático, la imparcialidad

se obtiene mediante un pluralismo ideológico propio de la misma, cuando la estructura de la magistratura permite la disparidad de ideas, el debate interno, las tensiones propias de los diferentes modos de concebir el mundo y el derecho” (Loc. cit.).

“Es necesario también tener en cuenta”, como indica Roberto Bergalli, que “en la actividad judicial aparecen implicados distintos operadores del derecho, de modo que quien pretenda conocer en profundidad el funcionamiento y las diversas facetas que comprende el conjunto de operaciones vinculadas a ella, deberá, sin duda, estudiar los papeles que dichos operadores desenvuelven en la búsqueda de la justicia. Así los abogados, los funcionarios y empleados en los diversos órganos judiciales, toda la gama de los tantos auxiliares de la justicia (médicos forenses, peritos en múltiples aspectos técnicos, etc.), constituyen los representantes de distintas funciones y, a la vez, el reflejo de los diferentes intereses que confluyen en la tarea judicial” (1983, p. 115).

c) “El Sub Sistema Penitenciario”: “Esta agencia de control, se constituye en el órgano de ejecución de las decisiones del poder penal. Su actividad funcional corresponde a la denominada tercera etapa del proceso de criminalización, que se ha dado en denominar <<poder de ejecución>>, porque es la fase que permite al gobierno o la administración decidir en torno al tratamiento, el sitio de reclusión y el régimen disciplinario a que es sometido el condenado” (Pérez pinzón 1988, p. 224).

“Conforme a su postulado principista, nuestro sistema penitenciario, tiene por finalidad la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (inciso 22, del artículo 139 de la Constitución Política del Estado y artículo II del Título Preliminar del Código de Ejecución Penal, que es su marco normativo)”. “En tal sentido, nuestro ordenamiento legal de ejecución, consigna expresamente en la Exposición de Motivos del Código de Ejecución Penal, que <<el tratamiento es el elemento esencial del sistema penitenciario>>, al que estará sujeto el condenado de manera integral desde su ingreso hasta su liberación” (Art. 3). “El tratamiento

será individualizado y grupal y consistirá en la utilización de métodos médicos, biológicos, psicológicos, psiquiátricos, pedagógicos, sociales, laborales y todos aquellos que permitan obtener el objetivo del tratamiento, de acuerdo a las características propias del interno” (Art. 61). “Nuestro sistema de ejecución penal, se adscribe a los lineamientos de la criminología clínica, porque tiene un enfoque multidisciplinario de la criminalidad, que parte de la apreciación del delito, la personalidad y la peligrosidad del delincuente, y procura su rehabilitación por medio del tratamiento penitenciario. Se vale de diagnósticos, pronósticos y análisis del estado peligroso, estudios para los cuales se nutre de la psicología, psiquiatría, antropología individual y, eventualmente de sociología”.

“Nuestro sistema penitenciario, está adscrito entonces a la <<ideología del tratamiento>>, a la filosofía de la resocialización en boga en los años sesenta que hoy se encuentra en crisis, por la imprecisión de sus presupuestos, la fungibilidad de sus metas y modelos y la coactividad de los medios con que se lleva a cabo” (García Pablos de Molina 2009, p. 231). “En realidad, los <<resultados>> que ha conseguido la filosofía, son tan imperceptibles, que nadie ha podido demostrar empíricamente las bondades de sus planteamientos, quedando por ello como simples buenos propósitos, donde el objetivo resocializador de gran espectro, se convierte en una utopía” (Loc. cit.).

“La dificultad de aplicar sus procedimientos en los delincuentes ocasionales, en profesionales y autores de delitos de <<cuello blanco>>, obligan a revisar sus planteamientos. La propuesta que formula Alessandro Baratta en el sentido de abandonar en todas sus consecuencias prácticas la concepción patológica del detenido, constituye un importante aporte pues a partir de la presunción de normalidad del detenido, los programas de reintegración pueden resultar más adecuadas a las exigencias de cada individuo” (Hugo Vizcardo, p. 86).

“Es evidente, que en la actualidad, la institución de la cárcel no cumple sus fines y más bien ha llegado a constituirse en un gran medio

reproductor de violencia, en la que confluyen la corrupción, alcoholismo, drogadicción, promiscuidad, homosexualismo y violencia. En los últimos años, observamos esfuerzos por mejorar la infraestructura carcelaria, aunque la necesidad ha llevado a priorizar los recursos, ya que se ha dado un notable impulso a la construcción e implementación de penales de máxima seguridad en desmedro de otro tipo de establecimientos, como por ejemplo, aquellos destinados a primarios de fácil readaptación” (Loc. cit.).

2. “La perspectiva valorativa y finalista del Derecho penal”

“Desde la óptica del principio de mínima intervención, el Derecho penal sólo acoge parcelas del injusto general, escogiendo teleológica y valorativamente como objeto de protección jurídica, los bienes de mayor prevalencia social, a los que unge como bienes jurídicamente protegidos. Se le asigna por ello la doble finalidad preventiva y protectora. En toda sociedad existen pautas, valores y vehículos para perseguirlas, que forman parte de la conciencia jurídica ciudadana ya arraigados, por ejemplo: fidelidad, respeto, obediencia, vida y trabajo. Objetivo del Derecho penal es, entonces, proteger ese conjunto esencial de valores, por ejemplo, prohibiendo su desconocimiento y sancionando a quien lo viola. Antes que vigilar la integridad de los bienes jurídicos legalizados, corresponde al Derecho penal velar por la incolumidad de la conciencia jurídica comunitaria” (Pérez Pinzón 2005, p. 181).

“En el mundo político contemporáneo el marco valorativo para el sistema penal surge de la visión y contenidos del modelo de Estado democrático, del respeto al hombre y a sus derechos fundamentales, de la coexistencia del pluralismo étnico y cultural de la nación, etc.; pues son los valores del sistema político constitucional y la vida social nacional los que determinan el marco de valores propios para el sistema punitivo”.

“El Derecho penal es también finalista, pues su sistemática está encaminada a la tutela de aquellos intereses socialmente prevalentes, sea de naturaleza particular o concerniente a las instituciones o al Estado. De esta

manera, la protección que el Derecho penal asegura a estos intereses fundamentales llamados bienes jurídicos, tiene por finalidad asegurar a las personas y a la comunidad, las condiciones indispensables para la convivencia pacífica, como medio para la consecución de una coexistencia pacífica, digna e igualitaria”.

“El carácter finalista del sistema penal conlleva de la misma forma la seguridad de las garantías mínimas que tiene la persona vinculada al proceso penal; y precisamente el Derecho penal objetivo se identifica también como un límite de contención al uso desbordado del poder punitivo, así como un marco de seguridad que debe observar el operador jurídico del sistema penal” (Gómez López 2001, p. 103).

3. El “carácter Represivo – preventivo del Derecho penal”

El Derecho penal hace residir su obligatoriedad en la amenaza de las sanciones que contiene. Por ello es posible afirmar que no ha perdido su carácter sancionatorio (por tanto, todavía se denomina “Derecho Penal”). “No obstante ello, modernamente ya no es concebido como pura reacción punitiva-vindictiva, sino que desde la perspectiva de una connotación eminentemente <<motivacional>>, se le asigna una doble finalidad preventivo-protectora, que actualmente denota su humanización y caracteriza al Estado social y democrático de derecho. Es justamente por ello que el artículo I del Título Preliminar de nuestro Código Penal, establece que las normas punitivas tienen como objeto la <<prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad>>” (Loc. cit.).

“Por ello, y para justificar y legitimar la función de tutela y protección de la sociedad, asignada al Derecho Penal, éste ha de propender la protección de aquellos intereses sociales fundamentales, que por su importancia deban merecer la protección punitiva. Se trata de la protección de los denominados <<bienes jurídicos>>. Pero además de ello, para que el Derecho penal pueda intervenir, con sus graves consecuencias, en la solución o manejo de los conflictos sociales, ha de ser absolutamente imprescindible,

<<necesario>>, puesto que de otra manera la pena constituiría una lesión inútil de derechos fundamentales” (Hugo Vizcardo 2016, p. 56).

“El Derecho penal tiene una función represiva en tanto interviene para reprimir o sancionar el delito ya cometido. Pero esta función represiva va siempre acompañada de una función preventiva, pues con el castigo del delito se pretende, al mismo tiempo, impedir también que en el futuro se cometa por otros o por el mismo delincuente. Las carencias propias de nuestro sistema penal, la crisis de valores, la ausencia de un Derecho penal específico para jóvenes delincuentes y la anti técnica y facilista costumbre de sobre criminalizar conductas, propiciando la agravación indiscriminada de la pena como prácticamente única respuesta al fenómeno delincuencial, se constituyen en los obstáculos principales de nuestro sistema punitivo para llevar a cabo una buena función preventiva” (Bacigalupo 1999, p. 135).

“La represión punitiva debe ajustarse también a la exigencia de proporcionalidad abstracta entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, con la que el mismo se conmina y la exigencia de proporcionalidad concreta entre la pena aplicada al autor y la gravedad del hecho cometido. El principio de proporcionalidad, en sentido estricto, obliga a ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica” (Loc. cit.). “En nuestro sistema se encuentra expresado sustantivamente en el Artículo VIII del T. P. del Código penal, que establece que <<la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho>> (con la excepción expresada en la misma norma, en el sentido que lo preceptuado no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente en el delito)”.

Por otro lado, y “como misión atribuida por el Estado, corresponde al Derecho penal proteger la convivencia humana en sociedad. Dado que el orden social no puede asegurar por sí solo la convivencia humana en la comunidad, requiere completarse, perfeccionarse y reforzarse por medio del orden jurídico. Así, el Derecho penal asegura la inquebrantabilidad del orden jurídico por medio de la coerción estatal. También el Derecho civil y el público prevén la posibilidad de aplicación de un tipo de coacción, pero la

amenaza de coerción propia (la pena) y su realización, pertenecen al núcleo mismo del Derecho Penal. Tan es así, que si el Derecho Penal dejara de poder garantizar la seguridad y el orden, aparecería el caos y la venganza privada” (Muñoz Conde y García 1996, p. 135).

“El poder punitivo del Estado no puede ser utilizado de cualquier forma y medida para proteger la convivencia humana en la sociedad. El Derecho Penal debe, ciertamente, contribuir a superar el caos en el mundo y a contener la arbitrariedad de los hombres por medio de una consciente limitación de su libertad; pero sólo puede hacerlo de forma compatible con el nivel cultural general de la Nación. El Derecho Penal sólo puede asegurar la protección de la sociedad garantizando la paz pública, respetando la libertad de actuación del individuo, a la vez que defendiéndola de la violencia ilegítima, y actuando con arreglo al principio de justicia distributiva (*iustitia distributiva*) en caso de infracciones importantes” (Jescheck 1981, p. 255). “En tal perspectiva el Derecho Penal únicamente puede imponer limitaciones cuando ello resulte absolutamente indispensable para la protección de la sociedad, en cuyo caso la norma penal se constituye en la <<ultima ratio>> que como herramienta corresponde utilizar al Estado mediante el legislador. Al mismo tiempo, con la evitación de graves arbitrariedades, ha de procurar al individuo una esfera dentro de la cual pueda decidir con libertad y realizar sus decisiones según su criterio. El Derecho penal no sólo limita, pues, la libertad, sino que también crea libertad” (Loc. cit.).

4. “La naturaleza fragmentaria y selectiva del Derecho penal”

“Por cuanto la normatividad penal es expresión sólo de las conductas más nocivas; por lo tanto, no protege todos los bienes jurídicos que como derechos se le reconoce en general a la persona, sino que procede a seleccionar de todos ellos, cuál o cuáles revisten primerísima importancia y preponderancia social. Esta selección parte de una diversidad de criterios, que tienen que ver con decisiones políticas, importancia personal o social, conveniencia colectiva o nacional, conflictos internos o externos, factores económicos, etc.” “Como vemos, estos criterios involucran una diversidad de

situaciones, que en muchas oportunidades responden a posiciones de poder, que traen como consecuencia una denominada tendencia <<clasista>> en la elaboración del Derecho penal. Digamos claramente que nuestro sistema de Derecho penal es de tendencia <<clasista>>, por cuanto se legisla en contra de unos para favorecer a otros sectores generalmente detentadores del poder económico; ello es así, pues del Derecho penal expresa las realidades sociales, económicas, culturales y políticas que existen en la sociedad que lo produce” (Pasukanis, Eugeny B. 1976, p. 96).

“Planteado así el tema, se constata que el Derecho penal no interviene con su potestad sancionadora, en todos los ámbitos del injusto en general, sino que escoge el contenido de su propio injusto que encasilla en específicos tipos penales. En tal sentido, sólo trata con fragmentos de la antijuricidad en general. Por ello se dice que es un sistema discontinuo de ilicitud, ya que, por principio de legalidad, las manifestaciones de conducta humana, por más inmorales que fuesen, sino están comprendidas en un tipo penal, resultan inocuas o irrelevantes para el Derecho Penal (se sitúan en los denominados vacíos de licitud, que las hace permitidas, aunque puedan ser moralmente repudiadas)” (Hugo Vizcardo 2016, p. 76).

5. “El Derecho penal como instrumento de protección de bienes jurídicos”

“El control social penal se sirve de un particular sistema normativo, que traza pautas de conducta al ciudadano imponiéndole mandatos y prohibiciones. Sin embargo, y contra lo que mantuvo la Escuela de Kiel, la función de la norma penal no se agota en la creación de <<deberes jurídicos>>. La norma penal establece deberes jurídicos, desde luego, pero su finalidad no puede consistir en la mera creación de deberes y obligaciones. Ésta, lógicamente, ha de pre ordenarse a la defensa de algún bien o interés valioso, es un medio o instrumento, una técnica que articula dicha protección. Porque no se trata de prohibir por prohibir, de castigar por castigar, sino de hacer posible la convivencia y la paz social” (García Pablos de Molina 2000, p. 88). “De acuerdo con este punto de partida (la naturaleza <<instrumental>>

del Derecho penal al servicio de la convivencia humana) entiende la doctrina dominante que el cometido esencial del Derecho penal es la protección de los valores fundamentales del orden social; esto es, la salvaguarda de bienes jurídicos” (Loc. Cit.).

“Desde una perspectiva puramente jurídica, el Derecho Penal se caracteriza por ser un conjunto de normas para la aplicación de las consecuencias jurídicas ante las infracciones del ordenamiento penal. Por ello es que se le conceptualiza, como aquella parte del ordenamiento jurídico, que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad. Al respecto debemos agregar que el Derecho Penal tiene pues, un objetivo de carácter sistemático, destinado al desarrollo y explicación coherente y racional de estas reglas jurídicas referidas al delito, a las penas y medidas de seguridad. Lo que diferencia sustancialmente al Derecho penal de otras ramas del Derecho es, ante todo, la especie de consecuencias jurídicas que le son propias: Las penas y las medidas de seguridad. Pero además, la gravedad de la infracción de las normas que constituyen el presupuesto de la aplicación de la pena. Como parte del ordenamiento jurídico, el Derecho penal está constituido por enunciados que contienen, ante todo, normas y la determinación de las acciones que las infringen, que constituyen los delitos” (Pérez Alvares 1995, p. 115).

“Con la finalidad de orientar la conducta de la persona mediante reglas generales de carácter penal, se debe determinar, en primer lugar, cuáles son los comportamientos reprimibles, ya que el Derecho penal tiene como objetivo evitar su realización. Una conquista del Derecho penal liberal es el de haber llegado a la determinación, que sólo deben ser merecedores de represión penal, los actos que lesionen o pongan en peligro bienes que sean fundamentales para la vida social en común”. Anota “Berdugo Gómez de la Torre”, que “en el momento actual la doctrina penal de modo unánime subraya la necesidad de que detrás de cada figura delictiva esté presente un bien jurídico, y que en consecuencia, el delito en este sentido consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico” (2010, p. 146) (“principio de protección del bien jurídico consagrado en el artículo IV del Título Preliminar

de nuestro Código Penal”). “Esta determinación legitima el contenido del Derecho penal, alejándolo de consideraciones puramente subjetivas o éticas”. Por ello es que “Hurtado Pozo, citando a Jescheck”, precisa que “toda norma jurídico penal, tiene que fundamentarse sobre un juicio de valor positivo respecto a tales bienes vitales. Esta concepción surgió en contra de la tradicional teoría que consideraba a la infracción como un ataque contra los derechos subjetivos de la persona cuya base era la teoría del contrato social” (1987, p. 237).

“No obstante los esfuerzos realizados, no se ha logrado evitar que el concepto de bien jurídico siga siendo <<una noción oscura y discutida>>. “De otro lado, es claro que no aparece otro factor que se revele como más apto para cumplir una tarea limitadora de la acción punitiva del Estado (es necesario recordar, que la delimitación del contenido del tipo del injusto, tiene directa relación con la precisión del bien jurídico que se protege)”. “La dificultad reside en que la determinación de los bienes que deben ser protegidos penalmente (criminalización primaria), presupone un juicio de valor de parte de quien detenta el poder, y en que éste no puede hacerlo sin despojarse de sus ideas, anhelos y prejuicios políticos, religiosos y culturales. Ante la cuasi imposibilidad de determinar los criterios objetivos útiles para la formación de este juicio valorativo, los juristas recurren actualmente, al catálogo de valores reconocidos en las constituciones. Mas este criterio no deja aún de ser inseguro. Esto es notorio cuando sus defensores se ven obligados a considerar que no todos los bienes reconocidos constitucionalmente deben ser penalmente protegidos. Sin embargo, es de admitir que la Carta fundamental (sin considerarla un rígido corsé), bien puede servir como base y marco de la actividad legislativa en materia penal” (Hugo Vizcardo 2016, p. 84).

“Lo que interesa es no dejar en la medida de lo posible, en manos de quien detenta el poder, un arbitrio ilimitado en la determinación de los bienes que deben ser penalmente protegidos, y de cuáles son los comportamientos que deben ser prohibidos. Un concepto material del bien jurídico, pleno de contenido, sería en cierta medida, capaz de permitir una

crítica de la actividad legislativa penal. Los bienes jurídicos son tales, no porque el legislador los considere merecedores de protección jurídica, sino porque, son en sí, presupuestos indispensables para la vida en común; por ejemplo, la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, etc. Se trata en realidad de aquellas condiciones fundamentales que para Hart constituyen el <<mínimum de derecho natural>> que es necesario reconocer” (Loc. cit.).

“Si concebimos el Derecho penal como un instrumento posibilitador de la vida en comunidad, cuya finalidad es la de garantizar el funcionamiento y evolución del sistema social, el concepto de bien jurídico, necesariamente tiene que referirse a la realidad social y sobre esta base no puede concebirse como la creación de la voluntad del legislador, sino que es anterior a la misma y de hecho puede y debe limitar su actividad, que en muchas ocasiones desborda lo legítimo, para amparar intereses subalternos”.

“Por lo dicho, el Derecho penal no puede intervenir ante cualquier perturbación de la vida comunitaria, sino que debe limitarse a la protección de los valores fundamentales del orden social, representados por los bienes jurídicos”. Así, sostiene “Polaino Navarrete”, que “la opinión mayoritaria en la dogmática penal sostiene que el Derecho penal cumple una función de protección de bienes jurídicos, esto es, de los bienes y valores que son consubstanciales a la convivencia humana y se consideran imprescindibles para la vida social. Esta función tutelar es, en su esencia, una función de garantía, que en cuanto a tal, a su vez, implica una función de prevención de futuros delitos, porque los comportamientos delictivos inciden sobre los objetos jurídicos de tutela penal. Protección y prevención constituyen un binomio inseparable y mantienen una relación de medio a fin. El Derecho penal protege bienes jurídicos (esto es, les concede garantía normativa), con el objetivo de la prevención de la lesión de los mismos (o sea, de la evitación de futuros delitos). La protección de bienes jurídicos es el contenido de la función, y la prevención de delitos es el objetivo final de la misma. Desde esta perspectiva, el bien jurídico, es tanto objeto de protección típica, se convierte en un concepto esencial del Derecho penal, consubstancial a su propia existencia” (2005, p. 95 - 96).

“Por su parte, Günther Jakobs, en su propuesta funcional-normativista de interpretación del Derecho penal, revisa la idea de la teoría del bien jurídico, sometiéndola a una dura crítica, manifestando que resulta un sinsentido afirmar que el Derecho penal protege bienes jurídicos, ya que como se aprecia tácticamente, el sistema penal recién se pone en marcha una vez que el bien ya ha sido lesionado o puesto en peligro (por ello Welsel afirmaba que el Derecho penal siempre actúa <<demasiado tarde>>). Para Jakobs, “la pena no repara bienes, sino que confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas” (Loc. cit.).

Así, precisa Polaino Navarrete, que “la función del Derecho penal reside, según Jakobs, en la confirmación de la vigencia de la norma: se trata, pues, de una función de garantía de la estructura o identidad normativa de la sociedad. Sobre la base de la dialéctica hegeliana, concibe Jakobs el delito <<como afirmación que contradice la norma>> y la pena <<como respuesta que confirma la norma>>, de manera que <<la prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal, por tanto, confirma la identidad social>>, es decir, <<restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma>>. Ejemplo: el autor de un homicidio expresa a través de su hecho que no hay que respetar la norma contra el homicidio; con la pena, sin embargo, se declara que esa expresión carece de relevancia, que la norma sigue vigente” (1990, p. 100).

Pero “los juicios de valor subyacentes en las normas jurídico-penales no se refieren únicamente a los bienes jurídicos que se desea proteger, sino también a la cualidad de las acciones humanas, que de forma reprochable, desprecian esos bienes jurídicos. Es así que la doctrina penal acepta también que la misión del Derecho Penal consiste tanto en la

protección de bienes jurídicos, como en la protección de los valores ético sociales de la acción y que el delito está, por tanto, constituido por el desvalor del resultado (lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y por el desvalor de la acción (abandono de los valores ético sociales de la acción). La norma penal tiene ciertamente una función protectora de bienes jurídicos, pero esta función protectora sólo puede llevarse a cabo a través de una función motivadora de conductas humanas, es decir, motivando a los ciudadanos para que se abstengan de lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos protegidos” (“conforme: Muñoz Conde y Jescheck, Ob. cit., p. 213”).

6. La imputación personalísima como garantía del sistema penal

Porque “del hecho punible sólo responde su autor”. “El Derecho Penal debe aplicarse exclusivamente al agente sobre quien ha recaído el juicio-diagnóstico de culpabilidad. El Derecho penal actual es incompatible con la responsabilidad objetiva o con una idea de represión por las conductas de otras personas a modo de responsabilidad colectiva” (Villavicencio Terreros 2006, p. 113). Así, fuera de la contemporánea discusión acerca de la “responsabilidad penal directa de la persona jurídica” (que no es del caso tratar aquí), “el principio de culpabilidad personal trasciende al Derecho penal y a la Política Criminal, ya que es considerado como uno de los elementos básicos del Estado democrático de Derecho, pues supone un auténtico límite al ius puniendi estatal, sirve para la individualización de la pena, y delimita las causas de exclusión de la culpabilidad”. En tal sentido, el artículo VII del Título Preliminar del Código penal expresa que: “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.

“Conforme a ello, en primer lugar, la ley puede conminar con pena sólo formas de conducta que fundamenten un reproche personal tan importante contra el autor como para que se justifique una sanción jurídico-penal. En segundo lugar, la escala penal tiene que estar graduada de tal modo que la pena con la que se conmina el hecho no sobrepase el peso del reproche personal que ha de formularse. Sólo el hombre, gracias a su capacidad de

comprensión y en atención a su poder de autodirección, puede comprender la norma y proponerse comportamientos según las exigencias del derecho, absteniéndose así de acciones punibles, por lo mismo la responsabilidad penal únicamente alcanza a la persona natural responsable de la acción punible”.

“Constituye garantía fundamental del Derecho Penal, el que la respuesta coercitiva, producto de la conducta infractora, sea dirigida directamente al sujeto responsable, quien sólo ha de pagar por su acto, quedando descartado, por principio de personalidad de las penas, que éste pueda ser sancionado por delitos ajenos (el esposo o el padre que puede sacrificarse, aceptando la consecuencia de la acción delictiva de su esposa o de su hijo) (no es por lo tanto de admisión una pretendida <<responsabilidad penal colectiva>>”. En tal sentido, el inciso 1 del artículo 20 del C.P. (en contrario sensu) nos permite apreciar que la imputación penal es personalísima y se produce cuando el autor realiza su hecho actuando en una condición de normalidad (“sin que nada afecte gravemente su concepto de la realidad”), con pleno conocimiento del “carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión”. “Asimismo, sólo puede reprimirse conductas infractoras de la norma y nunca formas de ser del sujeto o personalidades, creencias, valores, opiniones, etc., ya que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar (principio de responsabilidad por el hecho)”.

“Así, el principio de responsabilidad por el acto (sea comisivo u omisivo), privilegia y fundamenta el denominado <<derecho penal de acto>> desechando el ya superado <<derecho penal de autor>> (el objeto del reproche penal debe circunscribirse exclusivamente a la manifestación objetiva del hecho)”. “Por tanto, esta característica se relaciona estrechamente con los de tipicidad objetiva, lesividad, materialidad y legalidad. Es así que la fundamentación de la responsabilidad penal en el Derecho penal moderno, es consecuencia directa del disvalor de la acción y nunca en razón de la persona del sujeto. Por ello se atiende contemporáneamente a un derecho penal de acto y no a un derecho penal de

autor. Ello trae como consecuencia una garantía fundamental, ya que así se pone un límite y control en la intervención punitiva del Estado, ya que en su función legislativa, sólo podrá atender la tipificación de conductas constitutivas de realizaciones externas y observables en la realidad, por lo que no pueden constituir nunca delito ni el pensamiento ni las ideas, mientras no se traduzcan en actos externos (*cogitatione poenam nemo patitur*)” (Villa Stein 1998, p. 87).

7. Principios reguladores del control y la imputación penal

La Constitución es uno de los aportes jurídicos que ha adquirido mayor importancia histórica; se constituye en la “norma suprema”, en la “ley de leyes”, que establece el marco y los criterios orientadores del sistema jurídico de un país. “La Constitución es la base sobre la cual se estructura un sistema jerárquico de leyes, que permite la organización y el normal desenvolvimiento del Estado y de la sociedad. La pirámide jurídica y la certeza de la subordinación de unas normas a otras, son la mayor garantía de sistemas políticos que funcionan en base a la seguridad jurídica y a la credibilidad de las normas” (Cerezo Mir 2005, p. 256).

La Constitución, nos dice Bernales Ballesteros, “tiene una riqueza que va más allá de su racionalidad jurídica; su origen, concepción y contenidos expresan aspectos centrales de la vida social de un pueblo tales como: Los derechos individuales, la condición de las personas y su debida protección, la organización del Estado, el territorio, la actividad económica y todo el entramado de las relaciones sociales tanto a nivel interindividual como estatal” (1996, p. 118).

“La Constitución es fuente primaria del ordenamiento jurídico, es norma superior que legitima y fundamenta el ordenamiento de los poderes del Estado. La Constitución es un documento político-jurídico en el que sus elementos centrales y su identidad comprenden el conjunto del articulado, a través de lo que denominamos <<modelo político>>. El objeto de una Constitución es doble: De un lado organiza el ejercicio del poder en el Estado; desde este punto de vista puede afirmarse que ella establece las reglas de

juego de la vida constitucional. De otro lado, la Constitución consagra los principios que sirven para la acción de los órganos del poder público; desde este punto de vista, ella refleja determina filosofía política (podría decirse que este aspecto es el fondo de una Constitución, aquí se plantean los principios que deben inspirar la acción de un Estado y el funcionamiento de los órganos de poder público. Estos principios son fijados generalmente por las “declaraciones de derechos” que se incluyen en casi todas las constituciones)” (Loc. cit.).

La relación existente entre la Constitución y el Derecho penal es innegable, ya que la Constitución es expresión de los principios fundamentales que inspiran un ordenamiento jurídico. “En la base de todo texto constitucional, se encuentra latente una concepción del Derecho que informa todas las normas que componen el sistema jurídico. Este es el motivo por el que los cambios constitucionales suelen venir acompañados de una reforma correlativa en el Código penal. Los cambios socio-políticos repercuten de inmediato en el sistema jurídico, en general, y en el dominio penal, en forma particular. El hecho que la persona y sus derechos fundamentales se encuentren al centro del sistema penal, hace que las modificaciones o cambios de las disposiciones constitucionales que los regulan determinen variaciones inmediatas en las normas penales o, al menos, las hacen indispensables” (Hurtado Pozo 1980, p. 232).

“Aunque la Constitución Política por su naturaleza general no tipifica delitos, se constituye la Carta en pensamiento fundamental del sistema penal, en ella se traza la estructura y forma del Estado, los objetivos y fines esenciales del Estado, el sistema de vida y valores adoptados, la filosofía del derecho penal, sus objetivos, límites, el derecho penal de acto, la filosofía y naturaleza de las sanciones, las garantías fundamentales, el concepto de lo injusto, los lineamientos del tipo de responsabilidad penal, en fin, podemos afirmar que en la Constitución Política aparece delineado para su posterior desarrollo legal, lo que en esencia puede ser y deber el derecho penal interno” (Gómez López 2001, p. 245).

Al respecto de lo dicho, ocurre en el Perú un desfase, ya que la vigente es la duodécima Constitución que nos rige promulgada en 1993, mientras que nuestro vigente Código penal se promulgó mediante D. Leg. 635 en abril de 1991. Ello determina que nuestro código punitivo originariamente se enmarca dentro de los postulados político criminales esbozado por la Constitución de 1979, que expresaba un espíritu liberal y democrático (pasamos de un gobierno militar de facto a uno democrático) (véase: Chanamé Orbe 2001, p. 88 y ss). Es por ello que a la fecha nuestro Código penal ha sufrido una serie de modificaciones siendo necesario ya su adaptación a la política criminal expresada por la Constitución de 1993.

“Teniendo en cuenta este estrecho vínculo existente entre los cambios socio-políticos y, en especial, la Constitución con el Derecho penal (lato sensu), se ha afirmado, con razón que el grado de civilidad de un país se mide, sobre todo, por el modo como son protegidos los derechos y la libertad de las personas en la esfera del Derecho penal. No en el sentido de que cuanto mayor sea el número de acciones calificadas como infracciones y más severas sean las penas con que se repriman a sus autores, mejor protegidos estarán los derechos y libertades de las personas; sino, sobre todo, en la medida en que estos derechos y libertades no sean limitados por el ejercicio abusivo y exagerado del derecho a castigar por parte del Estado”.

La Constitución, siendo norma fundamental, se constituye en la norma rectora (norma de normas); asume un carácter integrador y limitador del sistema jurídico en general y en particular del Derecho penal. Como efecto de ello, tanto las normas legales positivas, como las normas de cultura propias de las minorías étnicas, así como la jurisdicción especial de “las comunidades campesinas y nativas”, deben ser acordes con el núcleo asegurador de los derechos fundamentales consagrados en la Carta fundamental. En el caso nuestro, la Constitución coloca a la persona humana y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado, define los fundamentos de todo el sistema penal, los principios de legalidad de la “acción delictiva y de la pena, el debido proceso, el derecho a la defensa, el derecho penal de acto, la presunción de inocencia, la irretroactividad de la ley y la

retroactividad penal benigna, la cosa juzgada”. “Señala los límites de la penalidad, los fines de ella y la prohibición de la pena de muerte, establece límites al poder punitivo del Estado y a la actividad judicial, correlaciona la actividad punitiva con el respeto de los derechos fundamentales”. La constitución consagra que “de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera” (Arts. 1 y 2 sobre derechos fundamentales de la persona; Arts. 138 y 139 sobre el Poder Judicial y los principios y derechos de la función jurisdiccional).

En suma, el sistema penal en su origen y en su aplicación, debe desarrollarse, concebirse e interpretarse de conformidad con los fundamentos políticos y filosóficos de la Constitución, de lo que se deriva que las normas jurídico penales positivas, deben necesariamente nutrirse en su núcleo, del contenido humanístico, principista “y el respeto a los derechos fundamentales de la persona humana que consagra la carta magna”.

7.1. “El respeto a la igualdad y la dignidad humana”

Conforme al mandato constitucional, toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y por tanto nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole (Art. 2, Inc. 2). “En esta perspectiva el principio de igualdad supone una limitación al poder normativo penal del Estado, pues no es posible la creación de leyes que no sean generales, es decir, dirigidas a todos los ciudadanos; y que contemplen a los iguales como tales y otorguen un tratamiento diferente a los desiguales cuando ello se encuentre justificado”.

“Pero en general, el principio de igualdad no supone otorgar a todos un trato uniforme, sino no discriminatorio. Y la no discriminación no es otra cosa que la justificación del trato desigual en el caso concreto. Por ello resulta fácil entender que la ley penal pueda contemplar conductas que sólo sean punibles para un reducido grupo de personas, o incluso para una sola (cualificación de los sujetos), si de acuerdo a la naturaleza del delito, sólo ellas

pueden causar un perjuicio concreto a la comunidad o a las libertades de los ciudadanos, como en el caso de los funcionarios públicos, magistrados, etc. Y de igual modo, es necesario otorgar una tutela específica a determinadas personas en función al papel que desarrollan en la vida social (como el caso del Presidente de la República, Congresistas, representantes diplomáticos, etc.), y ello porque la necesidad de tutela de su función es diferente” (Hugo Vizcardo 2016, p. 110).

“La igualdad y la no discriminación son dos conceptos que se encuentran estrechamente vinculados, lo que ha conducido, en algunos casos, a que no se comprenda adecuadamente la diferencia entre ambos. Desde una perspectiva constitucional, la igualdad tiene una doble dimensión. En virtud de la primera, la igualdad constituye un principio rector de todo el ordenamiento jurídico de la organización y actuación del estado, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar por ser parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Por otro lado, a partir de la segunda dimensión se concibe a la igualdad como un derecho constitucional subjetivo, individual exigible, el cual confiere a toda persona el derecho de ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes. Es el derecho de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias que excluyen a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones” (Loc. cit.).

“El contenido de la igualdad comprende tanto la igualdad ante la ley como la igualdad de trato. De allí que en la actualidad podamos distinguir entre la denominada igualdad formal, en virtud de la cual todas las personas tienen derecho a que ley los trate y se les aplique por igual, frente a la igualdad sustancial o material, que impone más bien la obligación de que la ley tienda además a crear igualdad de condiciones y oportunidades para las personas”. “Es importante anotar que el derecho fundamental a la igualdad no puede ser considerado como un derecho autónomo, pues siempre se encontrara vinculado al ejercicio de otro derecho constitucional”. En este sentido, el

“Tribunal Constitucional” ha señalado que: “la naturaleza jurídica de la igualdad reposa en una condición o presupuesto indispensable para el ejercicio de los distintos y plurales derechos individuales. Por ende, no es un derecho autónomo, sino relacional. De esta manera: [el derecho a la igualdad] funciona en la medida en que se encuentra conectado con los restantes derechos, facultades y atribuciones constitucionales y legales. Más precisamente, opera para asegurar el goce real, efectivo y pleno del plexo de derechos que la constitución y las leyes reconocen y garantizan”.

Reiterada jurisprudencia, el “Tribunal Constitucional” ha indicado que “el derecho a la igualdad no solo supone tratar igual a los iguales, sino también tratar distinto a los desiguales”. “el principio de igualdad no garantiza que siempre y en todos los casos deba tratarse por igual a todos, sino que las diferenciaciones que el legislador eventualmente pueda introducir obedezcan a razones objetivas y razonables”. “El principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora”. “La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de <<tratar igual a los que son iguales>> y <<distinto a los que son distintos>>, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole”.

Según el “Tribunal Constitucional, la noción de igualdad no contradice la existencia de un trato diferenciado a condición de que se verifique”:

- a. “La existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación”.
- b. “La acreditación de una finalidad específica y legítima, basada en una justificación objetiva y razonable”.
- c. “La existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales”.

d. “La existencia de proporcionalidad, es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica”.

e. “La existencia de racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho, el medio empleado y la finalidad que se persigue”.

“Si echamos una mirada retrospectiva a la evolución histórica del Derecho penal, podremos observar que ha transcurrido por diversos periodos”, que en un principio revelaron “épocas de bárbara venganza”, hasta que por imperio de la evolución del ser humano y su sociedad, llegaron etapas de su “humanización”. “De esta manera, en el contexto contemporáneo, el principio de humanidad y como correlato de ello, el de dignidad”, conducen a la “obligatoriedad del respeto a la persona humana y a la necesidad de disminuir cada vez más la presión individual y social constituida por la pena”. De esta manera se aprecia la vigencia del “principio de mínima intervención y la urgencia de descriminalizar, despenalizar, desprisionizar, etc.”

“El principio de humanidad se refleja principalmente en el sistema de ejecución de penas privativas de libertad. La consideración del penado como miembro de la sociedad exige que sea tratado como persona y no como simple objeto, respetando su dignidad, procurando su reeducación, si ello es necesario, ayudando a su reinserción social y prohibiendo los trabajos forzados y cualquier tipo de malos tratos de palabra u obra hacia su persona. Como efecto de ello, las cárceles tienen que garantizar condiciones de humanidad mínimas, como lo exige contemporáneamente las Naciones Unidas en sus Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos” (Quintero Olivares 1996, p. 119).

“No obstante que el sujeto resulte imputado por la comisión de un delito, y como consecuencia de ello, sometido a un proceso penal, merece, por su condición de ser humano, el respeto a su integridad, honor y dignidad. Así debe excluirse todo atentado o discriminación, que parta de consideraciones de edad, raza, color, opinión, cultura, extracción social o económica, etc. Pero ello no exime al juzgador de tener en cuenta, durante la

investigación judicial, los factores sociales, económicos, políticos, etc. que puedan ser condicionantes de un comportamiento determinado. Por ello es que la Constitución consagra que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (Art. 1°). Por tanto tiene derecho a que se respete su vida, su identidad, su integridad moral, psíquica y física y su libre desarrollo y bienestar (Art. 2, Inc. 1), y todos los demás derechos que la Carta fundamental le reconoce (Art. 2: Derechos de la persona)” (Hugo Vizcardo 2016, p. 113).

7.2. El principio de legalidad y tipicidad objetiva

“El principio de legalidad, como postulado fundamental del Derecho penal moderno, constituye -junto al respeto de los derechos fundamentales- una de las garantías que derivan del Estado liberal burgués, surgido tras el derrocamiento del absolutismo. El principio de legalidad, como conquista humana, es fruto de la ilustración; en ella encuentra su fundamento político que se materializará con la implantación del Estado surgido de la Revolución Francesa. Por eso, inicialmente es garantía del ciudadano frente al Estado; en ese sentido, originariamente la reivindicación legalista aparece como expresión de una oposición al denominado antiguo régimen, con su tantas veces explicada carga de arbitrariedad, abusos penales, etc.” (Quintero Olivares y otros 2000, p. 66).

Denominado también “principio de reserva”, “el principio de legalidad se constituye en un axioma fundamental, que significa que al delito, la contravención, la pena, la medida de seguridad y el proceso, debe preceder específicamente la descripción legal estricta”. “La necesidad de una determinación legal de la punibilidad garantiza que la decisión sobre el merecimiento de pena no sea tomada por el juez, sino por el legislador legitimado democráticamente en forma directa” (Helmut Frister 2011, p. 91). “El concepto de “reserva” implica que la ley penal (en su contexto general (como ley sustancial, procesal y de ejecución), tienen que emanar del legislativo normal y jamás del ejecutivo, por cuanto la ley penal debe ser

planificada, obedecer a una política criminal determinada y, por tratarse del área más cruel del ordenamiento, debe nacer del querer popular, es decir, de quienes representan las varias corrientes culturales, sociales y políticas. Es acudir simplemente al pluralismo inherente a las democracias” (Pérez Pinzón, 1988, p. 60). Por ello, aunque en el caso nuestro, la llamada “delegación de facultades legislativas” (Art. 104 C.E.) es constitucional, la historia contemporánea nos ha demostrado en muchos casos, como la injerencia política, siempre perniciosa, ha determinado una flagrante afectación de este principio.

Desde la perspectiva de su concepción formal, Feuerbach precisa que este principio, denominado de “legalidad” se indica con el aforismo latino: “nullum crimen, nulla poena sine lege” (no hay crimen, no hay pena, sin ley), “que en su momento vino a reflejar y precisar una de las conquistas centrales de la Revolución Francesa (Anselmo Von Feuerbach sostenía al respecto, que las transgresiones se impiden si cada ciudadano conoce de antemano las consecuencias de su acción, pues la conexión del mal con el delito tiene que ser amenazado por una ley)”.

Este principio proviene de la teoría de la Ilustración, y estaba contenida ya en las Constituciones de los Estados Americanos Federados (Virginia y Maryland, 1776), como también en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Revolución Francesa 1789), y hoy también internacionalmente está garantizado por el artículo 7.I, de la Convención Europea de Derechos Humanos, y por el artículo 15.I, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Se constituye en la más relevante manifestación jurídica de la división de poderes y el fundamento del Derecho penal de un verdadero Estado social y democrático de derecho.

De conformidad con el fundamento constitucional, este principio 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 e inequívoca, como infracción punible; ni sancionada con pena no

prevista en la ley (artículo 2, Inc. 24, literal d)". "En igual sentido, el artículo II, del Título Preliminar de nuestro Código penal, establece que: <<Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella>>".

En su acepción contemporánea, indica Mir Puig, "el principio de legalidad se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social, y presuponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto -contrato social- en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder legislativo, que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular (al respecto, Beccaria, que fue quien mejor trasladó el espíritu de la ilustración al Derecho Penal, escribió que: sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Los jueces no pueden, consiguientemente, <aumentar la pena establecida> por las leyes, ni siquiera <bajo pretexto de celo o de bien público>)" (1976 p., 75).

"Una de las principales características del principio de legalidad es el de orientarse a crear seguridad jurídica, más aún si se la entiende como un valor y fin del orden jurídico referido a la realización de una función de organización y de una función de realización. La primera función se vincula a la ventaja que ofrece a los ciudadanos y la otra a los requerimientos que impone a los tribunales de justicia. La seguridad jurídica se opone a la incertidumbre, al azar, a la arbitrariedad y al desamparo respecto de una situación jurídica dada, que en materia penal viene representada por la comisión de un ilícito" ("Urquiza Olachea 2000, p. 35").

“El principio de legalidad es hoy en día también un postulado de <<garantía>>, ya que no es sólo una exigencia de seguridad jurídica, que determina la posibilidad del conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo. Así, el postulado *nullum crimen nulla poena sine lege*, pasó a constituirse en el más importante componente de la perspectiva formal del Estado democrático de derecho y a inspirar las legislaciones más vanguardistas y consideradas democráticas” (Loc. cit.). “La constatación del cumplimiento por la ley positiva de los enunciados del principio de legalidad es, como indica Rodríguez Mourullo, <<piedra de toque para comprobar si se respetan o no las exigencias del Estado de Derecho>>...precisa determinación que constituye la insustituible garantía de seguridad política para los derechos fundamentales de la persona, cuyo logro representa para un Estado de Derecho, una verdadera exigencia ética>>” (Quintero Olivares y otros 2000, p. 71).

“El principio de legalidad amplía también su ámbito de protección al amparo constitucional de la persona, en cuanto a la preservación de sus fundamentales derechos constitucionales. Así, la conducta delictiva imputada puede perder su carácter típico en cuanto el operador penal, apelando al control difuso de la constitucionalidad, constata, por ejemplo, una evidente colisión constitucional del tipo penal en que se sostiene la acusación y la vigencia protectora de la norma constitucional” (Urquiza Olachea, ob, cit. p. 36).

La conceptualización objetiva de este “principio”, presenta las “siguientes modalidades”:

a) “Legalidad del hecho punible: Nadie puede ser imputado por un hecho delictuoso, si antes de su realización no se encuentra previa y específicamente descrito como punible en la ley penal”.

b) “Legalidad de la pena: A nadie se puede imponer sanción penal alguna, si ella no se encuentra previa y plenamente determinada en la ley, cuantitativa y cualitativamente, antes de la realización de la acción delictuosa”.

c) “Legalidad de la medida de seguridad: A los inimputables sólo se les puede someter a las medidas de seguridad predeterminadas en la ley”.

d) “Legalidad del proceso: El moderno concepto del **debido proceso**, informa la necesidad y obligatoriedad de la observancia irrestricta de la normatividad procesal. En tal sentido, debe respetarse estrictamente la legalidad del rito, descrito con anticipación al despliegue de la conducta; el procesamiento por parte del "juez natural", es decir, del ordinario, preestablecido, independiente y autónomo; y, la prohibición de tribunales y procedimientos de excepción”.

e) “Legalidad de la ejecución de pena: La ejecución objetiva de la pena impuesta, debe observar los parámetros legales establecidos por las normas de ejecución penal”.

“En lo que respecta al principio de tipicidad objetiva”, a decir del profesor Hugo Vizcardo, apunta más allá de la mera descripción legal previa (*lex praevia*). Exige la necesidad de fijar, en cada estructuración típica, todos los elementos que deben acompañar al comportamiento punible. Así, el tipo debe establecer nítidamente los sujetos activos y pasivos, la acción u omisión, el objeto jurídico y los aspectos materiales y subjetivos (*lex stricta*). Legalidad y tipicidad objetiva exigen que la descripción sea previa, expresa e inequívoca; así, se establece” (2016, p. 126):

a) “La prohibición de tipos oscuros, ambiguos, amplios, de doble sentido o en blanco, ya que los tipos indeterminados, no tienen aceptación en Derecho Penal”.

b) “La prohibición de aceptar el derecho consuetudinario o la costumbre, como fuentes creadoras de delitos y penas, pues se opone a la legalidad estricta”.

c) “La prohibición de aceptar la analogía, cuando perjudica al procesado (*in malam partem*)”.

“El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado “mandato de determinación” (lex stricta), que exige la que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear. Constituye éste un aspecto material del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar cláusulas generales absolutamente indeterminadas” (Loc. cit.). “El mandato de determinación se concreta en la teoría del delito a través de la exigencia de tipicidad del hecho, y en la teoría de la determinación de la pena obliga a un cierto legalismo que limite el por otra parte necesario arbitrio judicial. Igualmente, el mandato de determinación plantea especiales problemas en relación con las medidas de seguridad, puesto que es difícil delimitar con una precisión suficiente el presupuesto de la peligrosidad del sujeto y la duración y características concretas de las propias medidas. De ahí que convenga, por una parte, exigir la comisión de un delito previo que demuestre la peligrosidad (exclusión de las medidas pre-delictuales) y, por otra parte, señalar límites máximos a la duración de las medidas. De otro modo se hacen intolerables en un Estado de Derecho” (Mir Puig, 1996, p. 78).

7.3. El principio de lesividad y materialidad como fundamento de la imputación

“La sola intención o idea criminal, no genera reproche ni pena (nemo cogitationem poenam patitur), de donde se deduce que, para que el pensamiento delictivo sea punible debe ser exteriorizado. El comportamiento, entonces, requiere de una objetiva corporeidad, debe ser perceptible sensorialmente. Es así que la fundamentación de la responsabilidad penal en el Derecho penal moderno, es consecuencia directa del disvalor de la acción y nunca en razón de la persona del sujeto. Por ello se atiende contemporáneamente a un derecho penal de acto y no a un derecho penal de autor. Ello trae como consecuencia una garantía fundamental, por cuanto así se pone un límite y control en la intervención punitiva del Estado, ya que en su función legislativa, sólo podrá atender la tipificación de conductas constitutivas de realizaciones externas y observables en la realidad (Villa Stein

2014, p. 135). Al respecto, Muñoz Conde refiere que “de la concepción del Derecho penal como de acto, se deduce que no pueden constituir nunca delito ni el pensamiento ni las ideas, mientras no se traduzcan en actos externos (cogitatione poenam nemo patitur)” (Loc. cit.).

Pero no toda materialización de una conducta trasgresora importa la reacción punitiva, para ello se requiere necesariamente que el comportamiento también implique la lesión (o puesta en riesgo en su caso), de un bien jurídicamente tutelado. En tal sentido, el principio de lesividad (conocido también como de ofensividad), establece que para imputar como punible una conducta, no basta su sola realización material. Es menester, entre otros elementos, la real causación de daño o creación de riesgo para el bien jurídico protegido (nullum crimen sine injuria). Materialidad y lesividad u ofensividad equivalen al llamado también principio de <<Antijuricidad Material>> (Villa Stein ob. Cit. p. 138).

“Este principio no es tratado específicamente en la Constitución, pero se deriva de los principios que aseguran los derechos fundamentales de la persona. Su representación sustantiva se encuentra en el artículo IV del Título Preliminar del C.P. <<La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley>>”.

“El principio de ofensividad descansa en la consideración del delito como un acto desvalorado; esto es, contrario a la norma de valoración. La antijuricidad comportará el desvalor propio del resultado; esto es, de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, y derivado de una acción desvalorada; esto es, peligrosa para la integridad del objeto o de los objetos de tutela. La desvaloración viene dada, por tanto, por la doble consideración de la acción y del resultado como objetos de la misma. Y el principio de ofensividad determinará la no tipificación de conductas que no resultan peligrosas para los bienes jurídicos o que no pueden comportar lesión o

puesta en peligro de valores con relevancia constitucional” (Silva Sánchez 2000, p. 163).

Desde la perspectiva tratada por Carbonell Mateu, “en el seno de una concepción imperativa de la norma, la exigencia del bien jurídico para la tipificación de una conducta es, ciertamente, un loable deseo: desde el principio de ofensividad se limita el poder punitivo del Estado, en el sentido de que el legislador no deberá prohibir la realización de conductas -ni obligar a la realización positiva- si no es en virtud de que ellas puedan resultar lesivas para un bien jurídico. Desde la concepción valorada de la norma, el principio de ofensividad, entendido como exigencia de bien jurídico, no comporta limitación alguna: toda norma penal supone una valoración; por consiguiente, de toda norma penal se desprenderá necesariamente la existencia de un bien jurídico. Sólo si atendemos a la dignidad de ese bien jurídico, puede recobrar el principio de ofensividad su razón de ser como limitador del poder punitivo del Estado. Pues no se trata aquí de referirnos a la no aplicación de la pena cuando de la conducta realizada no se desprenda lesión al bien jurídico, cuanto de que el legislador democrático no tipifique conductas delictivas que no sean necesarias para la tutela de un bien jurídico digno de protección penal. Y la dignidad tiene, a nuestro juicio, una doble vertiente. En primer lugar, resulta necesario referirse a la dignidad formal del bien jurídico, ya que sólo los bienes jurídicos con relevancia constitucional pueden ser objetos de tutela penal” (1995, p. 213).

“Pero no sólo la dignidad formal es necesaria para afirmar el principio de ofensividad, también es necesario atender a su concepción material: ha de tratarse de un valor asumido socialmente, susceptible de ataque y destrucción; esto es, de ser lesionado o puesto en peligro gravemente, y necesitado de tutela penal. Desde luego, la valoración constitucional de un bien jurídico no implica en absoluto la necesidad de su tutela penal, ni siquiera en aquellos supuestos donde la Constitución explícitamente encarga al legislador democrático, la tutela penal del bien jurídico, lo que, por cierto, sólo sucede con el urbanismo, ha de ser ésta interpretada como una exclusiva

actuación del ordenamiento punitivo. También en este punto rige el principio de intervención mínima y el carácter subsidiario del Derecho Penal” (Loc. cit.).

7.4. El principio de necesidad y de mínima intervención

“Este principio informa, que para que el Derecho penal pueda intervenir, con sus graves consecuencias, en la solución o manejo de los conflictos sociales, ha de ser absolutamente imprescindible, <<necesario>>, puesto que de otra manera la pena constituiría una lesión inútil de derechos fundamentales. El principio de necesidad de la pena es otra expresión del principio de prohibición de exceso. Allí donde la pena resulta innecesaria, es injusta, como se viene diciendo desde Beccaria y reconoce la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. No sólo no debe intervenir el Derecho Penal allí donde no es necesario, bien porque puede ser el bien jurídico tutelado por otro mecanismo menos costoso, bien porque no necesita de tutela alguna, sino que hay que proclamar que la intervención ha de ser también la mínima imprescindible; por consiguiente, la consecuencia jurídica, la pena, ha de ser la menor posible” (Hugo Vizcardo 2016, p. 138).

“Si el Derecho Penal de una sociedad democrática se legitima en tanto en cuanto previene la realización de hechos delictivos, es lícito llegar a la conclusión de que el recurso al Derecho Penal (y a la pena) deviene en ilegítimo desde el mismo momento en que se demuestre que es inútil o innecesario en orden a alcanzar el fin que se le asigna” (Zugaldía Espinar, ob. cit. p. 240). “Según este postulado, cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve. Así, por ejemplo, estudios importantes han demostrado que la supresión de la pena de muerte no ha determinado un aumento en los delitos para los que estaba conminada; ello confirma que debe bastar una pena inferior. Como ya señalaba Beccaria, con frecuencia más importante que la gravedad del castigo es la seguridad de que se impondrá pena” (Loc. cit.).

Posición que para algunos, como Mauricio Martínez, propicia la posibilidad de la “abolición del Derecho penal” (“por abolicionismo se conoce una corriente de la criminología moderna o crítica, que como su nombre lo indica, propone la abolición no solo de la cárcel, sino de la totalidad del sistema de la justicia penal” <Martínez Sánchez 1990, p. 13>)

“Si el Derecho Penal de una sociedad democrática se legitima en tanto en cuanto previene la realización de hechos delictivos, es lícito llegar a la conclusión de que el recurso al Derecho Penal (y a la pena) deviene en ilegítimo desde el mismo momento en que se demuestre que es inútil o innecesario en orden a alcanzar el fin que se le asigna” (Zugaldía Espinar, ob. cit. p. 240). “Según este postulado, cuando se demuestre que una determinada reacción penal es inútil para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve. Así, por ejemplo, estudios importantes han demostrado que la supresión de la pena de muerte no ha determinado un aumento en los delitos para los que estaba conminada; ello confirma que debe bastar una pena inferior. Como ya señalaba Beccaria, con frecuencia más importante que la gravedad del castigo es la seguridad de que se impondrá pena” (Villa Stein 2014, p. 138).

“La necesidad de orientar la intervención punitiva del Estado hacia un Derecho penal mínimo (minimización de la respuesta jurídica violenta contra el delito) constituye una afirmación que, a fuerza de ser repetida por todos los sectores doctrinales, empieza a correr el riesgo de convertirse en un tópico desprovisto de contenido concreto. Sin embargo, existe consenso en torno a la idea de que el Derecho penal debe ser la última ratio (el último recurso) de la política del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir” (Zugaldía Espinar 1993, p. 202).

“El principio de Derecho penal mínimo, más que un principio es toda una corriente del Derecho Penal, que condensa los enunciados anteriores y aporta otros. Si bien es cierto no está referido específicamente en

la Constitución, se desprende de los principios constitucionales generales de protección de la persona humana. Se fundamenta en que el Derecho punitivo es violento, no resuelve ni afronta convenientemente los conflictos sociales, los enraíza y aumenta, así como también es altamente clasista, pues selecciona sus destinatarios. Por estas razones, y otras, debe ser” (Loc. cit.):

a) “Restringido desde el punto de vista de la cantidad de tipos estructurados en la parte especial de los códigos penales, para prever regulación penal sólo en aquellas hipótesis de lesión sumamente grave”.

b) “Considerablemente ampliado en su operatividad, es decir, en materia procesal penal, para extender al máximo todas las garantías del individuo, previstas en la Constitución, los tratados sobre derechos humanos y en la ley penal, tales como presunción de inocencia, derecho de defensa, derecho de ser oído y vencido en juicio, etc.”.

“El denominado Derecho Penal mínimo no significa que no deba haber Derecho Penal; no significa que debamos prescindir del poder punitivo del Estado. Es ésta, ciertamente, una idea ya antigua, y fue Radbruch el que expresaba que lo ideal no era un <<Derecho Penal mejor>>, sino <<algo mejor que el Derecho Penal>>. Esto es, lo ideal sería asegurar las libertades sin restringir ninguna. Pero eso, hoy por hoy, no parece posible. Debemos, pues, contentarnos con aspirar al Derecho Penal mínimo, esto es, a las mínimas intervenciones posibles para conseguir tutelar el máximo de bienes jurídicos necesarios para asegurar las libertades de los ciudadanos” (Villa Stein 2014, p. 138).

El "Derecho Penal Mínimo", además de lo expuesto, y conforme lo reseña Pérez Pinzón, determina la formulación de otros principios subsidiarios: “1.-Irretroactividad de la ley sustancial, procesal y ejecutiva; 2.- Primacía de la ley sustancial o aplicación de los axiomas democráticos a todos los subsistemas en que puede ser dividido el sistema penal, principalmente en lo relacionado con la policía, el proceso y la ejecución; 3.- Representación popular. En el proceso de formación y conocimiento de la ley penal deben ser

respetados los requisitos mínimos del Estado de Derecho, es decir la participación en las decisiones y funcionamiento de la ley, de las asambleas legislativas, de las clases populares y de todos los partidos y movimientos políticos; 4.-La ley penal no puede ser respuesta inmediata de naturaleza administrativa, ante uno o varios conflictos. Trátase de frenar la ejecutivización o administrativización de la justicia penal; 5.- Idoneidad. La pena no debe ser impuesta si no existen pruebas empíricas de su efectividad o probabilidad de efectividad; 6.-Respeto por la autonomía cultural; y, 7.- Primacía de la víctima” (Pérez Pinzón 1988, p. 72).

7.5. El principio de proporcionalidad en la imputación y aplicación de pena

“Aunque este principio no aparece recogido expresamente en nuestra Constitución, es posible llegar deducirlo de los principios constitucionales generales de protección de la persona. Por él se entiende que la exigencia de proporcionalidad abstracta entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena con la que el mismo se conmina y la exigencia de proporcionalidad concreta entre la pena aplicada al autor y la gravedad del hecho cometido. El principio de proporcionalidad, en sentido estricto, obliga a ponderar la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica; en nuestro sistema se encuentra expresado sustantivamente en el Artículo VIII del T. P. del Código penal, que establece que “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho” (con la excepción expresada en la misma norma, en el sentido que lo preceptuado no rige en caso de reincidencia ni de habitualidad del agente en el delito)” (Hugo Vizcardo 2016, p. 143).

“Se trata de no aplicar un precio excesivo, para obtener un beneficio inferior: si se trata de obtener el máximo de libertad, no podrán preverse penas que resulten desproporcionadas con la gravedad de la conducta. En doctrina se vincula estrechamente el principio de legalidad penal con <<la proscripción constitucional de las penas desproporcionadas>>, y se

considera que la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la gravedad de la pena exige que la pena no puede suponer un derroche inútil de coacción, un excesivo y manifiesto rigor con sacrificio innecesario del autor del delito. Para ello debe tenerse en cuenta si el interés que se protege está o no proscrito por la Constitución, si es o no relevante, si la pena es idónea o necesaria para alcanzar el fin de protección del interés y la comparación de la entidad del delito con la entidad de la pena, de tal manera que debe evitarse un desequilibrio patente, excesivo e irrazonable entre la finalidad de la norma y la sanción en ella prevista a la luz de pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles” (Loc. cit.).

“Pero no sólo es preciso ponderar el grado de libertad que se consigue con la limitación penal y el beneficio que se obtiene con ésta, sino además las diferentes intervenciones del Derecho Penal entre sí. Efectivamente, lo primero que hay que ponderar es si la intervención del Derecho Penal resulta rentable para obtener la tutela del bien jurídico: si la materia es propia del Derecho Penal, y si compensa la utilización del poder punitivo del Estado. Ya hemos visto que de la dignidad de los bienes jurídicos se desprende, por una parte la necesidad de un reconocimiento constitucional, en mayor o menor medida; de otra, una materialidad suficiente en el bien jurídico. Precisamente del principio de proporcionalidad se desprende la necesidad de que el bien jurídico tenga la suficiente relevancia como para justificar una amenaza de privación de libertad, en general, y una efectiva limitación de la misma, en concreto” (Polaino Navarrete 2005, p. 115).

“También la conducta, en relación al grado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico, tiene que ser lo suficientemente grave como para justificar la intervención del Derecho Penal (verbigracia, la afectación nimia, por ejemplo del bien jurídico representado por la libertad personal, en el caso del chofer del autobús, que no se detiene en la parada solicitada por el pasajero, llevándolo a un paradero posterior, no justifica la intervención del Derecho Penal, aunque ciertamente éste habrá retenido contra su voluntad a dicho pasajero). Por último, también es necesario comprobar la relación

existente entre las distintas respuestas que el ordenamiento da a diferentes conductas: no es posible castigar más gravemente conductas menos importantes y trascendentes, y castigar con penas leves conductas gravemente atentatorias contra bienes jurídicos importantes” (Loc. cit.).

“La prohibición constitucional de penas inhumanas y degradantes contiene implícitamente un principio de proporcionalidad, y que sólo la pena proporcionada a la gravedad del hecho cometido es humana y respetuosa con la dignidad de la persona, es decir, no degradante” (Zugaldía Espinar 2004, p. 221).

7.6. El principio de culpabilidad como fundamento de la imputación

“El principio de culpabilidad trasciende al Derecho penal y a la Política Criminal, ya que es considerado como uno de los elementos básicos del Estado democrático de Derecho, pues supone un auténtico límite al ius puniendi estatal. Se manifiesta en distintos momentos de la materialización del delito y además es un elemento que fundamenta y sirve para la individualización de la pena, y delimita las causas de exclusión de la culpabilidad” (Berdugo 2010, p. 89). “Aunque este principio no aparece recogido expresamente en nuestra Constitución, es posible llegar a deducirlo de los principios constitucionales generales de protección de la persona. Su sustantivación normativa la encontramos en el artículo VII del T. P. del Código penal, que expresa: <<La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva>>”.

“Conforme a ello, en primer lugar, la ley puede conminar con pena sólo formas de conducta que fundamenten un reproche personal tan importante contra el autor como para que se justifique una sanción jurídico-penal. En segundo lugar, la escala penal tiene que estar graduada de tal modo que la pena con la que se conmina el hecho no sobrepase el peso del reproche personal que ha de formularse. El principio de culpabilidad se fundamenta tradicionalmente, diciendo que el autor habrá merecido una punición sólo en

tanto y en cuanto, por su conducta, se le pueda hacer un reproche personal. Verdad es que esta fundamentación se basa en la idea de retribución de la teoría absoluta de la pena, pero se puede ligar también a una teoría relativa de la pena, si se distingue entre el fin y la justificación de la pena. Partiendo de tal distinción, el principio de culpabilidad se reconduce hoy, mayoritariamente, a la idea de que la imposición de una pena requiere una legitimación doble: no sólo tiene que ser conveniente, es decir, apropiada, necesaria y proporcionada para fomentar el bienestar general, sino también justa, esto es, que el mal que se inflige debe ser merecido respecto del hecho a sancionar” (Helmut Frister 2011, p. 273).

“Constituye garantía fundamental del Derecho Penal, el que la respuesta coercitiva, producto de la conducta infractora, sea dirigida directamente al sujeto responsable, quien sólo ha de pagar por su acto, quedando descartado, por principio de personalidad de las penas, que éste pueda ser sancionado por delitos ajenos (el esposo o el padre que puede sacrificarse, aceptando la consecuencia de la acción delictiva de su esposa o de su hijo)”. En tal sentido, el inciso 1 del artículo 20 del C.P. (en contrario sensu) nos permite apreciar que la imputación penal es personalísima y se produce cuando el autor realiza su hecho actuando en una condición de normalidad (“sin que nada afecte gravemente su concepto de la realidad”), con pleno conocimiento del “carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión”. “Asimismo, sólo puede reprimirse conductas infractoras de la norma y nunca formas de ser del sujeto o personalidades, creencias, valores, opiniones, etc., ya que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar (principio de responsabilidad por el hecho)”.

“Modernamente en la Ciencia Penal, se asigna al concepto de culpabilidad una triple significación. Por un lado, la culpabilidad como fundamento de la imposición de la pena, exige la confluencia en el sujeto de capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuricidad y exigibilidad de la conducta, que constituyen los elementos positivos específicos del concepto dogmático de la culpabilidad como categoría de la estructura de la teoría del

delito (la ausencia de cualquiera de estos elementos determina la imposibilidad de aplicar la pena). El fundamento material común a estos elementos es bastante discutido e incluso se prefiere por alguno hablar de <<responsabilidad>> en lugar de <<culpabilidad>> para denominar la categoría en la que ubicar sistemáticamente estos elementos” (Jescheck 1981, p. 36).

Por otro lado, “está la culpabilidad como fundamento o como elemento de la determinación o medición de la pena. Aquí ya no se trata de fundamentar el sí, sino de determinar el cómo de la pena, su gravedad, su duración; en una palabra, la magnitud exacta que en el caso concreto debe tener una pena cuya imposición ha sido ya fundamentada. En este caso, se asigna a la culpabilidad una función sobre todo limitadora, que impida que la pena pueda ser impuesta por debajo o por encima de unos límites que vienen impuestos por la idea misma de la culpabilidad, además de por otros criterios como la importancia del bien jurídico protegido, los fines preventivos, etc.” (loc. cit.). “Finalmente, se emplea el concepto de culpabilidad como lo contrario a la responsabilidad por el resultado. En este sentido, el principio de culpabilidad impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible (hecho fortuito), reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo, a la imprudencia o a la preterintencionalidad”.

En efecto, como precisa Peña Cabrera (1994, p. 235):

a) “Aceptando que la culpabilidad antes y después de todo es un reproche personal, basado en que el autor pudo hacer lo que se esperaba de él y, sin embargo, no lo hizo. Este reproche tan sólo se puede hacer a aquellas personas poseedoras de capacidad de dirigir libremente sus actos de conformidad con el conocimiento que implican éstos. El derecho los llama imputables y, por ende, la imputabilidad es, pues, <<capacidad de culpabilidad>>”.

b) “El poder comportarse de acuerdo con lo que el derecho esperaba, exige previamente <<el conocimiento de la significación del acto que contraría al Derecho>>; en otras palabras, el <<conocimiento de la antijuricidad>>”.

c) “El derecho exige normalmente comportamientos no imposibles. Por eso se dice que el Derecho no es para héroes ni santos. La norma jurídica genera un ámbito de exigencia viable, pero humana, más allá del cual no puede demandarse responsabilidad de ningún género. Pero lo capital es que esta <<exigibilidad>> representa un verdadero problema individual. Efectivamente, se trata del actor concreto en circunstancia concreta, quien ofrece la posibilidad humana de comportarse ora de un modo ora de otro. Cuando la obediencia de la norma pone al sujeto fuera de los límites de la exigibilidad faltará ese elemento y con él, la culpabilidad”.

8. La teoría general del delito y su conceptualización

“Desde un punto de vista pre-jurídico, es posible conceptualizar al delito de manera general como una conducta nociva que determina una perturbación grave del orden social; pero un concepto así tan amplio y subjetivo como este no resulta adecuado para los fines de un cabal y técnico entendimiento, por lo que se hace necesario acudir a la teoría general del delito, que comprende un conjunto de proposiciones sistemáticas que pretenden explicar la naturaleza jurídica del hecho punible. La teoría del delito se constituye así en un instrumento teórico, en un constructo epistémico que facilita la definición conceptual y el análisis subsecuente del delito como conducta humana. Le compete por lo tanto, proporcionar los instrumentos conceptuales que permitan establecer que un hecho realizado por un autor es precisamente el mismo hecho que la ley prevé como presupuesto de una pena, siendo que para ello, la teoría del delito procede mediante un método analítico a descomponer el concepto de delito en un sistema de categorías jurídicas que faciliten la aplicación la ley penal por parte de los tribunales” (Villa Stein 2014. p. 241).

“Así, la teoría del delito rechaza como conceptualización adecuada a los fines de entender lo que es el delito, a aquellas genéricas, vagas y subjetivas. En tal sentido, la afirmación de que un determinado hecho protagonizado por un autor es un delito dependerá de un análisis estricto, que permita comprobar la concurrencia de cada una de las categorías correspondientes al concepto de delito (la elección de un método analítico se vincula con la suposición de una mayor seguridad en la aplicación de la ley penal y por lo tanto de una mejor realización del principio de legalidad)” (Loc. cit.).

Es así que desde la perspectiva anotada, “la teoría del delito” define como delito “la conducta humana típica, antijurídica y culpable”. Nuestro Código Penal (sin alejarse de la definición técnico-esquemática), opta por un concepto primario del delito, estableciendo en el artículo 11 que: “son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley” (este concepto reafirma una precisión formal, que no es otra que la que indica que “el delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena”).

Planteado así el tema, Bacigalupo indica que “la teoría del delito tiene un carácter claramente instrumental y práctico: es un instrumento conceptual a que permite aplicar la ley a casos concretos. En otras palabras: la teoría del delito trata de dar una base científica a la práctica de los juristas del Derecho penal, proporcionándoles un sistema que permita la aplicación de la ley a los casos con un considerable grado de seguridad (el que sin embargo no es absoluto). El jurista del Derecho penal tiene que asumir que la teoría del delito, no puede eliminar totalmente la inseguridad que está implícita en la tarea de trasladar al caso concreto lo dispuesto en general por el texto de la ley. La teoría del delito realiza, por lo tanto, una tarea de mediación entre el texto legal y el caso concreto” (1989, p. 69).

“El sistema de la teoría del delito no es sino una hipótesis posible de la voluntad del legislador y fundamentalmente, un orden para la discusión de los problemas que presenta la aplicación de la ley a casos concretos, con una propuesta de solución de los mismos” (Loc. cit.). Es preciso tener presente

que no todas las soluciones ofrecidas para esos problemas, por una teoría del delito pueden deducirse en sentido estricto de la ley. Por este motivo lo que da en realidad le da legitimidad a la teoría del delito, no es el método deductivo utilizado sino la racionalidad con que permite la aplicación de la ley a los casos concretos. En tal razón, a nuestro criterio, la definición aportada por la teoría del delito, resume un punto de vista compartido por casi todos los trabajos científicos modernos. Las diferencias entre unas y otras definiciones del delito no son sustanciales. Sin embargo, es posible concebir los problemas y las soluciones de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad de diferentes maneras. Una de las manifestaciones históricas de esta posibilidad, puede verse en la polémica, que ya de mucha data ha existido, entre la “teoría causal y la teoría finalista de la acción”.

“La primera alternativa considera que la verificación de un hecho ilícito se agota en la comprobación de la lesión del bien jurídico que la norma quiere proteger; por ejemplo: la norma que prohíbe matar quiere proteger la vida, en consecuencia, cada acción que haya producido un resultado de muerte de otro, sin que este resultado esté autorizado será un ilícito. La segunda alternativa estima que la sola comprobación de la lesión del bien jurídico es insuficiente para determinar la existencia de un ilícito penal, ya que la causación de una lesión (resultado) no se diferenciaría de los hechos de la naturaleza. Lo ilícito penal debe expresar un hecho social, y por lo tanto, deberán tomarse en consideración elementos personales. Esta teoría se conoce con el nombre de teoría o concepto personal de lo ilícito. Los autores no se ponen de acuerdo en la extensión que debe darse a estos elementos personales. Mientras unos piensan que lo ilícito requiere comprobación de que el autor dirigió su voluntad a la realización del hecho prohibido (dolo) o que obró sin el cuidado exigido (culpa), otros piensan que debe darse relevancia también en este ámbito a la conciencia de la antijuricidad” (Bustos Ramírez 1982, p. 239).

“Con el concepto causal de lo ilícito la tipicidad de la acción dependerá que haya causado la lesión del bien jurídico. A su vez la antijuricidad depende

de si la lesión está o no autorizada, es decir: la acción será típica en el hurto si se ha desapoderado a otro de un bien mueble de su pertenencia, y será antijurídica si ese desapoderamiento no estaba autorizado. Por el contrario, con el concepto personal de lo ilícito la tipicidad de un hurto requerirá comprobar no sólo el desapoderamiento de otro respecto de un bien mueble, sino también que el autor quiso realizar la acción; la justificación requiere, paralelamente, no sólo la autorización de la lesión del bien jurídico, sino también que el autor haya conocido las circunstancias que determinan la justificación” (Brámont Arias Torres 1998, p. 187).

“Esta diversidad de soluciones se explica resumidamente de la siguiente manera: la teoría causal de lo ilícito, agota este concepto en la comprobación de un disvalor del resultado de la acción (importa lo que el autor hizo y no lo que quiso hacer); la teoría personal de lo ilícito, por su parte, requiere junto al disvalor del resultado, un disvalor de acción (lo que el autor quiso hacer importa tanto como lo que hizo). Consecuentemente el concepto causal de lo ilícito excluye la antijuricidad cuando falte el disvalor del resultado, mientras que el concepto de lo ilícito sólo excluirá la antijuricidad cuando falte tanto el disvalor de la acción como el disvalor del resultado. Cabe señalar que se percibe dentro de la teoría personal de lo ilícito una tendencia que procura llevar sus puntos de vista hasta sus últimas consecuencias y reduce lo ilícito exclusivamente al disvalor de acción (sólo importa lo que el autor quiso y no lo que hizo)” (Berdugo Gómez de la Torre 1993, p. 143).

Al efecto, dicen los teóricos del Derecho penal, que éste último punto de vista “es difícil de conciliar con los derechos positivos que establecen una atenuación obligatoria de la pena para la tentativa o para el delito frustrado (tentativa acabada). Pero también tendrá fricciones con los derechos positivos que admiten una atenuación facultativa de la pena para la tentativa, porque esta atenuación deberá fundarse, como es lógico, en la falta de disvalor del resultado”.

9. “La imputación penal en el delito de lesión dolosa”

“La adecuación típica de los delitos dolosos se caracteriza por que el hecho descrito por el tipo penal registra una coincidencia entre la voluntad del autor y la realización del tipo es querida por el autor. Esta circunstancia permite analizar el problema de la adecuación típica de los delitos dolosos en dos niveles: el del tipo objetivo y el del tipo subjetivo” (Villa Stein 2014, p. 291).

“La problemática de estos delitos en lo referente a la adecuación típica por otra parte, presenta particularidades según que se trate de delitos de lesión, de delitos de peligro o de delitos de pura actividad”.

“El esquema básico de los delitos de lesión se compone de tres elementos: la acción, la imputación objetiva y el resultado. Ya hemos tratado de la acción y aquí no es necesario señalar ninguna particularidad. Su estudio en detalle corresponde en realidad a la parte especial; es allí donde se tratará de circunscribir en qué consiste una acción de matar, de calumniar o de estafar, etc. El resultado, como también lo hemos visto, consiste en la lesión del objeto de la acción. En las lesiones corporales, p. ej. el resultado consiste en el daño en el cuerpo o en la salud, en el delito de aborto en la muerte del feto, en los daños de cosas en la inutilización o el deterioro de la cosa, etc.” (Villa Stein 2014, p. 292).

“El elemento más problemático es el de la imputación objetiva. La tipicidad de los delitos con resultado de lesión requiere la comprobación de qué acción y resultado se encuentra en una relación tal que sea posible sostener que el resultado es producto de la acción. Las respuestas a este problema han variado en los últimos años”. “El punto de vista clásico afirmaba que un resultado era el producto de la acción cuando ambos estaban unidos por una relación de causalidad. En la actualidad tiende a imponerse un punto de vista diferente. De acuerdo con éste lo decisivo no es la causalidad (en sentido natural) sino la relación causal que resulta relevante para lo ilícito de acuerdo con criterios deducidos de la naturaleza de la norma y su finalidad protectora de bienes jurídicos (imputación objetiva). En otras palabras: sólo

una causalidad relevante desde el punto de vista de la naturaleza de la norma es la que debe tomarse en cuenta para saber si la acción y el resultado se encuentran en la relación en la que es posible sostener que el resultado es producto de la acción” (Cobo Del Rosal, M. - Vives Antón 1987, p. 236).

Por otro lado, es de apreciarse que “en la acción se dan elementos exteriores (objetivos) y elementos subjetivos”, que se suceden en “la conciencia del autor”. Este aspecto de naturaleza subjetiva configura lo que denominamos como “tipo subjetivo”, cuyo elemento determinante es el “dolo”. “Ocasionalmente el tipo subjetivo contiene además del dolo, especiales elementos subjetivos de la autoría (llamados también elementos subjetivos de lo injusto o de la tipicidad). En algunos casos se encontrarán también especiales elementos del ánimo”.

“El dolo es el conocimiento y voluntad de la realización del tipo objetivo. Obra con dolo, en consecuencia el que sabe lo que hace y hace lo que quiere. El autor tiene que saber para ello que realiza un hecho y qué hecho realiza. Por lo tanto, los elementos del dolo son el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la voluntad de realización del mismo. El primer elemento es llamado también elemento cognitivo, mientras el segundo es designado a veces como elemento volitivo” (Zaffaroni 1983, p. 233).

“El dolo está constituido por un aspecto cognitivo que favorece la aprehensión del acto, su conocimiento, y un aspecto volitivo que mueve la ejecución al querer el sujeto realizarlo. Ambos elementos del dolo facilitan “la imagen refleja del tipo objetivo” (Loc. cit.).

“Para obrar con dolo el autor debe haber tenido conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Por lo tanto, al determinarse cuáles son los elementos del tipo objetivo se definen, al mismo tiempo, qué elementos debe haber conocido para que su obrar sea doloso. Ejemplo: en el delito de hurto el autor debe haber tenido conocimiento de que se apoderaba de una cosa mueble ajena (Art. 185)”.

“No se requiere para el dolo el conocimiento de la antijuridicidad de la acción (de la realización del tipo), ni tampoco de la punibilidad del hecho. El autor que ignora la prohibición del hecho o que supone una causa de justificación de su acción, obrará con dolo si tenía conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Lo mismo cabe decir del que ignora o supone falsamente la no punibilidad del hecho (especialmente discutible es la cuestión de si debe darse trascendencia respecto del dolo al conocimiento de la circunstancia las excusas absolutorias en ciertos delitos contra la propiedad y el patrimonio); lo más correcto en estos casos es no tomar en cuenta el conocimiento de las circunstancias de las excusas absolutorias para la cuestión del dolo. Ello significa que dicho error sea irrelevante” (Queralt Jiménez 1996, p. 233).

“En principio este conocimiento debe ser actual y debe extenderse también a las circunstancias agravantes y atenuantes, sea que estas estén incorporadas al tipo de la parte especial (p.ej. la relación de parentesco en el parricidio) o que se trate de circunstancias contenidas en la parte general. Cabe señalar también que no todos los elementos del tipo deben ser conocidos con la misma intensidad, ni de la misma manera. Los elementos descriptivos se conocen por medio de los sentidos, pero los elementos normativos requieren una valoración. Algunos elementos normativos pueden ser conocidos de una manera técnico-jurídica o profana. Por ejemplo, un cheque o un documento son conceptos jurídicos cuyo conocimiento técnico puede diferir del que de ellos tiene un lego. El conocimiento de ellos que tiene un jurista no es idéntico, o por lo menos no necesita ser idéntico, al de un comerciante. En estos casos, a los fines del conocimiento exigido por el dolo, será suficiente con el conocimiento del lego, es decir, en nuestro ejemplo del comerciante. En la dogmática penal sigue teniendo vigencia la expresión, acuñada desde hace ya mucho tiempo, del “conocimiento paralelo en la esfera del lego” que describe el conocimiento que el dolo requiere respecto de estos elementos” (Pérez Álvarez 1995, p. 213).

“Durante la ejecución, por otra parte, algunos elementos deben darse directamente en el foco de la conciencia del autor; así p.ej. en el robo

de la violencia ejercida sobre la víctima y el apoderarse del bien deben darse en este foco central de la conciencia del autor. Sin embargo, la circunstancia de encontrarse en despoblado, o si es un hurto cometido durante la noche; o se trate de bienes que por el lugar donde se encuentren se hallaren destinadas al servicio del público, no se requerirá que se encuentren en el centro del foco de la conciencia. En estos casos será suficiente con que dichos elementos u otros similares aparezcan reflejados en una zona cercana al foco central de la conciencia” (Reátegui Sánchez 2004, p. 117).

“Esta zona se denomina co-conciencia o conciencia acompañante. Se trata de la conciencia que se tiene de circunstancias que están presentes en el hecho pero sobre las que el autor no piensa con la misma intensidad con que lo hace en las otras circunstancias que están presentes en el hecho pero sobre las que el autor no piensa con la misma intensidad con que lo hace en las otras circunstancias. Normalmente entrarán en esta zona de la conciencia circunstancias relevantes para el dolo (por ser elementos del tipo) inmediatamente conectados a la acción. Qué circunstancias requerirán ser alcanzadas por el foco de la conciencia y cuáles sólo por la co-conciencia es una cuestión de interpretación de los tipos particulares de la parte especial” (Loc. cit.).

“Como vimos al formular la definición del dolo éste no sólo requiere que el autor haya conocido los elementos del tipo objetivo, sino además que haya tenido voluntad de realizarlo, es decir de realizar el comportamiento prohibido por la norma. Este problema presupone una respuesta a la pregunta siguiente: ¿Cuándo se puede afirmar que el autor ha querido la realización del tipo?. En primer lugar, puede decirse que el autor ha querido o ha tenido la voluntad de realizar el tipo cuando esta realización era directamente perseguida por su voluntad y era la meta de su voluntad. Por ejemplo: el autor quiere la muerte de B y dirige su acción a producirla, es decir quiere matar a B y lo mata. Cuando la realización del tipo es la meta del autor estamos en presencia del dolo directo” (Queralt Jiménez 1996, p. 234).

Pero esta no es la única forma posible de dolo. “También admitiremos el dolo cuando la realización del tipo no haya sido la meta del autor, pero éste se le ha representado como necesaria o como posible”. “Cuando el autor se representa la realización del tipo como necesaria se dará dolo indirecto o dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencias necesarias. P.ej.: el que quiere matar a otro poniendo una bomba en su automóvil y se representa como necesaria la muerte del acompañante, al que no desea matar, si producida la explosión mueren no sólo aquél a quien desea matar sino también el acompañante habrá dolo directo respecto el primero y dolo indirecto respecto de éste último. (Nótese la diferencia que existe entre tener voluntad de realizar el tipo y desear su realización)” (Mendoza Ayma 2012, p. 344).

“Si el autor no se representa la realización más que como posible, la realización dolosa del tipo dependerá de su actitud frente a la eventual realización del tipo (dolo eventual). La caracterización de esta actitud es singularmente discutida. Una primera posición exige que el autor haya aprobado interiormente la eventual realización del tipo” (teoría del asentimiento). Ante la representación de la posibilidad de realización del tipo del autor debe haberse dicho <<obro porque apruebo el eventual resultado de mi acción>>” (Jescheck 1981, p. 251).

“Desde otro punto de vista, la teoría de la probabilidad afirma la existencia de dolo eventual cuando el autor se ha representado la eventual realización del tipo no sólo como posible, sino como probable. Cuanto mayor ha sido la probabilidad con que el autor se ha representado la realización del tipo, tanto más infundada ha sido la confianza que podría haber tenido de que al obrar ello no ocurriría. En la actualidad tiende a imponerse el punto de vista que estima que debería apreciarse dolo eventual si el autor ha tomado seriamente en cuenta la posibilidad de la lesión del bien jurídico y se conforma con ella. Tal conformidad se dará cuando el autor haya obrado sin confiar que la realización del tipo no tendría lugar y no haya hecho nada para evitarla. Este criterio es el preferible” (Muñoz Conde 1984, 174).

“La caracterización del dolo eventual define, a su vez, el ámbito que corresponde a la culpa consciente. Cuando el autor se haya representado como posible la realización del tipo y haya obrado en la creencia de que está no tendría lugar estaremos en la presencia de la llamada culpa consciente. La cuestión de si un determinado delito es punible inclusive cuando el autor obró con dolo eventual dependerá de la interpretación del tipo concreto de la parte especial. Por ejemplo: puede discutirse si el dolo eventual es suficiente para el homicidio agravado o asesinato” (Loc. cit.).

10. La imputación penal en el delito de peligro

“Es un hecho la creciente importancia que los delitos de peligro han alcanzado en el ordenamiento jurídico-penal. Su incorporación al Código Penal responde a la necesidad de protección de ciertos bienes jurídicos más allá de la conducta lesiva de los mismos, ya sea por su relevancia, bien por ser fácilmente susceptibles de lesión mediante una determinada conducta, o debido a que los medios técnicos actualmente necesarios para la vida social pueden ocasionar, indebidamente utilizados, riesgos intolerables. Tal aumento de los tipos de peligro ha llevado a considerar que esta realidad se ha convertido casi en el hijo predilecto del legislador” (Bacigalupo 1989, p. 251).

“Este auge en la legislación no siempre fue acompañado por adecuados estudios doctrinales. Durante las discusiones de la Gran Comisión en el <<X Congreso Internacional de Derecho Penal>> -Roma en 1969-, surgieron grandes divergencias sobre la cuestión por la repercusión que tiene el tema en la interpretación jurisprudencial, marcando una clara incertidumbre sobre la materia. Incertidumbre que, como pone de relieve en el <<Raport General>>, afecta una multiplicidad de cuestiones: al concepto mismo de peligro, los distintos aspectos que reviste el peligro según los diferentes tipos de delito, la justificación teórica y criminológica de los delitos de peligro, etc.” (Barreto Ardilla y otros 2003, p. 196).

“Dado que la ley no ofrece una definición de peligro, es necesario establecer una noción válida a los efectos de una mejor comprensión de este artículo. Será preciso identificar el concepto de peligro desde un punto de vista antijurídico y luego analizar si es posible aplicarlo a los llamados delitos de peligro. Así las características esenciales a tener en cuenta cuando se habla de peligro son: a) La posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado; y, b) El carácter dañoso o lesivo de dicho resultado” (Villavicencio 1990, p. 52)

Para Jorge Marin, "si falta una de esas dos notas, falta también el peligro. No hablaremos de peligro cuando la producción de un acontecimiento es imposible o, por el contrario, cierta. Tampoco cuando el mismo concuerda con nuestros intereses o no los afecta. El peligro es, por tanto, la mayor o menor probabilidad de un acontecimiento dañoso, la posibilidad más o menos grande de su producción. Así es posible admitir una situación o una conducta peligrosa sin que en ella nuestros intereses se vean en absoluto involucrados y respecto a la segunda característica admite, sin discusión, que el resultado a que puede conducir el peligro ha de ser un resultado dañoso” (2008, p. 283).

Ahora bien, “los delitos de riesgo o delitos de peligro pueden ser concretos y abstractos y entre éstos mismos existe una diferencia marcada que es de gran importancia para poder establecer en qué momento es el que se configura un determinado hecho delictuoso que se subsume en un tipo penal, tal es así que para poder definir este tipo de delitos es necesario tener un concepto claro de lo que es el Principio de Lesividad y Puesta en Peligro de Bienes Jurídicos protegidos, establecidos en el Art. IV del Título Preliminar de nuestro Código Penal”.

En tal sentido Jacobs afirma que “el bien jurídico es cuando esos bienes son protegidos normativamente, mediante la amenaza de la pena, y ello reposa en los siguientes principios” (2003, p. 245):

a) “Principio de Lesividad”: “El principio de Lesividad o dañosidad social del bien jurídico, se enuncia en el aforismo liberal: <<No Hay Delito Sin Daño>>,”

que hoy equivale a decir que no hay <<hecho punible sin bien jurídico vulnerado>> o <<puesto en peligro>>; este principio sirve de límite al poder punitivo estatal, en atención que el Estado en uso del << jus puniendi>> no puede establecer hechos punibles (delitos y faltas penales), así como las penas y medidas de seguridad de modo circunstancial, sino en virtud de leyes penales preventivas o previas que fundamentan la existencia de un bien Jurídico protegido lesionado. El delito implica la violación de un bien jurídico (Desvalor del Resultado), pero también comporta la trasgresión de determinados valores materiales, sociales y culturales que se traducen en acciones ilícitas de injusto penal, que favorecen a las clases dominantes (desvalor de la acción), que implica vulneración de las llamadas normas de convivencia social”.

b) “Principio de puesta en peligro”: “Este principio denominado también principio de peligro social o de Ofensividad, en que se colocan los bienes jurídicos protegidos, se condiciona dentro de los límites del principio de Lesividad. Por tanto, la pena se funda en la Lesividad y puesta en peligro los bienes jurídicos protegidos por la ley, por la amenaza inminente y actual de los delincuentes y por sujetos socialmente peligrosos, el reconocimiento del principio de la lesividad como pilar fundamental del Estado Liberal, es uno de los principios de vital importancia en el desarrollo del tema de los delito de riesgo, en el ámbito penal, esto significa que el régimen liberal supone la idea del delito como una acción que perjudica bienes jurídicos, abandonándose así el criterio de identificarlo con el pecado o de que viola sólo derechos subjetivos”.

En el contexto de la evolución de la doctrina, es posible identificar dos “formas de presentación del peligro”: el peligro, en su “forma concreta” y el peligro en su “forma abstracta”. En su “forma concreta”, se “requiere como resultado típico la concreta o real puesta en peligro del bien jurídico” (“es decir, existe una situación o estado de peligro separable de la conducta”). En su “forma abstracta”, se sanciona “una acción típicamente peligrosa o peligrosa en abstracto”, sin “exigirse que efectivamente, se haya puesto en peligro real el bien jurídico protegido”.

“Los delitos de peligro concreto son aquellos en la que hay una lesión potencial o peligro inminente en la conducta típica que describe el tipo penal, principal característica diferenciadora de un delito de peligro concreto a la de un delito de peligro abstracto, puesto que el tipo penal expresamente establece esa característica peculiar de peligro inminente o potencial, no requiriéndose que el peligro establecido potencialmente llegue a realizarse, como ejemplo de esta concepción se puede señalar el artículo 125 del Código Penal en el delito de Exposición o abandono peligroso el cual establece que: <<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>>, en el delito mencionado existe un peligro potencial o inminente por lo que el sólo hecho de exponer al peligro de muerte se configuraría el delito mencionado independientemente si se produjera la muerte del sujeto pasivo, por lo que al analizar en todo el Código Penal que esta nota característica es que se puede poder establecer en primer lugar si es un delito de riesgo y en segundo lugar si este delito de riesgo es de peligro concreto o abstracto” (Villa Stein 2014, p. 286).

“Por el contrario los delitos de peligro abstracto son aquellos en la que no hay un riesgo inminente, peligro potencial, sino que la misma acción de la conducta típica crea de por sí peligro, es decir el sólo hecho de realizar la conducta descrita configura el ilícito penal, para citar un ejemplo de lo mencionado el artículo 274 que tipifica el delito de Conducción en Estado de Ebriedad o Drogadicción en la que establece que: “El que encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de estupefacientes, conduce, opera o maniobra vehículo motorizado, instrumento, herramienta, máquina u otro análogo...” (Loc. cit.).

“En esta modalidad claramente se pone de manifiesto que no establece el tipo penal un peligro potencial, inminente sino que el sólo hecho de conducir un vehículo en estado etílico se configuraría el tipo penal sin la necesidad de

que se puede causar o se cause lesiones culposas para la configuración de la misma, así también el ilícito de Tenencia Ilegal de Armas de Fuego se encuentra previsto y sancionado dentro del rubro de delitos contra la Seguridad Pública y específicamente tipificado como delito de peligro común en el artículo 279 del Código Penal. Es una figura de peligro abstracto pues no es necesario la producción de un daño concreto, pues se entiende que resulta peligroso para la sociedad la posesión de armas sin contar con la autorización administrativa correspondiente (lo cual perjudica el esquema finalista del Código Penal, así como sus postulados mínimos y garantistas; de bien jurídico real, invirtiéndose la presunción constitucional de inocencia). Así, la ley sanciona con pena privativa de la libertad no mayor de seis ni menor de quince años a aquél que entre otros tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos o sustancias o materiales destinados para su preparación”.

Es de apreciarse que el concepto de “peligro”, no encuentra “estricta definición normativa”. “Se trata de una noción que no tiene autonomía propia y ha de ser referida en forma exterior a ella misma, una noción antijurídica y general construida por dos componentes básicos, la posibilidad o probabilidad de la producción de un resultado y el carácter dañoso o lesivo de dicho resultado” (Jiménez Huertas 1975, p. 323). “En aquellos casos en que no es explícita la exigencia del peligro en el tipo ni se recurre a la fórmula de aptitud para la producción de un daño, simplemente castiga ciertas conductas en base al riesgo que en sí comportan, contentándose el tipo con la descripción del obrar prohibido. A razón de lo expuesto es de gran importancia la diferenciación de estos dos delitos de riesgo a fin de poder establecer el momento de consumación de dicho delito teniendo en cuenta que no se admite la tentativa y con la finalidad de poder imponer las sanciones correspondientes por el hecho de poner en peligro a la colectividad” (loc. Cit.).

11. La imputación penal en el delito de mera actividad

“Los delitos de mera actividad se contraponen en sedes doctrinal y jurisprudencial a los delitos de resultado; cada uno de ellos carece de sentido

sin el otro, lo que determina, que el estudio de ambos no pueda realizarse si no es partiendo de la cuestión que los separa: básicamente, que los delitos de mera actividad carecen del resultado (aspecto que define a los delitos de resultado)” (Bacigalupo 1994, p. 211). Es por ello que no se puede definir o tocar el tema de los “delitos de mera actividad” sin hacer referencia a los “delitos de resultado”, ya que, esto ayuda a una mejor explicación de los tipos:

Los denominados “delitos de resultado”, pueden ser definidos como “aquellos tipos cuyo contenido consiste en la producción de un efecto separado espacio-temporalmente de la conducta”. “La producción de ese resultado constituye la consumación formal del tipo”. “Debido a la existencia de este lapso de tiempo desde la realización de la acción hasta la producción del resultado, se admiten, caben otros riesgos, intervenciones posteriores de terceros, del autor o de la propia víctima, que pueden ser dolosas, imprudentes o fortuitas, comisivas u omisivas y que pueden tener importantes consecuencias en la imputación del resultado pudiendo llegar incluso a condicionar la necesidad del castigo. Además, el resultado debe ser la proyección del riesgo que la acción creaba” (Barreto Ardilla 2003, p. 197).

“Por el contrario, los delitos de mera actividad son aquellos cuya descripción y contenido material se agota en la realización de una conducta, sin que se exija la producción de un resultado distinto del comportamiento mismo. A nivel del tipo objetivo en los delitos de mera actividad, debe realizarse un análisis valorativo-objetivo que permita determinar si la conducta está prohibida. La adecuación al tipo objetivo consiste en afirmar el carácter prohibido general de la conducta realizada, para lo cual debe recurrirse a criterios valorativos similares a los utilizados en la imputación objetiva del resultado material” (Villa Stein 2014, p. 282).

“En base a esto podemos determinar que la tipicidad objetiva en los delitos de mera actividad consiste en determinar si la conducta realizada está abarcada por el ámbito de lo prohibido normativamente. Para ello debe precisarse si una persona media situada en la posición del autor hubiese contado con la existencia de los elementos típicos exigidos en el delito. Para

poder tener una noción más exacta de los delitos de mera actividad, la doctrina y la jurisprudencia refieren que es necesario un previo desarrollo de los delitos de resultado, ya que, estos son opuestos pero ambos se relacionan de manera directa con el otro. Es así que, los delitos de mera actividad en oposición a los delitos de resultado, también se les denomina delitos sin resultado natural” (Loc. Cit.).

“Son delitos de resultado aquellos tipos cuyo contenido consiste en la producción de un efecto separado espacio-temporalmente de la conducta. La producción de ese resultado constituye la consumación formal del tipo. Debido a la existencia de este lapso de tiempo desde la realización de la acción hasta la producción del resultado, se admiten, caben otros riesgos, intervenciones posteriores de terceros, del autor o de la propia víctima, que pueden ser dolosas, imprudentes o fortuitas, comisivas u omisivas y que pueden tener importantes consecuencias en la imputación del resultado pudiendo llegar incluso a condicionar la necesidad del castigo. Además, el resultado debe ser la proyección del riesgo que la acción creaba. Las lesiones, por ejemplo, son delitos de resultado, pues exigen la producción de un menoscabo en la salud de una persona. Por el contrario, los delitos de mera actividad son aquellos cuya descripción y contenido material se agota en la realización de una conducta, sin que se exija la producción de un resultado distinto del comportamiento mismo. El delito de allanamiento de morada, por ejemplo, es de mera actividad ya que exige sólo penetrar en morada ajena o permanecer en ella” (Martínez Pereda y Roma Valdés 1999, p. 63).

Pero, como veremos y en concordancia con lo que afirma Bacigalupo, “la definición de los delitos de mera actividad es puramente teórica. Sin embargo, la doctrina -y de su mano la jurisprudencia- ha elaborado -y aplicado- toda una parte general especial sobre los delitos de mera actividad que ha de ser examinada”. No se analizarán de forma autónoma las cuestiones relativas al tiempo y lugar de realización del delito ni las relacionadas con su prescripción, porque los de mera actividad no plantean problemas con relación a ellas, problemas que en todo caso deberían ser examinados en los delitos de resultado y sólo en aquéllos en los que éste se

produzca en un momento y en un espacio distinto del que se llevó a cabo el comportamiento activo u omisivo del autor” (1994, p. 287).

“Los problemas esenciales que se han planteado en la doctrina con relación a los delitos de mera actividad en esta materia se refieren a la admisión o no en estos delitos de la coautoría y la autoría mediata, y si son delitos de propia mano con la consiguiente imposibilidad de aplicarles también la teoría de la <<actio libera in causa>>”. Afirma Mir Puig, que “es una característica de los delitos de mera actividad que «no permiten concebir más que un sólo autor», precisamente porque «determinados bienes jurídicos sólo pueden ser ofendidos por una simple conducta del autor», condenándolos a ser siempre delitos con autoría individual, o lo que es lo mismo, excluyendo la coautoría en ellos. Este razonamiento es aplicado en la mayoría de la doctrina” (1994, p. 342).

“La tipicidad objetiva en los delitos de mera actividad consiste en determinar si la conducta realizada está abarcada por el ámbito de lo prohibido normativamente. Para ello debe precisarse si, desde un punto de vista *ex ante*, una persona media situada en la posición del autor hubiese contado con la existencia de los elementos típicos. Adicionalmente, en el caso de que se trate de un tipo penal de mera actividad y de peligro abstracto, debe analizarse, igualmente a partir de un punto de vista *ex ante*, si la conducta es estadísticamente peligrosa. Incluso, si se trata de un tipo de lesión de mera actividad, pudiera estudiarse la relevancia penal de dicha lesión. Por lo tanto, para la adecuación típica (objetiva) se toman en cuenta dos aspectos (Villavicencio 2006, p. 295):

a) “Si desde un punto de vista *ex ante* un observador objetivo contaría con la existencia de los diversos elementos (objetivos) exigidos por el tipo para su configuración (imputación al autor de las circunstancias típicas fundamentadoras de la conducta prohibida)”;

b) “Si, desde un punto de vista *ex ante*, la conducta tiene la aptitud de ser peligrosa o lesiva para el objeto del bien jurídico”.

“La tipicidad subjetiva en los delitos de mera actividad se desarrolla en el desvalor de acción en los delitos de mera actividad y de resultado se distingue en atención a una parte del contenido volitivo del dolo del autor y, por tanto, a una parte del desvalor subjetivo de acción: si el resultado ha de ser abarcado por el dolo en los delitos de resultado de forma que la realización o consecución del mismo dirige la actuación del autor, en los delitos de mera actividad el dolo ha de abarcar la realización de la conducta típica. De aquí se deduce que el desvalor de acción es distinto en los delitos de mera actividad y en los de resultado: en su parte subjetiva, porque el dolo se dirige a la realización de la conducta típica y en la objetiva, porque el resultado no forma parte de la misma pero sí el resto de los elementos objetivos sobre los que ha de proyectarse el dolo del autor” (Pérez Álvarez 1995, p. 286).

Es así que “no hay más diferencias entre los delitos dolosos de mera actividad y de resultado de manera que parece excesiva la afirmación que realiza Gómez Benítez que le lleva a predicar un cambio en el propio concepto de dolo, en el entendimiento de que éste es igual a finalidad, es decir, voluntad de realizar resultados típicos: [...] pero como quiera que en Derecho Penal no sólo existen delitos de resultado [...], sino también son punibles algunos delitos de mera actividad [...], el dolo puede definirse más ampliamente como finalidad dirigida hacia la realización del tipo penal, ya sea de resultado, ya sea de mera actividad” (Rodríguez Montañez 2004, p. 254).

12. La imputación penal en el delito de omisión

“Los tipos penales son la consecuencia de *normas*, es decir, de órdenes del legislador dirigidas a los ciudadanos de un Estado. Las normas se expresan en prohibiciones: ¡está prohibido matar!, está prohibido hurtar!, etc. o en mandatos: ¡debes prestar ayuda al herido!, debes contribuir a la alimentación de tus hijos!, etc. Cuando las normas se expresan a través de prohibiciones dan lugar a un tipo penal prohibitivo, es decir un tipo que se realiza mediante un comportamiento activo (comisión); cuando se expresan en mandatos (de acción) dan lugar a un tipo penal imperativo, es decir, tipos

cuya realización importa no hacer lo ordenado por la norma” (*Feijoo Sánchez 2005, p. 31*).

12.1. “Los delitos de omisión en la leyes penales”.

Las leyes penales se ocupan de las omisiones por lo menos en tres formas diferentes:

a) “En primer lugar establecen como delito el incumplimiento de un determinado mandato de acción”. “Estas disposiciones las leyes penales describen un comportamiento que consiste en incumplir un mandato específico de acción, deben distinguirse los mandatos de acción que imponen simplemente la realización de una acción (p.ej. denunciar la futura comisión de un delito) de aquellos que no solo imponen realizar una acción, sino adema evitar que se produzca un resultado” (Bacigalupo 2004, p. 223).

b) “Junto a estos delitos las leyes penales establecen otros en los que se incluye bajo una misma amenaza penal, tanto la realización de una acción positiva como la omisión de una acción determinada, es decir, se trata de casos en los que la ley misma equipara la realización de una acción con la omisión de una acción determinada” (*Villavicencio Terreros 2006, p. 96*). “Estos delitos presentan en realidad dos formas típicas equivalentes de realizar un tipo. En ciertos casos esta equivalencia de acción positiva y omisión está implícita en la redacción del texto legal”.

c) Fuera de estos casos no existe ninguna otra consideración expresa de la omisión en las leyes penales. De todas formas, los códigos más modernos contienen disposiciones sobre los llamados “delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión”. “En general puede decirse que estas disposiciones adolecen de ser extremadamente genéricas e imprecisas en la determinación del deber de evitar resultados prohibidos” (*Pérez Álvarez 1995, p. 348*). “Los delitos impropios de omisión consisten por tanto en supuestos en los que mediante una cláusula general se determina que bajo ciertas condiciones no evitar un resultado que se estaba obligado a evitar es

equivalente a la realización activa del tipo penal que prohíbe la realización activa del mismo resultado. Ejemplo: el salvavidas, al que le incumbe salvar a un bañista en peligro de ahogarse, responderá de la misma manera que si hubiera causado la muerte de éste, si el bañista muere ahogado sin que él, pudiendo, no hubiera intentado por lo menos el salvamento. Es decir, habrá cometido un homicidio por omisión” (Bacigalupo 2004, p. 224).

“Los delitos impropios de omisión se estructuran sobre la base de un deber de impedir la producción de un resultado” (Art. 13 C.P.): El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado”:

1. “Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo”.
2. “Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer”.

“La pena del omiso podrá ser atenuada”.

12.2. Los criterios para distinguir entre acciones y omisiones

“La distinción entre los delitos de comisión (activos, de acción) y los de omisión es en la actualidad problemática. Desde nuestro punto de vista acción (como comportamiento activo) y omisión no son conceptos que pertenezcan a un mismo plano. En el plano ontológico solo hay acciones efectivamente realizadas; pero en las omisiones hay más directivamente una alusión al significado de una acción: requiere decir que la acción no es la mandada por la norma. La diferencia fundamental, entonces, entre el delito comisivo y el omisivo está en las reglas que rigen la verificación de la adecuación típica: al tipo prohibitivo resulta adecuada solamente la acción que coincide con la descrita en el tipo; al tipo imperativo es adecuada toda la acción que no coincida con la ordenada por la norma” (*Mir Puig 1996, p. 237*).

12.3. El delito de omisión propia

El análisis de los delitos de omisión conviene iniciarlo por los “delitos propios de omisión” “se trata de delitos tipificados expresamente en el código penal que se agotan en el incumplimiento del mandato de acción”.

12.3.a) “La tipicidad de una omisión depende de que se hayan dado una situación en la que se genera el deber de actuar que el obligado a actuar, no haya cumplido con esta obligación y que haya tenido capacidad de hecho para hacerlo. La situación típica generadora del deber de obrar esta descrita en la ley como presupuesto del deber de actuar y es, por lo tanto, el primer elemento del tipo de los delitos de omisión” (Pérez Álvarez 1995, p. 231) (por ejemplo en el caso nuestro, el delito de “omisión de auxilio” Art. 127 C. P.).

12.3.b) “La no realización de la acción mandada”. “El segundo paso consiste en la comprobación de que el obligado a obrar en la situación típica generadora del deber ha incumplido con el mandato, es decir no ha realizado la acción. Esto se verifica comparando la acción realizada por el obligado con la acción generadora del deber: si ambas no coinciden se habrá cumplido con el segundo elemento de la tipicidad de los delitos propios de omisión” (Bacigalupo 2004, p. 223).

12.3.c) “Poder de hecho para realizar la acción mandada”. Por último, “la tipicidad de la omisión depende de que el omitente haya tenido capacidad para realizar la acción mandada. Capacidad de prestar el auxilio o de contribuir a la alimentación de otra persona, etc. El omitente que carece de esta capacidad no habrá omitido típicamente. La capacidad de realizar la acción presupone el conocimiento de la situación generadora del deber y la cognoscibilidad de los medios para llevar a cabo la acción, así como el conocimiento del fin de la acción. Por lo demás si el omitente carece de la capacidad técnica para la realización de la acción u omisión no será típica. Ejemplo: el paseante tiene que haber tenido conocimiento de la situación de necesidad de un bañista. Debe haber tenido la posibilidad de saber cómo podía prestarle ayuda y además haber sabido de la finalidad de salvamento

con que debía realizarse la acción; por ultimo debe haber tenido suficiente destreza natatoria como para salvar al necesitado” (Rodríguez Montañez 2004, p. 118).

12.3.d) “La antijuricidad (el deber de actuar)”. “Ninguno de los elementos de la tipicidad es, en mismo, el deber de actuar. Tales elementos son un presupuesto de este deber o dicho de otra manera, el deber de actuar es consecuencia de la situación típica descrita en la ley. El deber de actuar, consecuentemente no pertenece al tipo de los delitos de omisión. Los errores que pudieran recaer sobre la existencia del deber de actuar (p.ej. sobre la obligación de prestar alimentos) deben tratarse de acuerdo con las reglas del error de prohibición. Por lo demás, la antijuricidad no tiene ninguna particularidad con respecto al concepto general. Antijurídica será toda omisión típica no justificada. Por lo general entrara en consideración el estado de necesidad (sobre todo por colisión de deberes)” (Pavon Vasconcelos 1996, p. 214).

12.4. El delito de omisión impropia

“Los delitos impropios de omisión son las infracciones de impedir el resultado de un delito de colisión, que no se hayan expresamente tipificadas en la ley penal”. Por ejemplo: “no impedir, estando obligado a ello, el resultado de la muerte de otro (resultado de homicidio)”. “Como vimos se llaman también delitos de comisión por omisión” (Art. 13 C.P.).

“Concretamente la tarea dogmática en este ámbito consiste en establecer bajo qué condiciones no evitar el resultado de un tipo prohibitivo es punible de la misma manera que su realización activa, es decir, según el marco penal previsto para el delito de comisión (aunque de ese marco quizás atenuadamente). Dicho con un ejemplo el tipo del homicidio está concebido como un delito de actividad: <<causar la muerte de otro>>; ¿bajo qué condiciones no evitar la muerte es equivalente a matarlo? ¿Qué diferencia dogmática relevante existe entre el paseante que ve a otro en un lago y el

salvavidas cuya función es salvar a los bañistas necesitados de auxilio?” (Maqueda Abreu 1992, p. 249).

“Como vimos las cláusulas generales que dicen que el omitente responderá por no haber impedido el resultado en el caso en que haya tenido el deber jurídico de evitarlo, no brindan ninguna respuesta a este interrogante, pues lo que necesita saber es cuando se tiene ese deber jurídico y porque su infracción se sanciona como la comisión activa del delito. De manera, pues, que los tipos que llamamos <<delitos impropios de omisión>> no son en realidad variedades de los tipos de comisión, a los que complementan mediante la forma omisiva de no <<evitar el resultado>>” (Loc. Cit.).

“Cabe señalar, que en los últimos tiempos se ha cuestionado el fundamento de una distinción entre los delitos propios e impropios de omisión”. “El argumento sobre la base de la cual se lleva a cabo este cuestionamiento es la comprobación de que en verdad, todos los deberes de actuar tienen la misma dirección: Evitar un resultado, solo que hay tipos que mencionan tal resultado y tipos que no lo hacen” (Mir Puig 1994, p. 239).

12.4.a) La tipicidad. Existe una amplia coincidencia entre los elementos que hemos estudiado, pertenecientes a los delitos propios de omisión y los elementos que caracterizan la tipicidad en los delitos impropios de omisión. “También en estos pertenecen al tipo la descripción de la situación típica generadora del deber de actuar, la omisión de realización de la acción debida y la capacidad de hecho para realizarla. ¿Qué es lo que, entonces, caracteriza a esta forma de omisión para que sea equivalente a la realización del tipo en forma activa?. Este elemento diferencial habrá que deducirlo, en primer término, y hasta donde ello sea posible, de la ley penal, generalizando a partir de aquellos casos en los cuales la ley pone una omisión de impedir un resultado bajo la misma amenaza penal que la realización activa del mismo” (Cfrme. Bacigalupo Zapater 2004, p. 183).

En tales supuestos la ley circunscribirá seguramente el círculo de los autores posibles a aquellos que tengan respecto al bien jurídico lesionado una

relación muy estrecha. “De allí es posible inferir que lo que determina la equivalencia entre la producción activa y la omisión de impedir el resultado es la estrecha vinculación del omitente con el bien jurídico protegido. La persona que se encuentre en esa posición estrecha de vinculación con el bien jurídico es denominada garante. La madre que no da de comer a su pequeño hijo o el salvavidas que no salva al bañista que corre peligro de ahogarse, tienen los bienes jurídicos respectivamente a su cargo una estrecha relación que permite afirmar que se encuentren en posición de garantes frente al orden jurídico y de ello se deduce que su omisión es, en principio, equivalente a la realización activa del tipo; no responderán solo por la omisión de socorro sino por el homicidio” (Barja de Quiroga 2004, p. 113).

“La posición de garante es, en consecuencia, un elemento de la autoría, que determina que los omitentes tienen un deber especial, cuya infracción determina la consideración de su omisión dentro del marco penal de los delitos de comisión. De aquí se deduce que los delitos impropios de omisión son delitos especiales: solo pueden ser responsabilizados por estos delitos los omitentes que se encuentran en posición de garante, es decir que tengan una estrecha relación con el bien jurídico protegido. En este caso se distinguen dos situaciones diversas: a) Cuando el omitente tiene a su cargo el cuidado de una fuente de peligro frente a la generalidad de los bienes jurídicos; y, b) Cuando tiene a su cargo el cuidado de un bien jurídico frente a los peligros que puedan amenazarlo” (Loc. cit.):

a. “Cuidado de una fuente de peligro frente a la generalidad de los bienes jurídicos”. “En primer lugar existe una posición de garante cuando a una persona le incumbe el cuidado de una fuente de peligro que afecta bienes jurídicos indeterminados. Ejemplo: una persona está encargada de poner en conocimiento de los transeúntes o conductores de vehículos el peligro que se deriva de un ferrocarril, cuyas vías atraviesan una calle de tráfico peatonal y automotor. Los bienes jurídicos amenazados por el peligro que representa un ferrocarril que atraviesa una calle de las características expresadas son muchos: se refieren a las personas (vida, integridad corporal) y a las cosas (la propiedad). Todos estos bienes jurídicos están al cuidado de los

guardabarreras. Su relación con ellos es suficientemente estrecha como para fundamentar una posición de garante. El peligro puede incluso haber sido creado por el propio omitente en forma activa (p. ej. haber dado alcohol al que luego tiene que conducir vehículo). Dentro de esta categoría aparecen, también, los deberes de vigilancia, referidos a la evitación de daños en los bienes jurídicos de terceros (p.ej. el cumplimiento de la medida de seguridad en los ámbitos de trabajo)”.

“Cuando se trate de los peligros emanados de un hecho anterior al omitente, la posición de garante solo deberá admitirse cuando los peligros generados por el comportamiento previo hayan sido previsibles y evitables en el momento de la realización de la acción que origino el peligro. El deber de actuar, en estos casos, solo alcanza a la evitación de resultados adecuados a la fuente de peligro vigilada. Esto quiere decir que los únicos resultados que pueden fundamentar la responsabilidad son los que un observador imparcial podría considerar ex-ante como adecuados a la fuente de peligro vigilada. Aquí el criterio de la teoría de la adecuación solo se utiliza para establecer el límite del deber de actuar del garante” (Benavente Chorres 2013, p. 223).

“Últimamente se considera también dentro de esta categoría de garantes al que dentro de su ámbito de dominio es propietario o poseedor de cosas, máquinas, aparatos, etc. que requieran un control para impedir determinados resultados”.

b. “Cuidado de un bien jurídico determinado frente a los peligros que puedan amenazarlo”. “La segunda categoría fundamentadora de la posición de garante contiene deberes de cuidado y protección de uno o varios bienes jurídicos determinados. Caben aquí en primer término los deberes que tienen por objeto el cuidado de personas necesitadas, como por ejemplo enfermos, parálíticos, niños, etc. Asimismo, los <<deberes riesgo>>, como es el caso de la protección de los alpinistas por el guía de la montaña, etc. En segundo lugar, entran en consideración los deberes de cuidado y protección emanados de una estrecha relación de vida, matrimonio, vida en común, etc. No se trata de una obligación re-impedir que las personas cercanas realicen acciones

delictivas o lesivas de bienes jurídicos, sino de la obligación de prestarle auxilio en situaciones de necesidad: p.ej. el marido que ve ahogar a su mujer y no le ayuda no será responsable por una omisión de socorro, sino por un homicidio por comisión por omisión” (Bacigalupo Zapater 2004, p. 243).

“También pertenecen a esta categoría los deberes de cuidado y protección que corresponden a los funcionarios en el marco de su competencia. En esta esfera encontraremos las más variadas obligaciones y los más diversos deberes, siendo cuestión de interpretación comprobar cuáles son los deberes que por su entidad son idóneos para fundamentar la posición de garante y cuáles no. Resumiendo: la omisión de impedir un resultado es típica en la forma de un delito de omisión impropia si el omitente era garante y es garante cuando se encuentra en alguna de las situaciones descritas. El contenido de ambas categorías fundamentadoras de la posición de garante no han sido expuestas, como es lógico, en forma exhaustiva, sino simplemente ejemplificativa” (Loc. cit.).

12.4.b) La causalidad de la omisión

“Dado que la producción del resultado de un delito de comisión es requisito del tipo del delito impropio de omisión se presenta el problema de la relación que debe existir entre la omisión del garante y el resultado. Este problema no admite solución en el marco de la causalidad, como tradicionalmente había sido tratado: la teoría de la equivalencia de las condiciones fracasa en la determinación de la causalidad de las omisiones”. “En efecto, admitida la causalidad de las condiciones negativas, la teoría de la *conditio sine qua non* elaboró una fórmula según la cual, sería causal del resultado toda acción que supuesta mentalmente hubiera determinado la no producción del resultado. Ejemplo: si se supone la acción de salvataje (omitida) no se hubiera producido la muerte del bañista, por lo que la omisión de tal acción debe reputarse causal del resultado” (Cobo del Rosal y Vives Antón 1987, p. 312).

12.5. El dolo de la omisión

“También el concepto de dolo de los delitos de omisión requiere una reformulación”. “En los delitos de comisión el dolo consiste en la voluntad de realización del tipo. Implícitamente ello supone que el dolo es la sobre determinación de la causalidad. Pero, como hemos visto, en los delitos de omisión falta la realización de la acción, por lo que no es pensable hablar en este ámbito de una relación de causalidad; tampoco es posible una determinación de la misma. No hay voluntad de realización de una acción que se realiza no sobre determinaciones de una causalidad que no ha tenido lugar” (Etcheberry 1965, p. 344).

Por lo tanto, como anota Fontan Balestra (1995, p. 431) “la forma más grave de lo ilícito, será la correspondiente a los delitos de comisión dolosos; mientras que en los delitos de omisión los será el delito “cuasi – doloso”. Esta “omisión cuasi-dolosa”, se dará cuando el omitente haya tenido”:

- “Conocimiento de la situación típica generadora del deber de obrar”;
- “Conocimientos de las circunstancias que fundamentan la posibilidad de obrar”; y
- “Haya sido por lo menos indiferente frente a la producción del resultado o la lesión del bien jurídico”.

12.6. El delito de omisión culposa

“El delito de omisión culposa no se diferencia de la omisión dolosa, sino en el que la omisión tiene lugar por negligencia del omitente. Esta negligencia se tendrá por acreditada cuando el omitente no tuvo conocimiento de la situación generadora del deber o de las circunstancias que fundamentan la posibilidad de obrar por falta de diligencia, es decir, por no haber empleado el cuidado debido (p.ej. la enfermera que se fue a bailar y no suministró la medicina a su paciente, quien muere durante la ausencia de ella)” (Villa Stein 2014, p. 340).

13. La imputación penal en el delito culposo

13.1. Concepto: fundamento del injusto

“La modernidad y el consiguiente desarrollo y progreso técnico-científico, que ha marcado contemporáneamente a la sociedad, ha denotado como factor positivo el aumento del bienestar material común, pero también ha evidenciado otro factor, esta vez negativo, compuesto por el incremento injustificado y alarmante del peligro social. En tal sentido, se puede constatar en el seno social, que el incremento del riesgo se multiplica día a día, en relación directamente proporcional al aumento del tráfico aéreo, marítimo y automotor, al desarrollo del maquinismo y la industrialización, a las profesiones y oficios que utilizan métodos o herramientas riesgosas, al desarrollo del deporte competitivo, a la utilización médica inapropiada de insumos o métodos de avanzada tecnología, etc.” (Peña Cabrera 1994, p. 265).

“En la actualidad, conforme se aprecia de los datos estadísticos, la frecuencia de homicidios culposos es particularmente alarmante por su magnitud en el ámbito del tránsito automotor (urbano e interprovincial). Incluso, se ha llegado a establecer, en la sangrienta comparación, que el número de víctimas por accidentes de tránsito se revela como el factor principal de mortandad, superando incluso al número de víctimas dejadas por la barbarie terrorista o la criminalidad organizada” (Hugo Vizcardo 2017, p. 174). “A este factor ha contribuido contemporáneamente, la negligencia de conducir en estado de ebriedad o drogadicción” (Peña Cabrera 1994, p. 264) (“amén de la funesta contribución en número de víctimas, que al respecto han brindado los imprudentes choferes de las motejadas <<combis de la muerte>>”).

“En sociedades como las nuestras, los peligros de accidentes se multiplican debido a la falta de medios financieros, técnicos y personales para prevenirlos adoptando las medidas de precaución necesarias. Además, esta

situación ha empeorado debido a la evolución de las costumbres y de la manera de pensar condicionada por el egoísmo y el desprecio por los demás, el afán de obtener beneficios lo más rápidamente y con el menor esfuerzo, el ansia de placer y el abuso en el consumo de las drogas (en especial del alcohol). El número de delitos culposos se ha multiplicado y sobrecargado el aparato judicial (Hugo Vizcardo 2017, p. 174).

“En ello se fundamenta pues, la necesidad de tipificar y adscribir sanción penal a estas conductas negligentes. Así, siguiendo la tendencia general, el codificador peruano de 1991 optó por establecer, en la parte general, la determinación de que las conductas culposas son plausibles de acriminación, siendo necesario, para su respectiva tipificación, una taxativa y específica descripción de la conducta en el caso particular, siguiendo así una marcada tendencia de *numerus clausus*. Así, nuestro vigente código punitivo, establece que son actos sancionados por la ley, las acciones u omisiones dolosas o **culposas** (artículo 11). Señalando asimismo, que el agente de infracción **culposa** es punible en los casos expresamente establecidos por la ley (artículo 12). (nuestro Código penal de 1863 no tipificaba el homicidio culposo, su sanción se introduce legislativamente recién con el Código penal de 1924 <Art. 156>)” (Loc. cit.).

“En general, las formas culposas requieren un resultado típico, no querido por el agente pero si posible de prever, derivado de una violación del deber de prudencia y cuidado socialmente exigido a sus elementos componentes”.

Es necesario advertir, como nos lo recuerda Queralt Jiménez, que “los hechos punibles culposos son <<tipos abiertos>> y será el juez quien debe identificar la acción culposa. En verdad, al legislador o codificador le resulta imposible describir con precisión cada una de las conductas culposas (infracción del deber de cuidado), lo hace de manera general en nuestra legislación penal; por ello, cabe decir que es el juez en cada caso concreto quien cerrará el tipo” (1996, p. 279).

“Dado que el tipo culposo representa una circunstancia, en la que el agente no actúa con dolo, sino más bien, mediando un accionar inicial irrelevante o insignificante para el derecho penal, derivado generalmente de un accionar lícito o permitido por la normatividad; resulta pertinente preguntarnos, en base a qué consideraciones, tal accionar, adquiere carácter antijurídico y emerge al campo penal como un accionar susceptible de pena. Si el agente no quiso matar, pero lamentablemente atropella y elimina la vida de un semejante, por qué debe responder penalmente y ser sujeto de pena, sino fue esta su intención o su querer. ¿Es que acaso, en esta figura se atiende al mero resultado, resucitándose así, el ya superado *versari in re illicita*?”

La respuesta a esta interrogante atiende a que no se sanciona por el mero resultado, sino que lo antijurídico de la acción estriba en la violación del deber de cuidado o atención que el orden jurídico impone subjetivamente a los miembros de la sociedad, que los obliga a conducir sus actividades de manera adecuada a fin de no ocasionar peligro o daño a bienes jurídicos, adecuando debidamente sus respectivas acciones, de acuerdo a la naturaleza particular de sus respectivas personalidades y las circunstancias que los rodean (fundamento del accionar culposo). Al respecto, la legislación española hace referencia a la “imprudencia grave” <Art. 142>.

“La norma penal mediante su función motivadora, debe procurar que los individuos conduzcan su obrar o seleccionen los medios apropiados para el cumplimiento de sus fines, dentro del marco de lo prudente a fin de evitar la destrucción de vidas humanas. El ordenamiento jurídico, con la tipificación de estas conductas, pretende proteger a la sociedad, de comportamientos negligentes o imprudentes, transmitiendo el mensaje normativo de un adecuado accionar social, cuidadoso, respetuoso, consciente y meditado, sobre todo teniendo en consideración, que estas formas delictuales inciden en lo profundo del sentimiento social y tienen relación directamente proporcional al desenvolvimiento de las actividades humanas, que por los avances técnicos y científicos, se vuelven cada vez más frondosas y complejas” (Alcócer Povis 2013, p. 114).

13.2. Estructura del tipo culposo

“El tipo penal del delito doloso, como se vio, distinguía por un lado el tipo objetivo y por el otro el tipo subjetivo, que debían guardar una relación de concordancia. Por lo tanto la voluntad de realizar el tipo (dolo) tenía que coincidir con la descripción del suceso contenido en el tipo objetivo. Esta coincidencia es ajena al delito culposo, ya que la finalidad del autor y la realización del tipo no se superponen. La distinción entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo carece aquí, en verdad de razón de ser. El comportamiento típico consiste en realizar una acción contraria al cuidado debido (imprudente, negligente). Una acción contrario al cuidado debido es, por lo tanto, una acción llevada a cabo sin prudencia o sin diligencia. El tipo penal, entonces está constituido por la realización de una acción que infringe el deber de una acción que infringe el deber de cuidado exigido” (Bacigalupo 1994, p. 238).

“La dogmática latinoamericana, por el contrario y salvo excepciones, ha sido caracterizado el delito culposo falsamente como una especie de culpabilidad y no como un tipo penal específico. El tipo del delito culposo resulta por consiguiente agotado por la causación del resultado. Pero es evidente que una norma solo puede prohibir acciones humanas y no tendría sentido pretender prohibir simples causaciones: si el tipo penal describe una conducta prohibida por la norma, lo prohibido solo puede ser conducirse sin el cuidado exigido, pero no la causación del resultado” (Bustos Ramírez 1986, p. 173).

“Una cuestión debatida es la referente a si el resultado de la acción contraria al deber de cuidado pertenece al tipo de los delitos culposos. Se trata de una cuestión paralela a que también se plantea en la actualidad respecto de los delitos dolosos, en los que una parte de la teoría ha comenzado a inclinarse por la eliminación del resultado del tipo penal” (ver sobre esto: Bacigalupo, manual de derecho penal, Bogotá, 1985). “Si el concepto del tipo se concibe como la descripción de un comportamiento prohibido, el resultado no formara parte del tipo, pues no es un comportamiento del autor”.

“Ello no significa que el resultado forme parte de lo ilícito, aunque como un elemento que nada agrega al disvalor de la acción. El resultado tendrá, desde este punto de vista una función limitadora de la punibilidad: solo son punibles las acciones imprudentes que se concretan en un resultado. En este sentido que una parte de la teoría ha considerado que el resultado de los delitos culposos es una condición objetiva de la punibilidad” (Muñoz Conde 1984, p. 221).

13.3. Elementos del tipo culposo

La “comprobación de la tipicidad del delito culposo” requiere, como hemos visto la “verificación de la infracción del deber de cuidado y de la imputación objetiva del resultado”.

13.3.a) “La infracción del deber de cuidado”. “El deber de cuidado no está definido en cada tipo del delito culposo previsto en el código penal. Por lo tanto, la definición de deber de cuidado requiere de una definición relativa a cada situación concreta. De tal forma, el deber de cuidado debe precisamente <<a posteriori>> y ello es lo que permitió considerar a los tipos de los delitos culposos como tipos abiertos, es decir como tipos penales que deben ser <<cerrados>> por el juez mediante definición del deber de cuidado exigible en la situación concreta. ¿Cómo debe definirse el deber de cuidado? ¿Qué elementos deben tomarse en cuenta para ello?” (Muñoz Conde 1984, p. 67).

“Una parte de la teoría estima que el cuidado exigible debe determinarse objetivamente. Con ello quiere decirse que debe considerarse como deber de cuidado aquella diligencia que hubiere puesto en la circunstancia concreta un <<ciudadano medio cuidadoso>>, o sea sin considerar las capacidades concretas del autor. Este punto de vista admite, sin embargo, que deben tomarse en cuenta los conocimientos especiales que tenga el autor. Ejemplo: el nadador campeón de natación (capacidad especial superior al término medio) infringiría el deber de cuidado si no emplea la capacidad media que hubiere puesto un ciudadano medio cuidadoso, pero no

lo haría, si no emplea toda su capacidad. Por el contrario, (un químico que posee conocimientos especiales sobre una sustancia radioactiva) solo cumplirá con el deber de cuidado si emplea sus conocimientos superiores al del término medio” (Cfrme. Pérez Pinzón 2005, p. 192).

Frente a esta posición se encuentra el punto de vista que determina el deber de cuidado en base a un criterio individual. De acuerdo con él el deber de cuidado debe definirse individualmente, con lo que se quiere decir que hacerse referencia a la capacidad individual y a los conocimientos individuales del autor. Ejemplo: “el automovilista que tiene una capacidad superior a la del término medio infringe su deber de cuidado si solo emplea la del término medio. En cuanto a los conocimientos especiales no hay diferencias en relación al criterio objetivo. Este criterio permite una mejor protección de los bienes jurídicos y es por tanto, el preferible”.

“El deber de cuidado no impone un deber absoluto de no producir peligros para los bienes jurídicos. En la vida social se toleran ciertos peligros dentro de un margen determinado (p.ej. el ferrocarril, la aviación) el deber de cuidado se infringe, por lo tanto, cuando se crea un riesgo permitido. El riesgo permitido, consecuentemente, no es una causa de justificación sino la circunstancia que excluye la tipicidad. Por lo tanto, el que causa la muerte del otro conduciendo un auto dentro del límite marcado por el riesgo permitido no realiza el tipo del homicidio culposo pues obra dentro del riesgo permitido” (Loc. cit.).

“De acuerdo a los fundamentos doctrinarios generales, la acción típica en el delito culposo consiste en la realización de una conducta contraria al cuidado debido, jurídicamente desvalorada por resultar contraria al cuidado objetivamente debido. La mayoría de la doctrina alemana formula la distinción del deber exigido objetivamente y el poder del autor de cumplir con el deber, la primera cuestión resulta incluida dentro de la antijuridicidad, la segunda en la culpabilidad, así independientemente de las facultades del autor será antijurídico el hecho que infrinja el deber objetivo de cuidado” (Muñoz Conde 1984, p. 221).

“Conforme la concepción de la moderna dogmática, resulta que debemos separar la causalidad de la imputación de tal forma que una conducta solo puede ser imputada, siempre que haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en la producción de un resultado, de ahí que si el autor no crea un riesgo jurídicamente desaprobado y a pesar de esto causa un resultado lesivo no realiza una conducta típica. Por lo que la conducta típica supone para la orientación actual del derecho penal (de tipo funcionalista) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. El funcionalismo construye así tanto los injustos dolosos como imprudentes” (Loc. Cit).

Al respecto, Roxín, tratando el tema de la lesión del “deber objetivo de cuidado en los delitos culposos”, refiere que “la cuestión de si la negligencia constituye un puro problema de culpabilidad o si, como lo sostiene Welsel y ahora la posición que va ganando terreno, la lesión de un deber objetivo de cuidado debe comprobarse ya en el ámbito de la antijuricidad, carece de consecuencias prácticas en el derecho penal. Pues, al no reconocerse en su ámbito ni la tentativa del delito culposo ni el error de tipo, el único supuesto de error posible es el caso de quien cree que el cuidado, que está obligado a aplicar, no le incumbe. Para ambas concepciones se trata aquí de un error de prohibición” (1997, 353).

Dada la “estructura de los delitos culposos”, la determinación del deber de cuidado ha de correlacionarse con una meticulosa apreciación de las circunstancias relativas al hecho y a la condición personal del agente (debiéndose descartar al efecto, la apelación a conceptos tan subjetivos como: “hombre normal”, “buen conductor”, “buen profesional”, etc.). Indica Villavicencio, “el deber de cuidado está integrado por el deber de reconocimiento del peligro para el bien jurídico y después por el deber de abstenerse de esa acción peligrosa o sólo efectuarla bajo medidas cautelosas” (2006, p. 62).

“La ausencia de reglamentaciones se suple con las reglas de la experiencia general de la vida. Aquí resulta importante el llamado principio de confianza, según el cual al participante en el tránsito le es admisible confiar que el otro participante se comportará también en forma correcta hasta que circunstancias especiales del caso hagan previsible lo contrario. Sin embargo, esto no supone una autorización para obrar descuidadamente confiando en el cuidado de los demás” (Villavicencio 2006, p. 63). “Así, desde la perspectiva de tipo abierto, que caracteriza al delito culposo, la determinación típica del <<deber de cuidado>>, es posible observarla (constituyendo ello sólo un indicio) acudiendo a normas extrapenales, como la legislación de tránsito, lex artis o reglas de profesión, reglas de prácticas deportivas, normatividad sanitaria, normas de seguridad industrial o comercial, normas de posesión de canes o animales peligrosos, etc.” (Loc. cit.).

Conforme lo aprecia Jescheck, “la acción en el tipo objetivo del delito culposo reclama la vulneración del deber objetivo de cuidado (que constituye lo injusto de la acción), que implica a su vez la inobservancia de la obligación de advertir el peligro (deber de cuidado interno), siendo posible su previsión (deber de cuidado externo), circunstancia que obliga al agente a un debido cuidado, a una actuación prudente omitiendo acciones cargadas de peligro injustificado (indica también el citado autor, que el cuidado exigible también puede imponer el cumplimiento de deberes de preparación e información, antes de ejecutar acciones peligrosas <cuidado como cumplimiento de un deber de información>, v. gr. el médico que debe estar al día en los avances de la medicina)” (1981, T. II, p. 796 y ss).

EJECUTORIA, “Primera Sala Penal de la Corte Superior de Lima, Exp. No 1789-96 (en D.P. Jueces y Jurisprudencia; Prado Saldarriaga, Víctor 1999, p. 95)”....”No se configura un homicidio culposo si el procesado conducía su vehículo de acuerdo a las reglas pertinentes. Que la muerte del agraviado fue consecuencia de su conducta temeraria de conducir en bicicleta en estado de ebriedad y en sentido contrario al tránsito”.....Lima, veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y siete....VISTOS: Interviniendo como vocal ponente....., y CONSIDERANDO: “Que, tal como puede apreciarse de

autos y muy especialmente del Atestado Policial..., el accidente de tránsito en el cual se produjo la muerte del agraviado tuvo como factores preponderantes el estado etílico en que éste se encontraba, el que según el Certificado de Dosaje Etílico obrante a fojas veintiuno alcanzaba los dos puntos cincuenta Cg/L unido al hecho que manejaba su bicicleta sin frenos en sentido contrario al del tránsito y sin que en modo alguno esté probado que el procesado hubiera actuado imprudentemente, pues por lo contrario está demostrado que conducía su vehículo de acuerdo a las reglas de tránsito; Que, además, tal como está probado en el expediente, el procesado ha cumplido con recurrir a los familiares del occiso con los gastos inherentes al sepelio y entierro dentro del ámbito de su responsabilidad civil, en atención a lo cual: CONFIRMARON: La sentencia recurrida..., que FALLA: ABSOLVIENDO a Dalmiro Feliciano Palomino Ortiz de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la vida, el cuerpo y la salud –homicidio culposo- en agravio de Atilio Palomino Huallpa; con lo demás que contiene; notificándose y los devolvieron"...S.S. PRADO SALDARRIAGA, LAGOS ABRILL, INFANTES MANDUJANO.

EJECUTORIA: Primera Sala Penal – Corte Superior de Lima (ob. Cit. p. 96)... Exp. No 2151-96, Lima, 10 de abril de 1997 (sumilla): "Si el procesado conducía su vehículo a una velocidad prudencial, no cabe imputarle una falta al deber de cuidado, más aun si el accidente que motivó la muerte del agraviado ocurrió cuando éste ingresó de modo imprudente a la calzada por un lugar no autorizado, luego de saltar una baranda metálica que divide el corredor vial y sin tomar las medidas de precaución y seguridad tendientes a salvaguardar su integridad física. En consecuencia, no se configura el delito de homicidio culposo tipificado en el artículo 111 del Código Penal" S.S. PRADO SALDARRIAGA, LAGOS ABRIL, OYARCE DELGADO.

La acción puede verse influenciada por el error (Art.14), que si es invencible, determinará la exculpación (p. Ej. Cuando el chofer diligente, atropella y mata debido a que unos bromistas alteraron el sentido de las señales de tránsito). El error de tipo vencible resulta típico (p. Ej. El cazador aficionado que va al campo de noche, disparando sobre los arbustos que se movieron, creyendo que era su presa, siendo que en realidad era un campista

haciendo sus necesidades). También se admiten las causas de justificación: legítima defensa y estado de necesidad (caso del que por huir apresurado del incendio, empuja al bombero que entra por la ventana, determinando su muerte producto de la caída).

Las acciones culposas también pueden encontrar justificación por el consentimiento de la víctima, sea este manifiesto o presunto. Por ejemplo, el caso de los boxeadores que voluntariamente se someten al peligro (siempre y cuando se respete la regularidad de las normas del deporte) o el caso del amigo que sube al auto consciente del estado de ebriedad del conductor o para realizar carreras de pique.

13.3.b) La imputación objetiva del resultado. “El resultado debe haber sido la concreción del peligro representado por la acción, es decir debe ser imputable objetivamente a la acción. Este requisito se denomina conexión de antijuricidad: el resultado debe estar conectado con la acción contraria al deber de cuidado. En general el resultado será imputable a la acción adecuada al deber exigido de cuidado hubiera evitado posiblemente el resultado”.

Requisito fundamental, en este tipo de figuras, es que el resultado sea imputable al agente, en atención a la trasgresión del deber de cuidado que le era exigible, ya que lo contrario, es decir, la imposibilidad de imputar objetivamente el resultado delictuoso al agente, la hace desaparecer y en consecuencia, él no responderá penalmente por el resultado (Ej. el caso fortuito, la grave amenaza, etc.).

“No es pacífica la doctrina a la hora de establecer la pertenencia del resultado al tipo penal”. “En efecto un importante sector considera que en la determinación de lo ilícito imprudente basta con la lesión de un deber de cuidado y la ausencia de justificantes, de este razonamiento se advierte que el resultado pasaría a ser considerado como una condición objetiva de punibilidad (kaufmann). La problemática queda centrada en si el delito imprudente se construye esencialmente sobre la base de infraccionar un

deber objetivo de cuidado cual es la razón para considerar en lo injusto de la imprudencia que esta infracción cause un resultado. Esta consideración es la que ha llevado a otorgarle al resultado en la imprudencia la función de condición objetiva de punibilidad tal quedo dicho” (Schone, Wolfgang 1992, p. 213).

“Welzel ya tomaba en cuenta estas cuestiones y relego el resultado a la única función de otorgarle relevancia jurídico-penal a la infracción de la norma objetiva de cuidado, la presencia o ausencia del resultado no aumentará ni disminuirá su gravedad, por lo que para el maestro alemán” “solo con el desvalor de acción queda fundamentado completamente lo injusto material de los delitos culposos, el resultado producido lleva a cabo una función de selección relacionada con su punibilidad. Para el profesor de Bonn, el desvalor de acción no puede ser aumentado por la producción del resultado ni ser disminuido por su ausencia” (1970, p. 311).

“La importancia del resultado en el tipo reside en que cumple una función de selección de las acciones que son contrarias al cuidado, la acción contraria al cuidado es antinormativa sin resultar relevante el hecho de que se concrete o no en un resultado, si tiene lugar el resultado se convierte en el injusto material del injusto típico penal, con esto se demuestra según Welzel cuan poco el resultado resulta parte esencial del hecho culposo” (Loc. Cit.). No obstante ello, es doctrina preponderante que “para imputar el resultado al autor de un comportamiento imprudente debe necesariamente existir un nexo entre la acción imprudente y el resultado”.

“Se trata de una relación de causalidad que permita imputar el resultado concreto producido por el autor con su accionar imprudente. Esta relación de causalidad debe decidirse de acuerdo a la llamada **teoría de la adecuación**. Empero además de la relación de causalidad el planteo que ahora domina en Alemania indica que es preciso que la causación de resultado entre dentro de la finalidad de protección de la norma de prudencia que resulta vulnerada. Conforme lo aprecia Roxín, la imputación a culpa no termina con el riesgo permitido, sino también cuando se sobrepasa el ámbito de protección del

correspondiente tipo. Asimismo y conforme la imputación objetiva sabemos que el resultado necesita generalmente de la creación de un riesgo típico que ya deviene de la misma infracción a la norma de cuidado por lo que se hace necesario exigir que el resultado refleje la realización del riesgo creado por infraccionar un deber de cuidado” (Hugo Vizcardo 2017, p. 174).

Por otra parte “la mayoría de la doctrina es conteste en afirmar que para imputar un resultado debe existir una probabilidad cercana a la seguridad de que si la acción no fuera negligente no hubiera acaecido el resultado. La doctrina mayoritariamente afirma que si el resultado fue causado por una conducta imprudente pero hubiera sido causado de igual manera con otra conducta prudente no basta para alcanzar la tipicidad culposa, son los llamados casos de comportamiento alternativo correcto, verbigracia el caso del paciente que fallece en el quirófano a causa de que se le suministro cocaína en lugar de anestesia que resultaba lo indicado, pero de igual forma hubiera fallecido si le suministraban el anestésico. Conforme lo antedicho, en la imprudencia no basta que la acción desviada resulte causa del resultado en función de que el resultado le puede ser imputado objetivamente al autor en el único caso que su presupuesto resulte ser la infracción al deber objetivo de cuidado” (Zaffaroni 1983, p. 219).

“Para otro sector - teoría del incremento del riesgo- alcanza con que la imprudencia eleve el riesgo considerablemente a fin de poder imputar el resultado a ella, en efecto la teoría del incremento del riesgo considera que en los casos de duda sobre si el resultado constituye o no la realización del riesgo típico de la conducta se especula apto para la aplicación de una sanción penal el hecho de la comprobación de un aumento del riesgo. La llamada Teoría del incremento del Riesgo goza de gran predicamento entre los teóricos alemanes. La cuestión central en relación con la afirmación de una responsabilidad a título de imprudencia resulta de establecer cuando se puede afirmar que, dándose una infracción al deber objetivo de cuidado y una lesión al bien jurídico esta última le puede ser imputada al autor de aquella” (Loc. Cit.).

“Roxín propone el siguiente método”: “Examínese que conducta no se le hubiera podido imputar al autor según los principios del riesgo permitido como infracción del deber, compárese con ella la forma de actuar del procesado y compruébese entonces si en la configuración de los hechos a enjuiciar la conducta incorrecta del autor ha incrementado la probabilidad de producir el resultado en comparación con el riesgo permitido. Si es así, habrá una lesión del deber que encajará en el tipo y corresponderá castigar por delito imprudente, en lugar si no hay aumento del riesgo no se le puede cargar el resultado al agente que en consecuencia debe ser absuelto” (1997, p. 375).

Ahora bien, lo dicho nos lleva a recordar que la culpa requiere de tres elementos fundamentales: un acto inicial lícito o permitido jurídicamente, un resultado final típico atribuible a la trasgresión del “deber de cuidado del autor”, y “la imputación objetiva de éste resultado al agente” (adecuada relación de causalidad entre ambos extremos). En relación al requerimiento de que la acción inicial sea lícita, convergemos con Roy Freyre, en que “hay que tener un criterio más amplio en relación a ello, puesto que puede suceder que tal acto inicial sea ilícito en el caso particular (como maniobrar el arma sin licencia, o manejar el automóvil sin licencia), sin que ello pueda hacer desaparecer el carácter culposo de la figura, ni mucho menos configurar un resultado preterintencional o trocarlo en doloso” (1974, p. 211).

“Pero en general, lo que esencialmente requiere esta figura que estudiamos, es que el resultado muerte se haya producido mediando culpa; así, «no existe delito cuando el hecho se produjo en forma ocasional, sin mediar ni negligencia ni imprudencia punibles. Se absolvió al acusado que en una reyerta con otra persona le dio un golpe que hizo caer a su contrincante sobre una criatura de meses de nacida, la que sufrió lesiones de gravedad que determinaron su fallecimiento». Este mismo caso ha de servirnos para la determinación de la importancia que tiene el nexo de causalidad entre la acción inicial y el resultado culposo. Si ello no se da, entonces el agente sería exculpado. Asimismo, es necesario establecer que el resultado, muerte en este caso, haya podido ser previsto y no obstante ser así, el agente no lo hizo transgrediendo su deber de cuidado. «La culpa presupone como elementos

esenciales la imprevisión y la previsibilidad, es decir, el sujeto culpable no ha previsto lo que era previsible, estando en condiciones psíquicas y materiales de prever» (Fontán Balestra 1995, p. 101).

Esta regla surte efecto inclusive en el ámbito de los deportes violentos de contacto, como el box, en cuya realización son muchas las muertes ocasionadas (aquí el respeto a las reglas del deporte evidencia la prudencia, mientras que el desborde de lo normativo, por el contrario, determina la imprudencia fundamentadora de lo ilícito).

Tal capacidad de previsión es la que se le requeriría a cualquier persona normal de inteligencia media. Se requiere pues, el mínimo de lo que Hurtado Pozo denomina «el deber de atención necesario», para evitar ciertos resultados dañinos. La trasgresión del deber social de cuidado, implica en el autor, “no haber hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su condición personal”, lo cual está férreamente vinculado con los conceptos de **negligencia, imprudencia e impericia**.

La **negligencia** implica el no tomar las adecuadas y mínimas precauciones en las actividades ordinarias o especiales de la vida, dejando de lado las obligaciones impuestas por el uso o la costumbre, que requieren del agente cierto grado de atención, prudencia o previsión, tal es el caso de quien construye un pozo y no se preocupa en poner una señal de atención o de taparlo, ocasionando con ello que la víctima no se percatara y cayera en él, muriendo por el golpe.

La **imprudencia**, por su lado, presupone actividades o conductas que ostentan cierto grado de inusualidad, impregnadas de latente peligro común por su manejo por parte del agente, como el experimentar con pólvora o criar animales feroces sin las debidas precauciones (también el caso de los deportistas, que excediendo el marco de lo reglamentariamente permitido en el deporte que practican, producen daño a sus contrincantes).

Por último, la **impericia** se funda en la ignorancia, el error y la inhabilidad; presupone la existencia de una profesión, un arte o un oficio del cual haga uso deficiente o incapaz el agente. Para que pueda considerarse el hecho cometido por impericia, es necesario que se trate de personas cuya actividad les imponga poseer conocimientos especiales, y que el hecho se haya ejecutado en el ejercicio de esa actividad.

Un ejemplo frecuente es el de los profesionales de la salud, que pueden ocasionar la muerte debido a una mala medicación o a una deficiente intervención quirúrgica. «Las distinciones entre la negligencia, la imprudencia y la impericia (como hemos visto), son bastante sutiles, siendo más importante el común denominador que las hace integrantes de una situación culpable esencialmente idéntica».

13.4. La antijuricidad del delito culposo

“La realización del tipo del delito culposo será antijurídica cuando no esté justificada por una causa de justificación. Pero, si bien este concepto coincide con el de los delitos dolosos, en el delito culposo se presentan algunas particularidades. Básicamente no se requiere el elemento subjetivo de la justificación. Ello es consecuencia de la eficiente configuración que tienen el disvalor de la acción y el disvalor del resultado en el delito culposo. La falta de coincidencia entre lo querido y lo ocurrido como consecuencia de la acción hacen innecesario exigir que el autor haya tenido conocimiento de la situación de justificación” (Fontán Balestra 1995, p. 344).

13.5. La atribuibilidad y la culpabilidad en el delito culposo

“La atribuibilidad y la culpabilidad no presentan en el delito culposo diferencias con relación al delito doloso”. Una parte considerable de la teoría admite aquí, con razón la no culpabilidad de otra conducta con causa que excluye la atribuibilidad.

13.6. Culpa consciente y culpa inconsciente

La culpa puede ser consciente o inconsciente. “Es consciente cuando el autor se ha representado la posible realización del tipo y ha obtenido en la creencia de poder evitarlo o suponiendo que ella no ocurrirá”. “La culpa es inconsciente con el principio de culpabilidad no está totalmente fuera de duda. La culpa consciente ofrece problemas para su delimitación frente al dolo eventual”.

“Ante todo conviene establecer si en el delito imprudente resulta procedente distinguir un tipo objetivo y uno subjetivo, la doctrina científica admite esta división empero esta posición no resulta unánime”.

“Adelantamos nuestra opinión en el sentido de reconocer el tipo subjetivo en la llamada imprudencia consciente en el que resultaría conformado por la representación de la circunstancia de hecho entendido como un peligro no permitido y en la confianza de no realizar el tipo penal. Por el contrario, no admitimos la presencia de un tipo subjetivo en la imprudencia inconsciente, ya que el agente no incluye en su representación los presupuestos del tipo objetivo”.

Conforme a la división doctrinaria de culpa consciente e inconsciente, conforme lo define Jescheck, “en la culpa inconsciente el autor no piensa a causa de la vulneración del cuidado debido, en la posibilidad de que pueda realizar el tipo legal, mientras que en la culpa consciente, aunque advierte la concurrencia del peligro concreto para el objeto de la acción protegido, confía, por una infravaloración del grado de aquél o por una excesiva valoración de sus propias fuerzas, o, simplemente, confiando indebidamente en su suerte, en que el tipo legal no va a realizarse” (1981, T. II, p. 787).

Para Maurach “la previsibilidad constituye lo que él denomina el núcleo central del tipo subjetivo en correspondencia con la estructura del hecho punible doloso ella se refiere al perjuicio descuidado evitable tipificado en el tipo objetivo y con ello a la totalidad de los elementos del tipo objetivo, sujeto

del hecho, objeto del hecho y resultado incluida la infracción al deber de cuidado de la conducta y la causalidad de la evitabilidad. Si aquella falta dice el autor con respecto a uno solo de esos elementos, el tipo subjetivo cae y con este la punibilidad al igual que el desconocimiento de uno solo de los elementos del tipo objetivo también elimina el dolo” (1962, p. 259).

“Dentro de la literatura jurídica encontramos quienes integran la subjetividad de los delitos culposos sustentada en el elemento cognitivo y el elemento volitivo. El primero de ellos se serviría de la previsión es decir del conocer del agente del peligro de la consecuencia de su conducta. En su lugar el volitivo resultaría representado por la libre aceptación de la conducta que tiene la posibilidad de conocer que infracciona un deber objetivo de cuidado” (Loc. cit.).

Jescheek refiere que “a la previsibilidad como componente del tipo subjetivo del delito imprudente, afirma que tanto el resultado como el curso causal deben ser previsibles. La problemática se plantea según el autor en la culpa inconsciente en la que la previsibilidad debe tomarse con un criterio objetivo que atienda la capacidad de conocimiento del agente” (loc. Cit.).

“También hay quienes afirman que la posibilidad de conocer el deber de cuidado no pertenece al tipo subjetivo culposo sino a la culpabilidad por resultar una base de un conocimiento normativo. Stratenwerth entiende que no resulta aconsejable separar el tipo culposo en una parte objetiva y otra subjetiva argumenta el catedrático de Basilea que en el caso la voluntad no se dirige al resultado penalmente relevante”.

Zaffaroni afirma que “el tipo culposo tiene requerimientos tanto objetivos como subjetivos empero la estructura del tipo es diferente a la del delito doloso, el citado catedrático considera indispensable referirse a aspectos subjetivos del delito imprudente a saber la finalidad y la previsión del resultado. Por otra parte resalta que en el aspecto cognoscitivo del tipo subjetivo culposo existe una mera posibilidad de conocimiento, es decir un

conocimiento potencial no requiriendo un conocimiento efectivo como sucede con el dolo" (1983, p. 211).

"Al tipo subjetivo pertenece entonces en su aspecto conativo la voluntad de realizar la conducta final que se trate con los medios elegidos, en su parte intelectual la posibilidad de conocer el peligro que la conducta crea a los bienes jurídicos ajenos y de prever el resultado conforme a ese conocimiento. La atipicidad subjetiva de la culpa obedece según el autor citado a dos aspectos en primer lugar a que el resultado este más allá de la capacidad de previsión (ignorancia invencible) luego a que el sujeto se encuentre en una situación de error de tipo invencible, pese a lo cual está claro que si bien el error de tipo vencible puede llevar a la culpa no resulta adecuado ver en toda culpa un error de tipo vencible" (Loc. cit.).

"Existen un sin número de casos en que no es posible encontrar un error como el del automovilista que provoca una colisión por quedarse dormido".

Silva Sánchez, es de opinión contraria, el maestro manifiesta que "el tipo subjetivo del delito culposos consiste en que el que actúa conoce una porción típicamente relevante de las condiciones del resultado producido de lo cual surge según la valoración del ordenamiento jurídico un peligro intolerable -riesgo no permitido -. Así quien atraviesa en rojo el cruce con el automóvil o adelanta en una curva sin visibilidad realiza conscientemente circunstancias con relevancia en cuanto al riesgo y actúa por ello de manera imprudente de este modo para el autor la finalidad jurídicamente desaprobada constituye también el injusto del delito imprudente por lo tanto el injusto doloso como imprudente muestran una estructura homogénea" (2000, p. 296).

"Según esta concepción la voluntad de realización final del autor culposos no ha de referirse más que a tipos no escritos de riesgo. En la imprudencia -también en la inconsciente- procede referir a un tipo subjetivo cuyo objeto no son las circunstancias del hecho sino los factores de riesgo".

“En síntesis la doctrina científica con diferente fundamento admite casi unánimemente la existencia del tipo subjetivo del delito imprudente, quienes la niegan casi con seguridad responden a la visión tradicional de considerar la culpa como una de las especies de culpabilidad”.

En suma, este tipo de homicidio es netamente culposo. El agente no desea el resultado letal, pero por falta de previsión y cuidado arriba a ello como una consecuencia no querida, pero posible de prever y evitar.

Esto implica que al desarrollar su acción, el agente estuvo en la posibilidad de poder prever que el curso causal de su hacer, determinaba un peligro concreto para la vida de un semejante, o que habiendo previsto dicha posibilidad, ilusoriamente confió en la posibilidad de evitar el resultado, en atención a una irresponsable e inconsecuente valoración de las circunstancias o de su situación personal (culpa consciente y culpa inconsciente).

En derecho penal es inadmisibles la “compensación de culpas”, por lo que la comprobación de que fue la propia negligencia de la víctima, lo que produjo el resultado fatal, no permite per se eximir de responsabilidad al agente, mientras no se compruebe su accionar diligente y debido, ya que si éste actuó también mediando negligencia, será imputado por homicidio culposo.

CAPITULO II

EL DELITO ABANDONO DE MUJER EN ESTADO DE GESTACIÓN

1. La familia y su importancia social

Conforme lo señala Campana Valderrama, “la familia es una institución social cuyo concepto es definitivamente cultural, siendo que cada cultura tiene una noción específica de ella. Para la cultura occidental, proveniente de la cultura greco-romana, familia proviene de la voz latina “familia”, que se define como <<...grupo de personas emparentadas entre sí, que viven juntas bajo la autoridad de una de ellas>>” (2002, p. 27). “En sus más profundas raíces la existencia de la familia se debe a las necesidades mismas de la supervivencia y socialización de los individuos, en la misma relación como se debe la supervivencia de nuestra especie a la existencia de la sociedad” (Silva Santisteban 1998, p. 370).

“La familia, como producto cultural, ha exhibido a través del tiempo fisonomías de diversa naturaleza por lo que su concepto no es unívoco. Así, la simple y muy usada denominación de familia nos lleva a recordar agrupaciones de personas muy diferentes entre sí. Así tenemos entonces, patrilineales, matrilineales, patrilocales o matrilocales, familia gens, de orientación u origen, familia conyugal, matrimonial o extramatrimonial, ensamblada, monoparental y segmentaria, etc.” (Mazeaud 1976, p. 6 y ss).

Desde comienzos del siglo xx, algunos eminentes especialistas conceden cada día mayor importancia a la familia. Su influjo en los principales aspectos de la vida (psicológico, sociológico, médico, pedagógico, criminológico...), se califica de insustituible, primordial e imperecedera.

También se ha dicho, a decir de Campana Valderrama, que “en la familia existe una idea de unidad de producción y que, además, el sólo hecho de pertenecer y permanecer en <<una familia>> implica la renuncia tácita a

las libertades individuales de cada integrante que la conforma” ((2002, p. 30). “En fin, creemos que todas las características que se le pueda atribuir a este componente fundamental de la sociedad humana, siempre estarán dirigidas a uniformar su contenido, de modo que en el uso de tan sólo una de ellas, comprendamos qué es la familia o como bien se ha señalado <<a pesar de no tener un origen conocido, se ha impuesto por la plena exactitud de su contenido>>, de manera que no es posible delinear un concepto abstracto e intemporal de la familia, sino que, en todo caso, lo factible sería analizar el significado de la expresión familia computando los caracteres propios de una estructura familiar concreta, vigente en un determinado tiempo y espacio sociales y aun así, con las necesarias especificaciones y particularidades. Por ello, la coexistencia –en una misma época y lugar- de varios tipos de familia, ha permitido la formulación del <<principio de pluralidad de los tipos>>” (Loc. cit.).

“No puede dudarse de que la dimensión institucional de la familia constituye un valor que ha de respetarse, en cuanto garantiza el compromiso y la duración; y tampoco puede dudarse que la persona individual puede legítimamente pedir a la familia la protección y la promoción de sus exigencias privadas. Pero también está claro que el vínculo jurídico, sino se conjuga con otros valores, se encuentra expuesto a degradarse hasta ir a parar en el más vacío formalismo; paralelamente, la pretensión de que la familia tutele el interés privado de cada uno de sus miembros, en ausencia de toda remisión a valores más altos, puede empobrecer la comunión familiar, reduciéndola a una mera asociación de mutuo socorro” (D’agnostino 1991, P. 17).

“Al margen de las múltiples consideraciones que pueden contener los conceptos que sobre la familia se ensayan, podemos afirmar que resulta altamente demostrable que en el interior de ella se forman, desarrollan y mantienen relaciones de tipo afectivo muy fuertes y poderosos que la rebasan como unidad, otorgándole una especial cohesión que ha servido para sostener que la familia tiene una extraordinaria capacidad frente a los avatares de la historia y su propia evolución” (Diez-Picazo 1984, p. 26). En igual sentido, afirma Cornejo, “no puede concebirse pueblo fuerte con familia

decadente, como no se concibe organismo sano con células enfermas. De allí la múltiple importancia de la familia: Eugénésica, social, económica, cultural” (1943, p. 17).

Para Bramont Arias “la familia es la base necesaria y el más poderoso elemento de grandeza de las naciones. Es el grupo fundamental, eterno e insustituible del Estado. La familia y Estado son términos indisolublemente unidos. Los destinos de la familia están visceralmente unidos a los de la sociedad. Cualquiera que sea el resultado de la investigación histórica sobre el origen de la familia y de la especulación filosófica sobre sus relaciones con el Estado, hay un hecho cierto e incontrolable, cual es, que cuando más vigorosamente está constituida la familia, más fuerte y próspero es el Estado” (1954, p. 539).

“La igualdad y el respeto de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todos/as los miembros/as de la familia son esenciales para el bienestar familiar y de la sociedad en su conjunto. Debemos reconocer la centralidad de los derechos humanos de los individuos dentro de los contextos familiares y condenar y actuar efectivamente sobre los abusos de los derechos humanos que tienen lugar en contextos familiares. La legislación internacional de derechos humanos establece claramente los derechos y libertades de los individuos en el contexto de la familia, aunque la <<unidad familiar>> no es en sí misma ni por sí misma sujeto de protección de derechos humanos. Todos los individuos tienen iguales derechos a una vida familiar, la cual debe ser garantizada por el Estado” (Aguilar Llanos 2016, p. 38).

“Los movimientos surgidos recientemente en la Organización de Naciones Unidas (ONU) a favor de la <<protección de la familia>> entran en conflicto con los principios establecidos por la legislación internacional de derechos humanos, incluyendo los principios de universalidad e indivisibilidad. La igualdad y el respeto de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todos los miembros de la familia son esenciales para el bienestar familiar y de la sociedad en su conjunto. Debemos reconocer la centralidad de los derechos humanos de los individuos dentro de los contextos

familiares y condenar y actuar efectivamente sobre los abusos de los derechos humanos que tienen lugar en contextos familiares” (Loc. cit.).

“La legislación internacional de derechos humanos establece claramente los derechos y libertades de los individuos en el contexto de la familia, aunque la ‘unidad familiar’ no es en sí misma ni por sí misma sujeto de protección de derechos humanos. Todos los individuos tienen iguales derechos a una vida familiar, la cual debe ser garantizada por el Estado. Los derechos de los individuos en edad adulta a formar una familia deben ser reconocidos, sobre la base de la igualdad y manteniendo el principio de no discriminación”. Artículos 3, 23 y 26 del PIDCP.

“Los individuos en edad adulta, sin limitación alguna, tienen el derecho al matrimonio y a fundar una familia. Gozan de igualdad de derechos para el matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. Declaración Universal de Derechos Humanos, Artículo 16. En todo el mundo existen varias formas de familia. La formación de una familia es un derecho de todo individuo, una vez que el principio de diversidad de la familia esté consolidado. Un enfoque estandarizado de ‘la familia’ excluirá, discriminará y estigmatizará a muchas otras formas de familia”.

“Dada la diversidad de estructuras y relaciones familiares, las políticas no deberían enfocarse en un tipo de familia, sino tener en cuenta a todos los tipos – incluyendo las familias monoparentales, compuestas, extensas y recompuestas – así como tener en cuenta las distintas necesidades y las circunstancias específicas de cada una de ellas. Informe del Secretario General de la ONU A/59/17”.

“Todos los miembros de una familia tienen igual derecho a la seguridad y a participar de la vida familiar sobre una base de igualdad de condiciones y sin miedo a la violencia. En todo el mundo las mujeres y las niñas continúan experimentando violencia, con mayor frecuencia en contextos familiares. El abuso infantil, incluyendo el abuso sexual, es más comúnmente perpetrado

por miembros de la familia. Las personas con discapacidades también experimentan coerción y abuso en el seno de la familia”.

“Los Estados deben ejercer la diligencia debida para prevenir, investigar y castigar los actos de violencia contra las mujeres, incluso cuando estos actos son perpetrados por personas privadas, como en el caso de la violencia doméstica o familiar. *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, artículo 4(c); Recomendación General de la CEDAW No. 19”.*

“Los Estados deben tomar todas las medidas apropiadas para proteger a niñas y niños de todas las formas de violencia física o mental, lesiones o abusos, negligencia o tratamiento negligente, maltrato o explotación, incluyendo abuso sexual, mientras se encuentran al cuidado de sus padres y madres o de cualquier otra persona que esté a cargo. *CRC, Artículo 19*. Los Estados deben cumplir sus obligaciones de prevenir, dar respuesta a y eliminar todas las prácticas perjudiciales (como la mutilación genital femenina y la violencia relativa a la dote), dondequiera y cualquiera sea la forma en que ocurran, incluso dentro de la familia. *Comité de los Derechos del Niño (CRC) y CE-DAW, Recomendación General Conjunta (31) y Comentario General (18)*. Los Estados harán todo lo necesario, incluyendo la adopción de legislación y de medidas apropiadas para asegurar su cumplimiento a fin de prohibir la MGF, proteger a las niñas y a las mujeres de esta forma de violencia y poner fin a la impunidad. *AG, Resolución A/ RES/67/146 y CSW 2008, Resolución 52/2”.*

2. El fundamento de la protección penal

“Tradicionalmente el cumplimiento de los deberes familiares siempre ha sido una cuestión jurídico-privada, al margen del Derecho penal”. “Sólo la ruptura del deber de fidelidad conyugal así como el quebrantamiento de otros deberes familiares, que llevaran aparejados la lesión o puesta en peligro de algunos de los bienes jurídicos vida o integridad física, de las personas individuales que componían la familia. Se consideraba incluso que una

excesiva intromisión del Estado en el ámbito familiar podía tener malas consecuencias”.

Conforme lo precisa Muñoz conde, “esta fue la idea que dominó en la codificación penal del siglo XIX, presidida por el espíritu liberal de la época. Lo que motivó que en la mayoría de los Códigos penales decimonónicos, faltase un título para agrupar los delitos que atacan a la familia, aun cuando ya algún autor a fines del siglo XIX abrogara por su creación. Sin embargo, tal concepción fue cambiando con la aparición de nuevas tendencias e ideologías. Las nuevas concepciones sobre la familia, como núcleo natural y básico de la sociedad, y la publicitación del Derecho de familia, motivaron la introducción en los Códigos penales, de nuevas figuras de delitos que atacan fundamentalmente a la familia” (1996, p. 251).

2.1. Corrientes doctrinarias a favor de la protección penal de la familia

Conforme lo indica Salinas Siccha, “es evidente la importancia de la familia para la organización y desenvolvimiento del Estado, en consecuencia el legislador no ha tenido otra alternativa que darle su real dimensión al momento de legislar y regularle a fin de no distorsionar los lazos nacidos del matrimonio, parentesco o afinidad. En esta línea de razonamiento, no resulta raro ni casual que el Estado haga uso del derecho punitivo para proteger a la familia y sancionar conductas que puedan afectarlo. En doctrina del derecho penal, no pocos entendidos han señalado que la intervención del Estado en las relaciones familiares vía el derecho punitivo, en lugar de resultar beneficioso puede ser contraproducente, mas no dañina. No contribuye de manera alguna a mejorar la situación económica ni lograr su unidad. Se concluye que el Estado debe abstenerse de intervenir por aquél medio. Sin embargo, pensamos que tal intervención se justifica por el hecho concreto de garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones y deberes familiares, cuando los ciudadanos dolosamente pretenden sustraerse” (2008, p. 326).

No obstante, de modo alguno podemos pensar que el “Derecho penal interviene en todas las relaciones familiares que regula el derecho de familia.

El derecho punitivo se concreta a proteger relaciones familiares que tienen que ver con los cónyuges y con los parientes consanguíneos en línea recta. Al legislador de la normativa penal solo le interesa tutelar cuatro aspectos fundamentales para la subsistencia normal y desenvolvimiento regular de la familia. Pretende proteger la estabilidad matrimonial dentro del sistema monogámico, el derecho a la certeza de la filiación de los hijos respecto de los padres (lesión al estado civil de las personas), el derecho de custodia que corresponde a los padres respecto de los hijos (atentados contra la patria potestad) y tutelar las obligaciones alimenticias (omisión de asistencia familiar)” (Salinas Sicha 2008, p. 326).

2.2. Corrientes doctrinarias en contra de la protección penal de la familia

Frente a esta realidad anteriormente expuesta, recientemente ha surgido, o empieza a surgir, una fuerte corriente contraria a la incriminación de la trasgresión de los derechos familiares. Muchos juristas, conscientes del peligro de inflación penal, al aumentar cada día más al articulado de la parte especial, procuran limitar y reducir el elenco de las conductas incriminadas.

“Para que el Derecho penal pueda intervenir, con sus graves consecuencias, en la solución o manejo de los conflictos sociales, ha de ser absolutamente imprescindible, <<necesario>>, puesto que de otra manera la pena constituiría una lesión inútil de derechos fundamentales. Si el Derecho penal se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. Así, el principio de necesidad conduce pues, a la **exigencia de utilidad**, lo que plantea la controvertida cuestión de si realmente el Derecho penal sirve para evitar delitos” (Hugo Vizcardo 2016, p. 54). Posición que, entre otros, ha inducido a Mauricio Martínez, a fundamentar la “posibilidad de la abolición del Derecho penal” <“por abolicionismo se conoce una corriente de la criminología moderna o crítica, que como su nombre lo indica, propone la abolición no solo de la cárcel, sino de la totalidad del sistema de la justicia penal”>” (Martínez Sánchez 1990, p. 13).

“Si el Derecho Penal de una sociedad democrática se legitima en tanto en cuanto previene la realización de hechos delictivos, es lícito llegar a la conclusión de que el recurso al Derecho penal (y a la pena) deviene en ilegítimo desde el mismo momento en que se demuestre que es inútil o innecesario en orden a alcanzar el fin que se le asigna” (Zugaldía Espinar 1993, p. 240”).

“La necesidad de orientar la intervención punitiva del Estado hacia un Derecho penal mínimo (minimización de la respuesta jurídica violenta contra el delito) constituye una afirmación que, a fuerza de ser repetida por todos los sectores doctrinales, empieza a correr el riesgo de convertirse en un tópico desprovisto de contenido concreto. Sin embargo, existe consenso en torno a la idea de que el Derecho penal debe ser la última ratio (el último recurso) de la política del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir” (Zugaldía Espinar 2004, p. 202).

“El denominado Derecho penal mínimo no significa que no deba haber Derecho Penal; no significa que debamos prescindir del poder punitivo del Estado. Es ésta, ciertamente, una idea ya antigua, y fue Radbruch el que expresaba que lo ideal no era un <<Derecho Penal mejor>>, sino <<algo mejor que el Derecho Penal>>. Esto es, lo ideal sería asegurar las libertades sin restringir ninguna. Pero eso, hoy por hoy, no parece posible. Debemos, pues, contentarnos con aspirar al Derecho penal mínimo, esto es, a las mínimas intervenciones posibles para conseguir tutelar el máximo de bienes jurídicos necesarios para asegurar las libertades de los ciudadanos” (Hugo Vizcardo 2016, p. 54).

El pensamiento moderno anti-incriminatorio, *utilitatis causa*, insiste en la necesidad de que el Estado busque ante todo la utilidad, la armonía, la paz de la familia. Para ello debe respetar sus valores fundamentales — intimidad, eticidad, autonomía— y debe evitar totalmente la intromisión de las instituciones de Derecho público. Lo mejor es que, como se dice vulgarmente «le deje en paz», y no se entrometa en sus problemas particulares. Bastan las

instituciones de Derecho privado, pues se reconoce en general que la familia «es una institución privada, la más privada de todas las instituciones».

“El legislador y la ley pretenden y deben pretender por encima de todo, la utilidad, la seguridad de los miembros de la familia; no pretenden, al menos en primer lugar, hacer justicia. Recientemente expone semejante teoría el profesor Beitzke, en su Derecho de familia”. Corrobora esta opinión en cierto sentido, y respecto a la legislación española, el profesor Rodríguez Devesa cuando, entre cosas, escribe “El sustraerse a esos deberes asistenciales o no prestarles, es lo que la ley considera como una falta de seguridad para el tercero a quien protege”. Por tanto, según bastantes autores y legisladores, el bien jurídico protegido en estos casos es la seguridad de los individuos de la familia; lo cual parece competencia exclusiva del Derecho privado” (1994, p. 324).

“La intromisión del Derecho penal, añaden otros autores, causa más daños que bienes. La autoridad debe buscar la protección de la familia, y concretamente su asistencia económica, su prosperidad material, su unidad. Pues bien salta a la vista que la intervención penal, desde el primer momento del proceso, hasta el último de la ejecución de la pena, no contribuye a mejorar la posición económica de la familia, ni su unidad, ni su intimidad, ni nada de lo que ella necesita. Al contrario, aumentará sus deudas, sus divergencias, sus odios. No parece necesario comprobar esta realidad con citas concretas” (Salinas Sicha 2008, p. 326).

“Muchos especialistas reconocen que algunas veces las instituciones clásicas de Derecho privado no bastarán para lograr los fines pretendidos, por ser tantas y tan nuevas las dificultades de la familia en los tiempos actuales, en los tiempos de la industrialización y emigración masiva, de la igualdad de derechos de la mujer, etc. Pero observan que esto no implica la necesidad ni la utilidad de abrir la puerta al Derecho público, a la pena. Al contrario, eso indica la necesidad de crear nuevas instituciones sociales acomodadas a los tiempos modernos, sin acudir a las vetustas y destructoras sanciones penales” (Loc. cit.).

En resumen, actualmente, según muchos autores, el abandono económico de la familia debe competir única y exclusivamente al Derecho privado y a las instituciones sociales, nunca al Derecho penal. La utilidad y la paz de la familia exigen esta delimitación o exclusión.

3. El bien jurídico protegido

En estos delitos, nos dice Muñoz Conde, “lo que se protege es la familia, siendo que la razón de su incriminación se basa más en el derecho a la seguridad material que se deriva de esas relaciones familiares. El término <<seguridad>> indica lo contrario a <<peligro>> o, mejor, significa ausencia de todo peligro y en ese sentido ni la Ley penal ni nadie puede garantizar una protección absoluta que excluya todo peligro, ya que es inevitable un cierto grado de peligro en toda actividad humana. <<La seguridad>> a la que aquí nos referimos debe ser entendida como la expectativa jurídicamente fundada que puede tener toda persona a ser ayudada por sus familiares obligados a ello en el caso de que así lo necesite, o que, por lo menos, no va a ser puesto en situación peligrosa por esos familiares” (Muñoz Conde 1984, p. 264).

La familia es una institución de carácter público con individualidad autónoma, así lo dispone la Constitución y por tanto es sujeto de intereses jurídicos distintos en relación a las personas que la integran. A decir de Peña Cabrera, “la familia es la más antigua de las instituciones sociales, tiene su origen en el mismo Derecho Natural; se obliga para su normal desenvolvimiento, el sacrificio de todos y cada uno de los integrantes. Para el hombre es la primera sociedad –considerada como la única inevitable- y, hoy sigue siendo un complejo vivo lleno de problemas; pero no por ello debemos menospreciar que, es depositaria de una cultura, que junto con la moral forma parte de una conciencia sana” (1992, p. 388).

“Así, la defensa de la familia ha de partir del hecho, científicamente comprobado, de que se trata de una institución fundada en la historia y

mediada por procesos económicos, sociales y políticos que se comunican, en cada época, una fisonomía especial y fines determinados” (Loc. Cit.).

4. Sistemática de la protección penal de la familia

“Como fenómeno natural, la familia tiene su base en la unión de los sexos y como institución jurídica en el matrimonio. Tiene su origen también en las uniones de hecho reconocidas a nivel constitucional. La familia viene a ser una asociación natural y espontánea de personas que, unidas por intereses comunes, cumplen fines naturales, materiales y espirituales que impone la vida” (Bautista toma et al 2006, p. 16).

“La familia se constituye en la célula básica de la sociedad”. Así lo consagra el artículo 4° de la Carta Constitucional al establecer que: “El Estado protege a la familia y promueve el matrimonio” y los “reconoce” como “institutos naturales y fundamentales de la sociedad”. “Ello viene a ser la premisa para que la mayoría de normas que regulan la familia tengan carácter imperativo, es decir, de orden público o de cumplimiento necesario, pues la organización y desenvolvimiento de las familias interesa de sobre manera a la comunidad y al Estado” (Loc. cit.).

La importancia de la familia como bien jurídico fundamental legitima la intervención punitiva del Estado. No obstante, hay sectores doctrinarios que revelan en la intervención penal, un factor contraproducente y distorsionador de la armonía familiar.

Corresponde al derecho privado la protección de la familia in extensu (Derecho de familia). Al Derecho penal, con su característica subsidiaria, “sólo le interesa tutelar cuatro aspectos fundamentales para la subsistencia de la institución familiar”:

- a) “La estabilidad matrimonial (sistema monogámico)”.
- b) “El derecho a la certeza de la filiación (lesión al estado civil de las personas)”.
- c) “El derecho de custodia (atentados contra la patria potestad)”.

d) “Tutelar las obligaciones alimentarias (omisión de asistencia familiar)”.

En esa perspectiva, el Título III, del Libro Segundo (delitos), de nuestro Código penal, se ocupa de la tipificación de LOS DELITOS CONTRA LA FAMILIA (Arts. 139 al 150), con la siguiente estructura:

Capítulo I.... Matrimonios ilegales

Capítulo II... Delitos contra el Estado Civil

Capítulo III... Atentados contra la patria potestad

Capítulo IV... Omisión de asistencia familiar

5. La omisión de la asistencia familiar

5.1. Concepto: Naturaleza jurídica

A decir de Peña Cabrera, “el abandono de familia representa una consecuencia del concepto civil de asistencia familiar, originado por la necesidad de la intervención estatal de garantizar el efectivo cumplimiento de los deberes familiares. Es evidente que la incriminación surge cuando las instituciones sociales y de Derecho privado han fracasado en regular el comportamiento de los llamados a prestar, como alimentos, ciertas asistencias que emergen del núcleo familiar o cuasi-familiar y que aseguran el sustento del necesitado; por lo que, en virtud del interés general y del rango del bien en peligro se impone la necesidad de la protección penal” (1992, p. 438).

En el campo del Derecho penal observamos también tendencias opuestas. Muchas legislaciones introducen en su Código penal todo un capítulo nuevo, titulado «Delitos contra la familia», o al menos introducen uno o varios artículos para tipificar el delito de abandono económico de la familia. A pesar de su reciente fecha de nacimiento, este tipo ha encontrado albergue en casi todas las legislaciones; la mayor parte de ellas castiga con privación de libertad o multa, o ambas, al culpable que deja de “prestar la asistencia económica indispensable para el sustento a sus familiares” (“normalmente descendientes y cónyuge”).

Estas tendencias modernas —tan opuestas— merecen ser estudiadas detenidamente. Ahora nos limitaremos a considerar sólo un punto muy concreto y bastante importante: ¿Conviene que el Derecho penal incrimine el abandono económico de la familia?. Para mayor claridad agrupamos las razones contra la incriminación en dos capítulos:

- “La utilidad exige la no incriminación del abandono económico de la familia”.
- “La justicia exige la no incriminación del abandono económico de la familia”.

5.2. “Corrientes a favor de la incriminación del abandono económico de la familia”

No podemos menos de admitir que una visión panorámica de todo el problema presentado nos obliga a pedir, en las circunstancias actuales, la incriminación penal del abandono económico de la familia, aunque sólo en determinados casos -“en última instancia, cuando las instituciones sociales y de Derecho privado hayan fracasado en su intento regulador, lo cual sucede con frecuencia en el día de hoy”- En este sentido, la posibilidad de incriminación se apoya principalmente en motivaciones de necesidad, utilidad y justicia.

I. LA NECESIDAD

a) Aspecto cuantitativo. La primera razón es quizá la más convincente para los adversarios. Es la más próxima a su mentalidad. Prescinde de consideraciones teóricas y filosóficas. Pide la incriminación sencillamente por considerarla necesaria.

“La observación fenomenológica de la situación familiar en la sociedad actual descubre un estado de necesidad. Las estadísticas, las informaciones sociológicas y jurídicas sociológicas muestran tal cantidad de abandonos económicos, que el Derecho privado y las instituciones sociales se reconocen incapaces de contener esta avalancha. Reconocen su fracaso. Tienen que

pedir auxilio a la fuerza pública, al Derecho público, al menos hasta que surjan nuevos remedios” (Diez-Picazo 1984, p. 247).

“El número y volumen de los abandonos es tal que rebasa las fronteras del Derecho privado y llega a lesionar gravemente el bien común. Ante esta realidad sociológico-jurídica, parece obligado reconocer la necesidad, quizá temporal hasta que vuelva la normalidad, de incriminar este abandono económico. Y, precisamente, por el «*leit motiv*» de muchos adversarios: «el Derecho penal es un arma de gran calibre, exclusiva para batallas gigantes»” (Loc. cit.).

b) Aspecto cualitativo. “Si damos vueltas a la moneda, y de la consideración cuantitativa pasamos a la cualitativa, veremos que el axioma escolástico «*plus vel minus non mutat speciem*» (más o menos no cambia la especie) carece de aplicación en nuestro caso. El aumento cuantitativo de los abandonos económicos ha producido una importante transformación específica. Antes, los casos aislados perjudicaban a tal o cual familia. Ahora, los casos tan repetidos, en caravana, perjudican ya a la familia. La institución familiar, en cuanto tal, está en peligro. Se trata por tanto, de defender algo que tiene tales características —eticidad, transpersonalismo función social, limitación de la voluntad individual...— que, aun sin salir del Derecho privado, merece fuertes consideraciones especiales de y en Derecho público; se trata de defender algo sumamente relevante para la comunidad, su célula vital imprescindible” (Muñoz Conde 1984, p. 265).

“El Código penal no trata, o no debe tratar, en estos artículos de asegurar la asistencia económica a los familiares, sino de asegurar la existencia de la familia. Clara y acertadamente lo expresan aquellas legislaciones que colocan estos artículos bajo el epígrafe de «Delitos contra la familia». Esto no significa, como pretenden algunos, que la autoridad pública no debe, ni puede entrometerse a su antojo en la vida del hogar, ya que tal intromisión va contra los más elementales principios jurídicos, que ya hace muchos siglos reconocen la autonomía e inviolabilidad del coto hogareño. Nosotros, que propugnamos el Estado de Derecho y el principio de

subsidiaridad no podemos admitir que el Estado se entrometa en los lares privados como en su propia casa” (Loc. cit.).

“Pero tampoco podemos permitir, por el mismo principio de subsidiaridad, que el Estado descuide la supervisión y protección de los derechos fundamentales de la familia en cuanto tal”. Como afirma Escrivá Gregori, “el poder público no puede permanecer inactivo viendo cómo se desmorona la primera célula de su organismo, sino que debe tutelar a la familia en su función ético-social de coordinación de fuerzas” (1976, p. 192).

Por tanto: la familia en las circunstancias actuales necesita la protección del Derecho público, contra los repetidos abandonos económicos que atacan y ponen en peligro su existencia como institución. El interés jurídico protegido no es la armonía de tal o cual hogar, sino la institución familiar en general.

II. LA UTILIDAD

Algunos, como hemos podido apreciar antes, admiten las afirmaciones que acabamos de formular, pero solo en cierto sentido. Ellos si bien admiten que la lucha contra el abandono de familia incumbe al derecho público, pero se niegan que incumbe al derecho penal, porque este si deja actuar a este, podría causar más daños que beneficios. Consideramos que aciertan, sobre todo cuando afirman que la incriminación del abandono no económico de la familia, causa evidentemente muchos perjuicios. Pero creemos que al contrastarlos con las posibles ventajas, arrojan una suma global positiva. Por eso creemos que “la utilidad exige la incriminación del abandono económico de la familia”.

a) Fuerza intimidativa. “En la columna de su «haber» anotamos primera y principalmente la fuerza intimidativa de la pena. “En la intimidación radica, probablemente, la fuerza principal de la pena; la mayor en extensión y profundidad. Se extiende a todos los ciudadanos, también y principalmente a los no delincuentes, les educa en sus criterios y conductas, les aparta del

crimen, les asegura cierta paz. Actúa con vigor especial en esta clase de delitos, pues el paterfamilias <<peligroso>>, salvo raras excepciones, conserva afecto a los suyos. Si sólo se le privase de su asistencia económica, se dejaría arrastrar. Pero, se mantiene intimidado e intimidado por temor de los daños accesorios que a sus familiares, y a él, infligiría la sanción penal” (Varsi Rospigliosi 2012, p. 419).

No consideramos que se pueda objetar contra la fuerza intimidatoria diciendo que las estadísticas de abandonantes ascienden, o que el pueblo desconoce la incriminación de estas conductas. En ese sentido nada prueba la curva ciertamente en crescendo de las estadísticas. Para conocer el efecto de la intimidación habrá necesidad de acudir a estudios psicológicos, no a cifrar ni gráficas matemáticas, pues es imposible registrar la cifra real de cuántos no han delinquido por miedo de la pena.

b) Ejecución actual y futura. Respecto a los delincuentes, debemos reconocer que la intimidación ha tenido en ellos poca utilidad, v. gr. educativa, retardante, reeducativa, etc. Pero en el contexto queda todavía la ejecución penitenciaria, que puede ser de gran utilidad. Consideramos así que la ejecución de la pena consigue, y sobre puede conseguir, efectos dignos de estimación, después que todas las demás instituciones fracasan. “Negar la posibilidad de efectos positivos importantes en la pena, significa desconocer su esencia y desconocer la esencia del hombre”.

La pena pretende, de acuerdo con su esencia, persigue fines preventivos, protectores y sobre todo resocializadores, buscando al final algo así como “la paz de un Estado de Derecho”. La pena pretende y puede conseguir cicatrizar las heridas causadas al Estado de Derecho es decir al bien común. Circunstancia que se desarrolla en la dimensión jurídica de la libertad. Se desarrolla en el plano de la convivencia y coexistencia subjetivo-dinámica, no en el plano de la cosificación objetivo-estática.

“Sin embargo, admitimos que su ejecución penitenciaria actual dista mucho del ideal, salvo raras excepciones. Admitimos que hoy en la mayoría

de los establecimientos penitenciarios los reclusos se deseducan y pervierten cada día más. La seguridad, la reclusión, se opone a la educación. Pero, ante esta realidad, no debemos concluir que la utilidad exige la no incriminación de tal o cual delito, sino que la utilidad exige revisar y mejorar, desde sus principios, el sistema penitenciario” (Hugo Vizcardo 2016, p. 133).

“Concretamente, en el terreno familiar puede y debe ser mayor la utilidad de la ejecución penitenciaria. Mucho mayor de lo que es actualmente. Entre otras razones, porque el delincuente posee con frecuencia buena base de reeducación; no es delincuente profesional, y carece de tendencia a la fuga. A la luz de la historia nos permitimos reclamar la revisión a fondo de la penología actual. Creemos que al elenco actual de penas pueden y deben añadirse otras penas totalmente nuevas, totalmente diversas de las actuales, relativamente recientes, de privación de libertad. Las nuevas sanciones se acomodarán ab initio, desde su comienzo —ya en la sentencia— a la personalidad del delincuente y a sus circunstancias familiares; no sólo para disminuir notablemente los perjuicios a los parientes del condenado y reeducación del delincuente en la familia y con la familia, que posee valores insustituibles para la reeducación del condenado y para el mantenimiento de la familia; valores hoy totalmente desaprovechados, salvo raras excepciones” (Loc. cit).

No vemos razón alguna para considerar que las penas aquí insinuadas sean menos dignas de la privación de libertad tal y como se lleva a efecto actualmente en nuestras cárceles. Mucho más degrada a una persona permanecer forzosamente ociosa en una celda, o en un patio, que trabajar, aunque sea por obligación, en una tarea idéntica realizada por miles y miles de hombres libres; tarea rentable para él, para su familia y para la sociedad. En último caso, por lo menos, permítase esta clase de penas a los presos que lo deseen. Consideramos que no serían pocos.

RESPUESTAS EN PRO DE LA INCRIMINACIÓN

a) Otras soluciones a la inflación. Estamos de acuerdo con la tesis que refiere a la necesidad de reducir el articulado del Código penal y necesidad de reducir el empleo de las penas cortas privativas de libertad. Pero creemos que las circunstancias actuales desaconsejan comenzar la “poda” por los delitos contra la familia. Mucho antes deberían derogarse quizá lo que hemos propuesto al hablar de la reforma del régimen penitenciario; no es tanto problema de inflamación cuanto problema de ejecución penitenciaria.

b) Eficacia de la retribución. Respecto a las teorías abolicionistas por superfluidad de la pena, reconocemos que en el fondo de sus protestas subyacen grandes verdades. Reconocemos que muchos penalistas retribucionistas permanecen excesivamente cerrados en principios teóricos y filosóficos, carentes del indispensable contacto con la vida y con las ciencias naturales. Pero, subrayamos que la verdad de estas ciencias no debe llevarnos a negar o desconocer la verdad normativa, la verdad histórica, la verdad filosófica, la verdad jurídica.

La solución atinada brotara del equilibrio entre los dos extremos de la síntesis. Para llegar a ella hemos de limar algunas exageraciones de estos abolicionistas. Podemos hacerlo en su propio terreno -el empírico-, pues bastantes Estados del norte de Europa y de las dos Américas que han pretendido y experimentado un Derecho Penal meramente defensivo, reconocen ahora el fracaso de sus innovaciones extremada y unilateralmente protectoras. Las estadísticas nos muestran que su delincuencia -especial, pero no únicamente la juvenil- ha crecido. Los especialistas confiesan que los frutos han sido bastante escasos; aunque o porque sus ensayos han llegado a conclusiones demasiado utilitarias, como la castración, el narcoanálisis, la lobotomía, la leucotomía, etc. Estas medidas nos desagradan, entre otras razones, porque nos recuerdan legislaciones y regímenes que condujeron “a actos de barbarie que sublevar la conciencia de la humanidad”.

c) Juridicidad de la retribución. En fin, la justicia exige la incriminación del abandono económico” porque la retribución además de ser sumamente eficaz, es la medula del Derecho penal. Despierta nuestra curiosidad el constatar que ante una misma realidad, ante un mismo acontecimiento histórico, hombres inteligentes adoptan dos posturas totalmente opuestas. Ante la evolución y desviación (brutalidad) de la justicia nazi, unos (juristas y no juristas) concluyen que todo es relativo y mudable, mientras otros ante esta misma realidad deducen la existencia de valores absolutos.

Nosotros nos decidimos por esta segunda opinión, aunque muchas limitaciones y matizaciones. Nosotros creemos que el Derecho penal actual debe superar la concepción individualista de los códigos napoleónicos; debe superar el positivismo naturalista, que rebrota en algunos juristas con virulencia, y no reducirse a una técnica de salud pública; debe en fin, aceptar como tarea propia suya el desarrollo de las cualidades fundamentales de la persona humana en dimensión familiar y comunitaria, con enérgica defensa del matrimonio y de la familia.

La sociedad actual -víctima de su triunfo industrial técnico- se bambolea como frágil navío en medio de la pleamar técnica; ha tirado por la borda todos los criterios morales; no puede anclar, le falta fondo. En estas circunstancias incumbe al Derecho fijar y mantener la dirección que hay que seguir, los valores fundamentales para la vida comunitaria que hay que defender. La inviolabilidad de la persona solo puede derivarse de la humana responsabilidad ética enraizada en la transcendencia (subrayado en el texto original). Su establecimiento como norma fundamental del Derecho implica, por tanto, una confesión y con ella una decisión. De la valentía para esta decisión y sus consecuencias, depende la permanencia de la moderna democracia como un orden social libre.

Lógicamente, respecto al abandono económico de la familia, estamos de acuerdo con los penalistas, que el derecho, y especialmente el Derecho penal, en el que generalmente el pueblo ve la síntesis de la justicia, debe intervenir con energía y con eficacia para la sociedad y los ciudadanos

reconozcan, respeten y reelaboren las fronteras supra legales de la familia como objeto de protección jurídica.

d) Misión del Derecho penal. Es ya un factor debidamente comprobado, “que el Derecho penal tiene como misión reconocer, respetar y reelaborar la dignidad básica, sagrada, de la persona y de la familia en general”. Reconocer significa más que declarar o confesar. Reconocer significa algo objetivo, personal, pero no caprichosamente subjetivo. La dignidad del hombre no depende de una confesión más o menos veleidosa sino, que se impone exigida por la experiencia de la historia, y la naturaleza de las cosas. Quien pretenda en este punto una demostración propia de las ciencias naturales o numéricas, manifiesta no haber pasado el umbral de las ciencias jurídicas, históricas y filosóficas.

Concretamente, el Derecho penal no puede, socapar de malentendida libertad, permitir que tantos paterfamilias descuiden y abandonen lo que al momento de contraer el matrimonio solemne y necesariamente prometieron. Necesariamente porque ninguna autoridad puede consentir el matrimonio libre, sin control alguno, se considera seria la ruina de los niños y de los mayores. Así como el enfermo no puede, caprichosamente, permitir la amputación de uno de sus miembros u órganos vitales; con tanta mayor razón, el sistema penal no puede consentir la amputación de uno de los valores constitucionales de la sociedad: la institución familiar.

Reelaborar significa reanimar, insuflar nuevo espíritu de la materia vieja, muerta. Las acciones delictivas implican un suicidio. En ellas el hombre se niega a sí mismo. El Derecho penal tiene la difícil y noble tarea de aprovechar el carácter dinámico del hacer y del ser humano para regenerarlo después de la degeneración. Jiménez Huertas acierta al definir “el abandono de la familia en las circunstancias actuales como una degeneración privada y pública, socialmente sentida y consentida. Por eso, concluimos que debe punirse para lograr la regeneración, reelaboración privada y pública de la familia en la verdad, la claridad y la justicia” (1975, p. 231).

5.3. Corrientes abolicionistas antiretributivas

Los abolicionistas *propter justitiam*, son los que opinan que “la justicia exige la no incriminación del abandono económico de la familia”. Se apoyan en varios argumentos que podemos resumir así: “La justicia exige la no incriminación del abandono económico de la familia porque tal incriminación es inflacionista y superflua”. Porque tal incriminación es extrajurídica, e inhumana. Consideraremos brevemente cada uno de estos puntos:

a) Inflación de la retribución. Muchas voces penalísticas piden la abolición de estos delitos para mantener la dignidad del Derecho penal, para evitar su desvirtuación, para superar el peligro inflacionista. “Yo mantengo la tesis de que en la actualidad, a consecuencia del exageradamente amplio contenido del Derecho penal, no se puede asegurar suficientemente un ordenado de régimen penitenciario a los delincuentes reos de crímenes grave, se desvirtúa y disuelve la fuerza del Derecho penal, y sobre todo se aplican con frecuencia excesiva las penas cortas privativas de libertad; así, se debilita el sistema Penitenciario. Desde estos puntos de vista, pido que los delitos contra la familia sean derogados del código penal” (Maqueda Abreu 1992, p. 186).

b) Superfluidad de la retribución. Aquí se reúne y resume la opinión de especialistas ajenos al Derecho: sobre todo sociólogos, psicólogos, literatos, pedagogía, etc. Niegan que razones de Justicia aconsejen huir al abandono económico. Por principio, muchos de ellos niegan tal existencia de justicia en cualquier ámbito de la vida. Niegan la pena en cuanto retribución; sólo la admiten en cuanto seguridad, intimidación y reeducación. Sus argumentos tienen una fuerza especial en el campo del abandono de familia. Aquí, más si cabe que en otros delitos, falta la exigencia retribucionista. Ni el legislador ni la comunidad en general pretenden que al abandonante se le exija retribución alguna.

Semejante opinión domina entre los criminólogos, sobre todo norteamericanos. Muchos autores estadounidenses repiten con insistencia que carece de sentido castigar penalmente estas conductas porque la familia pierde con ello las últimas posibilidades de solucionar sus problemas. La

justicia debe proteger a la familia; ésta necesita ayuda económica, y no la consigue con la pena. Nada tan superfluo, y contraproducente, como la “privación de la libertad”, o multa, o “cualquiera otra de las sanciones acostumbradas en nombre de la justicia”. Algunos autores exponen estos argumentos contra la pena en general, y después, formulan o insinúan su aplicación al abandono de familia.

Otros, los menos, exponen los argumentos contra la pena del abandono de familia, y después o simultáneamente generalizan su pensamiento: propugnan la sustitución del Derecho penal por la simple Defensa Social o por cierta Criminología, como hace tiempo profetizó y propugnó en cierto sentido el mismo Radbruch. Tratan, por tanto, de reemplazar la pena por el tratamiento, la ciencia normativa por la ciencia natural, el Derecho penal por la Sociología.

c) Extrajuridicidad de la retribución. Rechazan la incriminación del abandono económico porque ello significa introducir en el Derecho penal una dimensión ética que no le corresponde. Encontramos aquí uno de los temas más discutidos últimamente. Algunos profesores, especialmente alemanes se muestran partidarios decididos de retribuir al Derecho penal solo la defensa de los bienes jurídicos (Rechtsgüterschutz) frente a los que le conceden una misión pedagógico -ético personal- (Gesinnungsbildung). Aquellos piden la eliminación del delito de abandono económico. Otros insisten en la oportunidad de eliminar estos tipos para que el derecho penal se mantenga neutro, libre de toda colaboración ética y política.

Marín destipifica el abandono económico porque “ni debe ni puede existir un Derecho Penal ético (Sittenstrafrecht). Manifiesta al respecto que el Derecho penal no debe buscar una función pedagógico-social; presupone un orden preexiste y vivo; no le compete a él hacerlo” (2008, p. 149). Todavía más, “alguien ha llegado afirmar que el Derecho penal está más lejos de los bienes éticos y morales que de la lucha contra la epidemia o la regulación del gas y del alumbrado” (Loc. Cit.).

A estos abolicionistas se pueden sumar quienes rechazan la incriminación del abandono de familia como inhumana, por creer que la pena-retribución solo tiene una razón de ser –la vindicta- y esta compete exclusivamente a Dios. En resumen: mientras los autores del bloque a pretenden evitar la desvalorización inflacionista del otro grupo, subrayan la eficacia de la retribución en cuanto tal (según ellos la pena no sirve para nada), y en cambio los otros subrayan la excesiva eficacia de la pena-retribución que sirve para demasiado, para establecer o restablecer un orden ético, y para castigar función propia de la divinidad. Pero, todos ellos desean la “no punición del abandono económico de la familia”.

6. El derecho alimentario

“Por el término alimentos, no solo nos podemos referir a aquellas sustancias que, introducidas en el aparato digestivo son capaces de ser asimiladas por el organismo humano, sustancias que pueden ser de origen animal, vegetal o mineral y que tienen como finalidad nutrir los tejidos y reparar las energías perdidas” (Bautista Toma et al 2006, p. 299). “Esto es entendiéndolo en un sentido restringido, pero en un sentido amplio (que es lo que nos interesa); alimentos, según nuestro Código Civil en el artículo 472 se establece que”: “Se entiende por alimentos lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Cuando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo”.

En la jurisprudencia nacional se ha expresado que: “se entiende por alimentos la vivienda, vestido, educación, instrucción, recreo, atención médica los demás factores externos que requieran tanto los niños como los adolescentes para su normal desarrollo psico-biológico” “EJECUTORIA SUPERIOR DE LA SALA PARA PROCESOS SUMARIOS CON REOS LIBRES DE LA CORTE SUPERIOR DE LIMA DEL 16 DE JULIO DE 1998, EXP. N° 2158-98 BACA CABRERA – NEIRA – ROJAS VARGAS – NEIRA HUAMAN JURISPRUDENCIA PENAL PROCESOS SUMARIOS, LIMA,

GACETA JURIDICA, 1999, P. 192. (Rojas Vargas; Infantes Vargas; Quispe Peralta, 2007, p.135)".

"En definitiva alimentos son todos aquellos recursos y elementos que permiten el adecuado desarrollo de la persona humana, tanto biológica, espiritual, material, y culturalmente. De este modo, los alimentos se constituyen en un deber impuesto por la ley a toda persona o personas de asegurar su subsistencia de otra u otras personas" (Bautista Toma et al 2006, p. 299). "Según el artículo 475 del Código Civil, los que se deben alimentos son y se dan en el siguiente orden": "Cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en el orden siguiente: Por el cónyuge, por los descendientes, por los ascendientes, por los hermanos. También en el Código de los Niños y Adolescentes en el artículo 102 se establece que es obligación prestar alimentos a sus hijos. Por ausencia de estos, prestan alimentos en el orden siguiente: los hermanos mayores de edad, los abuelos, los parientes colaterales hasta el tercer grado y otros responsables del menor".

"Es necesario aclarar que los alimentos se van a dar, siempre y cuando el obligado este en las condiciones de dar los mismos; y que esto no ponga en peligro su subsistencia; y si esto ocurre la ley ha establecido un orden de prelación para brindar los alimentos como ya veíamos".

"En nuestro ordenamiento jurídico se establece que tienen derecho a los alimentos, los menores de dieciocho años. Si se trata de una persona de más edad a la establecida, solo tiene derechos a los alimentos cuando no se encuentren en aptitud de atender su subsistencia (artículo 473 CC) o, en su caso, siga estudios superiores con éxito (artículo 483 CC). Asimismo, tiene derecho a los alimentos los cónyuges entre sí, los ascendientes, descendientes y los hermanos (artículo 474 CC)".

Por otro lado, "como bien sabemos, el Derecho Penal es un medio de control social formal, pero este control social es de última ratio, es decir, solo se pone de manifiesto cuando otros medios de control blandos han fracasado" (Hugo Vizcardo 2016, p. 44). "Es así que en la doctrina no pocos entendidos

han señalados que la intervención en las relaciones familiares del Estado vía derecho punitivo, en lugar de resultar beneficioso, puede ser contraproducente, cuando no dañina” (“Salinas Siccha 2008, p. 403”). De igual manera afirma que “no se contribuye de manera alguna a mejorar la situación económica de la familia ni lograr su unidad. Se afirma que el estado debe abstenerse de intervenir por aquel medio. Sin embargo, tal intervención se justifica por el hecho concreto de garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones familiares, cuando los ciudadanos dolosamente pretenden librarse. En efecto la criminalización de tal omisión se sustenta en la protección del derecho de subsistencia, cuyo incumplimiento puede hacer peligrar la salud o la integridad física de la persona e incluso sus posibilidades de desarrollo integra” (Loc. cit.)

“La obligación de dar alimentos y su correspondiente omisión se encuentra regulada en el artículo 149° del Código Penal y establece”: “El que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos que establece una resolución judicial será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años, o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornadas, sin perjuicio de cumplir el mandato judicial. Si el agente ha simulado otra obligación de alimentos en connivencia con otra persona o renuncia o abandona maliciosamente su trabajo la pena será no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si resulta lesión grave o muerte y éstas pudieron ser previstas, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años en caso de lesión grave, y no menor de tres ni mayor de seis años en caso de muerte.”

“Los delitos contra la familia agrupan una serie de injustos penales, cuya peculiar naturaleza ha dado lugar a la formación de capitulaciones diversas” (“Peña Cabrera 2008, p. 427”). En suma “el tipo penal en análisis se configura cuando el agente intencionalmente omite cumplir su obligación de prestar alimentos, establecido en una resolución judicial como pensión alimentaria después de agotado un proceso sumarísimo sobre alimentos” (“Salinas Siccha 2008, p. 404”). “Efectivamente comete delito de omisión a la asistencia familiar, el que voluntariamente, sin justificación ni motivo legítimo

alguno, dejare de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes legales inherentes a la patria potestad, tutela o matrimonio" (Loc. cit.).

"Necesariamente, para que se configure este ilícito tiene que existir una resolución judicial en donde se le incrimine al agente a prestar alimentos, de lo contrario no se configurara el ilícito penal. Se debe señalar que este ilícito es de peligro, la víctima no requiere probar haber sufrido algún daño con la conducta omisiva del agente. En concreto solo basta con dejar de cumplir la obligación para configurar el ilícito (delito de omisión propia y de mera actividad)" ("Salinas Siccha 2008, p. 405").

"La jurisprudencia nacional se ha manifestado en la ejecutoria Suprema del 01 de julio de 1999, donde señala" "que conforme a la redacción del artículo ciento cuarenta y nueve del código penal el delito de omisión de asistencia familiar se configura cuando el agente omite cumplir con la prestación de alimentos establecido por una resolución judicial, razón por la que se dice que es un delito de peligro. Es decir, basta con dejar de la obligación para realizar el tipo, sin que sea necesario que debido a tal incumplimiento se cause un perjuicio a la salud del sujeto pasivo". (Salinas Siccha 2008, p. 405).

"Como se puede notar es un delito de peligro, ya que su consumación típica, no está condicionada a la concreción de un resultado exterior alguno, basta con que el autor no de cumplimiento efectivo a la prestación alimenticia, sin necesidad de que ex -post haya de acreditarse una aptitud de lesión para el bien jurídico protegido, por lo que es de peligro abstracto y no de peligro concreto" ("Peña Cabrera 2008, p. 434").

7. El delito de abandono de mujer gestante

“El hecho punible conocido como abandono de mujer embarazada aparece debidamente tipificado en el artículo 150 del código sustantivo que literalmente señala”: “El que abandona a una mujer en gestación, a la que ha embarazado y que se halla en situación crítica, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de cuatro años y con sesenta a noventa días multa”.

Al respecto señala Villa Stein, “el comportamiento en este delito es uno de abandono, apartamiento, alejamiento físico y material con cese de toda asistencia psicológica, física y alimentaria por parte del actor, no obstante hallarse el sujeto pasivo, en situación crítica, entendiéndose por esta situación aquella en que peligr la vida y la integridad psicológica y moral de la mujer embarazada” (1998, p. 99).

7.1. El bien jurídico protegido

“El interés fundamental que pretende proteger el Estado con la tipificación de la conducta punible, lo constituye los deberes de asistencia alimentaria y psicológica que le asiste al autor de un embarazo respecto de la mujer que temporalmente atraviesa aquel bendito estado, deberes que son ineludibles cuando la situación de la gestante es apremiante con la finalidad de evitar riesgos para su vida e integridad física y moral” (Salinas Siccha 2008, p. 420).

“La protección de la norma penal se funda en el cumplimiento del deber de asistencia que le concierne a la mujer que ha sido embarazada y abandonada a una situación de extrema necesidad que hace peligrar su seguridad y la supervivencia del fruto de la concepción. Por tanto, la tutela defiende no sólo la integridad física y moral de la gestante, sino también – como dice Peco- la esperanza de la vida del embrión” (Peña Cabrera 1992, p. 446).

“De la literatura penal desarrollada en el Perú, se observa que los penalistas coinciden en sostener que se trata de proteger la integridad física y moral de la mujer en estado de gestación, por lo tanto, se pretende evitar algún daño en aquel sentido”. Bramont-Arias Torres afirma que “el bien jurídico protegido es la familia, específicamente los deberes de asistencia que tiene todo hombre referente a una mujer cuando está embarazada y en situación crítica” (1998, p. 132).

“El incumplimiento del deber jurídico del hombre responsable del embarazo hacia la mujer que además de embarazada se encuentra en total desamparo material, protege en realidad la integridad personal del sujeto pasivo del delito. El bien jurídico, no protege a la familia, sino específicamente los deberes de tipo asistencial, donde prevalece más la idea de seguridad de las personas afectadas que la propia concepción de la familia; es decir, tiende a proteger la integridad personal de la mujer gestante de manera directa y del concebido en forma indirecta. (Taboada Pilco, Giammpol, 2019, p. 365)”.

7.2. Los sujetos de la acción

“Se trata de un delito conocido en doctrina como especial, debido que el propio legislador ha identificado a las personas que pueden constituirse en sujetos activos de la conducta delictiva. Al indicarse en el tipo penal <<el que abandona (...) a la que ha embarazado>>, en forma coherente se concluye que sujeto activo solo puede ser un hombre y autor del embarazo de la víctima o agraviada. La condición de autor solo está reservada para el que ocasionó u originó un embarazo en la víctima. Nadie más puede constituirse en sujeto activo, ni remotamente” (Salinas Siccha 2008, p. 421).

Por otro lado, “también de la lectura del tipo penal fluye que agraviado o sujeto pasivo de la conducta en comentario no puede ser cualquier mujer embarazada, sino únicamente aquella mujer que, aparte de estar gestando, esté atravesando una situación crítica que pone en riesgo su vida e integridad física y moral. Esta última circunstancia es importante para constituirse en sujeto pasivo, caso contrario, si la mujer embarazada no corre ningún riesgo

por tener una situación económica y psicológica holgada, es imposible que se constituya en víctima del presente ilícito penal” (Loc. Cit.).

“**El sujeto activo** del delito de omisión a la asistencia familiar es el hombre que ha embarazado a la mujer, asumiendo ipso iure a partir del hecho biológico de la concepción la calidad de alimentante, por tener la obligación legal de asistir económicamente a la alimentista como lo reconoce los artículos 472 del Código Civil y 92 del Código de los Niños y Adolescentes, con el pago de los alimentos para el sustento y con los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa del postparto (Taboada Pilco, Giammpol, 2019, p. 372)”.

“**El sujeto pasivo** del delito, es de manera directa la mujer gestante y de manera remota o indirecta el concebido. Aun cuando el embrión o feto también es objeto de protección, no puede ser considerado como sujeto de este delito, toda vez que se reconoce derechos únicamente a condición de que nazca vivo” (Loc. cit.).

7.3. Problemática de la imputación objetiva

“El delito de abandono de persona en gestación se configura cuándo el agente, después de haberla embarazado, abandona a su víctima en estado crítico que no le permite generarse recursos para su propia subsistencia, poniendo de ese modo en peligro concreto su vida o salud”.

Villa Stein enseña que “el comportamiento es de abandono, apartamiento, alejamiento físico y material con cese de toda asistencia psicológica, física y alimentaria por parte del actor no obstante hallarse el sujeto pasivo, en situación crítica, entendiéndose por esta situación aquella en que pelagra la vida y la integridad psicológica y moral de la mujer embarazada” (1998 a, p 99). Por su parte, Bramont-Arias Torres expone que “el comportamiento consiste en abandonar en situación crítica a una mujer embarazada, por lo tanto, es un delito de omisión, donde se incumple el mandato de prestar asistencia a la pareja, cuando esta se encuentra en

situación crítica y embarazada, entendida esta circunstancia como extrema de peligro para su vida y salud” (1998, p. 132).

El injusto penal, para su perfeccionamiento, exige la presencia de cuatro circunstancias ineludibles. A falta de una de ellas, el delito no aparece. Las circunstancias son concurrentes. En efecto, se exige (Loc. cit.):

- “Que la víctima sea una mujer en estado de gestación o embarazada”.
- “Que el autor del embarazo sea a la vez el sujeto activo o agente de la conducta”. “Esta circunstancia ha sido entendida debidamente por la doctrina jurisprudencial afirmándose a la fecha que en esencia la exigencia típica que se abandone a una mujer a la que se ha embarazado, supone una verdadera prueba de paternidad, pues no basta la realización de la conducta descrita en el artículo ciento cincuenta del Código Penal que se haya tenido relaciones sexuales con la agraviada; sino, además, que de estas resulte el embarazo lo cual, materialmente y como se tiene indicado, implica necesariamente una prueba de paternidad”.
- “Que la víctima en gestación esté atravesando una situación crítica que pone en peligro y riesgo la salud física y psicológica de aquella y del producto de la gestación”.

“La situación crítica se presenta cuando la víctima se encuentra sin poderse generar recursos para su subsistencia y sin que tenga alguna persona a su lado que le brinde amparo para salir de su gestación sin poner en riesgo su salud o vida del naciente, se evidencia, por ejemplo, cuando el agente o autor, traslada a su conviviente de ocho meses de gestación del Cuzco, su tierra natal, a la ciudad de Lima, y le abandona en una choza de un asentamiento humano donde a nadie conoce”.

“Tres precedentes jurisprudenciales sirven para ilustrar que la configuración del delito exige acreditar el estado crítico o de necesidad que atraviesa la víctima”. “El estado crítico de la víctima se constituye en un

elemento central de la tipicidad del injusto penal”. Así tenemos que la “Corte Suprema” ha dejado ya establecido: "que para la configuración del delito antes acotado, no solo se requiere que el agente abandone a una mujer en estado de gestación, sino que, además, el mismo debe producirse cuando se encuentre en una situación crítica, esto es, que la agraviada se encuentra en la imposibilidad de valerse por sí misma; que, en caso de autos, dichas circunstancias no se han probado, muy por el contrario, se tiene que la presunta agraviada, al no tener apoyo del encausado se fue a vivir al domicilio de sus padres, conforme fluye de su denuncia obrante a fojas tres y luego que este incumpliera su promesa de matrimonio, lo que amerita su absolución" ("Ejecutoria Suprema del 10 de octubre de 1997").

En el mismo sentido, la “Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, en la Resolución del 25 de noviembre de 1998, ha establecido lo siguiente”: "Que en el presente caso si bien la agraviada refiere que el procesado no le prestó apoyo alguno durante su periodo de gestación, incumpliendo de esta manera con sus deberes alimenticios y de tipo asistencial, sin embargo, no se ha acreditado la situación crítica, es decir, una situación de extrema necesidad, incoada como requisito de procedibilidad, toda vez que se advierte de autos que la misma agraviada en su manifestación policial de fojas seis refiere que ella misma decidió retirarse del lecho convivencial para luego regresar a vivir con sus padres a fin de que éstos la ayuden, por lo que consecuentemente, no dándose de manera objetiva los presupuestos requeridos por el tipo penal instruido, la resolución venida en grado se encuentra arreglada a ley”. Así también, “la misma sala en la Resolución de fecha 3 de julio de 1998, en la que absuelve al acusado”, ha sostenido "Que, en autos no se ha acreditado en modo alguno que la agraviada, quien se retiró del hogar convivencial por desavenencias con el procesado, se haya además, encontrado en estado crítico, esto es, carente de todo recurso para atender a su gestación avanzada y parto subsiguiente, y que el procesado a sabiendas de tal estado haya eludido su obligación de asistirla, cuando menos económicamente”.

Finalmente, el abandono es entendido como alejamiento, fuga, retirada, descuido o desamparo en que se deja a la víctima. El problema radica en que no se encuentra suficientemente determinado el concepto de “situación crítica”, lo que dificulta la adecuada imputación, que es justamente el motivo de nuestra investigación.

7.4. Problemática de la imputación subjetiva

“Se trata de una conducta netamente dolosa, el agente actúa con conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo penal, esto es, aquel tiene pleno conocimiento que la mujer a la que embarazó atraviesa una situación crítica y apremiante, no obstante, voluntariamente decide no prestarle apoyo ni asistencia, abandonándola a su suerte”. “De la forma como aparece tipificada la conducta, se advierte que se trata de una conducta netamente dolosa, no cabe la comisión imprudente por no haber tipo penal específico” (Salinas Siccha 2008, p. 421).

Respecto de la tipicidad subjetiva, Villa Stein indica que, “además de conocer que la mujer está embarazada y en situación crítica, el actor la abandona sabiendo que lo hace y pudiendo y debiendo asistirle; quiere alejarse de ella y lo hace. “El agente actúa con conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo penal, esto es, aquel tiene pleno conocimiento de que la mujer a la que embarazó atraviesa una situación crítica y apremiante, no obstante, voluntariamente decide no prestarle apoyo ni asistencia, abandonándola a su suerte” (1998 A, p. 99).

“El legislador, atendiendo a una indiscutible y apremiante necesidad social, creo el tipo delictivo de abandono de mujer gestante en situación crítica, mediante la introducción del artículo 150 del código penal porque subsisten razones que aconsejan respaldar punitivamente el deber de cumplir dicha prestación alimentaria a favor de la gestante considerada legalmente como una persona en condición de vulnerabilidad. Claramente se trata de un delito cuyo tipo objetivo es una pura omisión o abandono material de la mujer que ha embarazado y que se encuentra en situación crítica de insolvencia

manifiesta para afrontar los gastos del embarazo y parto. Dicha obligación nace de la ley, sin necesidad de mandato judicial que ordene su cumplimiento. La imputación subjetiva se centra en determinar si el autor actuó con dolo, entendido como el conocimiento exigido al sujeto según su rol en un caso concreto. (Taboada Pilco, Giammpol, 2019, p. 394)”.

7.5. Consumación y tentativa

Siendo un delito de peligro y de mera actividad, “se perfecciona en el momento en que se verifica el alejamiento o abandono que hace el autor de la mujer que ha embarazado, con plena conciencia de dejarla en una situación crítica”. No es necesario que materialice daño alguno en la integridad física o mental de la víctima. No es posible identificar ningún requisito típico susceptible de ser interpretado como de resultado, pues no exige un resultado dañoso para la vida o la salud del sujeto pasivo, encontrándonos por ello ante un delito de peligro abstracto. (Loc. cit.).

Por la naturaleza del delito, no es posible la configuración de la tentativa.

“Es de consumación instantánea al producirse la situación descrita en el tipo normativo –abandono de la gestante- con prescindencia de la concreción de algún resultado dañoso para el sujeto pasivo. Por ser un delito instantáneo queda consumado en el mismo momento del incumplimiento del deber alimenticio previsto en la ley que comprende los gastos del embarazo y parto, lógicamente sus efectos permanecen en tanto se mantenga la omisión (Loc. cit.)”.

7.6. “La imputación penal y el encuadramiento típico”

Como bien indica Peña Cabrera Freyre, “es sabido que a través de la imputación, al inculpado se le atribuye haber perpetrado un hecho punible, una conducta revestida de delictuosidad, por haber –aparentemente-, lesionado y/o puesto en peligro un bien jurídico –penalmente tutelado-, esto

quiere decir, que el primer examen que debe realizar el operador jurídico, es si la descripción fáctica que constituye el soporte de la denuncia, se adecúa formalmente a los contornos típicos de la figura delictiva en cuestión” (2014, T. I, p. 159).

Indica también que “en palabras de Bacigalupo, la comprobación de la subsunción típica de los hechos relatados en la denuncia o querella es, en principio, una operación abstracta, es decir, que no requiere verificar si los hechos realmente han ocurrido o no. Dicho de otra manera, el derecho a la presunción de inocencia exige que antes de comenzar la instrucción respecto de los hechos se practique necesariamente una verificación seria y cuidadosa de la tipicidad de los mismos” (Loc. Cit.).

Al respecto, “afirma Oré Guardia”, que “en el sistema nuestro se apunta a que la imputación sea concreta, por lo que se exige el máximo esfuerzo para definir ex ante los contornos de la tipicidad de la conducta del imputado, de tal manera que en la práctica se produce una suerte de adelantamiento de la futura tipicidad; no se está pidiendo que se determine en el momento postulatorio del proceso, la responsabilidad o irresponsabilidad penal del imputado, sino el delito y los hechos por los cuales será procesado a lo largo de todo el proceso penal” (2011, p. 120).

“Desde el plano semántico, <<imputar>> significa atribuir la realización de una conducta (comisiva u omisiva) a una persona. En otras palabras, <<imputar>> es dar sentido o significado al comportamiento realizado por un sujeto. En efecto, el comportamiento humano es siempre objeto de valoración normativa y de prueba. Por tanto, para realizar un correcto juicio de imputación, el <<hecho>> debe estar claramente determinado e individualizado y la prueba, por su idoneidad y legalidad, debe estar orientada a demostrarlo. De esta manera, la imputación es necesaria cuando se comunica al imputado que el hecho descrito de modo suficiente por la autoridad se adecua a lo estipulado en el tipo penal objeto de incriminación y le es atribuible en calidad de autor o partícipe, fundado en elementos de convicción que así lo respalde” (Loc. cit.).

Al respecto, “en la STC N° 03987-2010- PHC/TC se ha señalado que”: “En resumen el derecho a ser informado de la imputación tiene tres elementos configuradores: i) La existencia de un hecho concreto y específico o la apariencia verosímil del mismo (STC N° 8125-2005-PHC/TC); ii) La calificación jurídica (STC N° 06079-2008-PHC/TC); iii) La existencia de evidencia o de medios de convicción (STC N° 5325-2006-PHC/TC; 9544-2006-PHC/TC)”.

“Con respecto a ello, adquiere primerísimo papel el principio de legalidad, que como postulado fundamental del Derecho penal moderno, constituye –junto al respeto de los derechos fundamentales- una de las garantías que derivan del Estado liberal burgués, surgido tras el derrocamiento del absolutismo. El principio de legalidad, como conquista humana, es fruto de la ilustración; en ella encuentra su fundamento político que se materializará con la implantación del Estado surgido de la Revolución Francesa. Por eso, inicialmente es garantía del ciudadano frente al Estado; en ese sentido, originariamente la reivindicación legalista aparece como expresión de una oposición al denominado antiguo régimen, con su tantas veces explicada carga de arbitrariedad, abusos penales, etc.” (Quintero Olivares y otros 2000, p. 266).

“Conforme al mandato contenido en nuestra Constitución”: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionada con pena no prevista en la ley” (artículo 2, Inc. 24, literal d). “En igual sentido, el artículo II, del Título Preliminar de nuestro Código penal”, establece que: “Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”.

Como bien dice el profesor Peña Cabrera Freyre, “el proceso penal tiene que ver con un proceso de atribución, en el sentido de imputar al

inculpado, la realización de una conducta típica y penalmente antijurídica, y en qué medida ha de responder de acuerdo a su responsabilidad penal. De ahí, se puede decir con toda corrección, que la imputación jurídico-penal, cumple un papel trascendental en el procedimiento penal, no sólo en orden a cautelar las garantías procesales elementales, sino también de garantizar el respeto inescrupuloso del principio de legalidad material – *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, de que el relato fáctico –que sirve al persecutor público para construir su hipótesis de incriminación-, se adecue plenamente a los alcances normativos del tipo penal en particular; de no ser así, se promueven persecuciones penales, que finalmente traerán consecuencias indeseables, para con los fines que debe desplegar la Justicia Penal en el marco de un Estado Constitucional de Derecho (vigencia de la norma, según la efectiva protección de bienes jurídicos) (2014, T II, p. 150 y ss).

“De esta manera, la imputación define con toda precisión, cuales son los hechos que se le atribuye haber cometido al imputado, conforme los tipos legales que se hace alusión –luego del proceso de adecuación típica-; a partir de la cual nace los derechos elementales de acusación, defensa y contradicción, permitiendo la interposición de una serie de medios de defensa técnica, tendientes a cuestionar la validez de la acción penal y, a su vez, la posibilidad de que el persecutor público pueda solicitar la adopción de medidas de coerción procesal como otras medidas limitativa de derecho. Con lo dicho, queremos decir, que el principio de «imputación necesaria» no sólo importa una exigencia que recae sobre los órganos judiciales, sino también sobre el representante del Ministerio Público, máxime, si conforme el nuevo modelo procesal-penal, el principio acusatorio –el cual se vincula directamente con el objeto de estudio-, adquiere un mayor vigor aplicativo. Y, ello lo decimos en todas sus decisiones, no sólo en la formulación de la acusación, sino también en la formalización de la Investigación Preparatoria; lógicamente, que en este nivel, estamos aún, en un estadio preliminar, donde no se puede predicar certeza alguna sobre la materialidad delictiva y la responsabilidad penal del imputado. No obstante, la exigencia es clara, donde la imputación – aún provisoria-, debe mostrar una definición clara y precisa, sobre los presupuestos de atribución delictiva” (Loc. cit.).

“Apreciamos así que la imputación necesaria es un principio constitucional del proceso penal, que consiste en una imputación correctamente formulada. Esto es, una atribución clara, precisa, explícita, detallada y circunstanciada de una comunicación con apariencia delictiva concretamente individualizado, a una persona determinada, con un nivel de vinculación ciertamente probable; a efectos de que ésta tenga la posibilidad de ejercitar eficazmente su derecho de defensa” (Ore Guardia Ob. Cit. p. 112).

“Desde un plano normativo, el principio de imputación necesaria no tiene una plasmación expresa en la Constitución Política del Estado, pero se puede extraer de ella, en concreto, del principio de legalidad (Art. 2.24.d), del derecho de defensa (Art. 139.14), del derecho a la presunción de inocencia (Art.24.2.d) y del derecho a la motivación de las resoluciones (Art.139.3)”.

“En caso el Fiscal decida formalizar una investigación preparatoria, entre otros deberes, tendrá que señalar los hechos y la tipificación específica correspondiente” (Art. 336.2 CPP 2004)”. “Si bien el Código permite la tipificación <<alternativa>>, lo cierto es que en orden al principio de imputación necesaria, su aplicación debe restringirse a los casos en los que los hechos puedan <<aparentemente>> subsumirse en dos normas. Como se afirma en doctrina, existirá un concurso aparente de normas cuando la conducta del autor se encuentra abarcada por la formulación de varios tipos penales, pero solo uno de ellos resulta suficiente para determinar el delito. Si bien varios tipos penales reclaman su aplicación sobre la conducta incriminada, solamente uno de los mismos engloba completamente el sentido jurídico-penal de la conducta del autor y desplaza, por ello, al resto de los tipos penales” (Reátegui Sánchez 2004, p. 278).

Es así que observamos que, en el tipo de abandono de mujer en estado de gestación, tipificado en “el artículo 150º del Código Penal”, se exige como condición de tipo objetivo, que adicionalmente a la circunstancia de haber abandonado a “una mujer en estado de gestación, a la que ha embarazado”, la haya tenido que dejar “en situación crítica”, sin definir la norma los alcances

conceptuales de tal determinación. Tampoco la jurisprudencia ha definido los alcances de dicho elemento normativo.

Por ello, como consecuencia de esta **flagrante deficiencia normativa** es que en muchos de los casos en que se ha iniciado una investigación por este delito, se ha concluido señalando que la agraviada no ha acreditado encontrarse "en situación crítica", es decir encontrarse en un estado tal que peligre su vida o la de su prole; no dándose los presupuestos para la configuración de este tipo penal. Ello ha generado un problema, toda vez que las presuntas víctimas de este delito han mantenido falsas expectativas, a pesar de someterse diligentemente a una investigación; sin embargo, el tipo penal plantea como un "elemento del tipo penal, la situación crítica" en la que tiene que estar la víctima. Al no cumplirse ello por no haber claridad típica, no prosperan las denuncias.

Resulta importante, proponer alguna **modificación legislativa** para que el tipo penal cubra las expectativas de la protección de bienes jurídicos y alcance ser efectiva e incentive a los padres cumplir con sus obligaciones; si bien, como señala Taboada Pilco, el delito de abandono de mujer gestante tiende a proteger la integridad personal de la mujer gestante de manera directa y del concebido en forma indirecta, esto, porque este último depende totalmente del organismo materno. En ese sentido, el crecimiento del feto depende totalmente de la ingesta dietética de la madre (Taboada Pilco, Giammpol, 2019, p. 367).

Para la protección de estos derechos, Taboada Pilco, utiliza la expresión "**derechos humanos de la mujer**", dicha referencia se refiere a los derechos humanos reconocidos expresamente en los instrumentos internacionales que tratan específicamente los derechos asociados con la condición de mujer, los cuales no excluyen el goce y el ejercicio de los demás derechos humanos reconocidos en la Constitución, pues el artículo 4 señala: "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono". "Si bien la norma constitucional no detalla qué nivel de protección debe garantizarse a las

madres, es claro que el legislador, cumpliendo el deber de especial protección fijado por el constituyente, tiene el deber de prever mecanismos que garanticen a la gestante poder llevar a término el embarazo en condiciones adecuadas; y, a la madre, la recuperación de su condición física gestacional y la adecuada atención y protección del recién nacido. En consonancia con lo anterior, el legislador en el artículo 472 del código civil ha señalado que los alimentos también comprenden los gastos del embarazo de la madre desde la concepción hasta la etapa de postparto” (Ob. Cit. p. 368).

Otro dato que corresponde dejar sentado, es que “tanto el hombre como la mujer son iguales ante la Constitución y ante la ley; sin embargo, la naturaleza biológica de las mujeres en su aspecto reproductivo hace que se dificulte su acceso y permanencia en los ámbitos educativo, profesional y de trabajo remunerado. Esta situación de desigualdad, que ha estado presente a lo largo de la historia, hasta el día de hoy no ha logrado superarse. La situación de desigualdad que afrontan las mujeres en las sociedades modernas es un problema estructural. En consecuencia, se requiere que el derecho a la igualdad sea ampliado. No basta entender la igualdad como no discriminación, sino también como grupos desventajados. Se trata de dismantlar la estructura social que sostiene una serie de prácticas que se acumulan sobre las mujeres “desaventajadas”. Por ello es que las madres trabajadoras son sujetos de especial protección constitucional, y tienen garantizado, como mínimo, el descanso pre y postnatal, así como el derecho a gozar de un permiso por lactancia” (Ob. Cit. p. 368).

“La situación social de desigualdad de las mujeres “desaventajadas” ha sido reconocido en el artículo 4.2 DS 4-2019-MIMP de fecha 7/3/2019, al entender como “**personas en condición de vulnerabilidad**”, a las personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, origen étnico o por circunstancias sociales, económicas, culturales o lingüísticas, se encuentren con especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos. Esto incluye el **estado de gestación**, entre otras. Asimismo, el artículo 3.1. Ley 30364, “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”, de 23/11/2015, establece que los

operadores deben partir de un enfoque de género, que reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales de violencia hacia las mujeres. Este enfoque debe orientar el diseño de las estrategias de intervención orientadas al logro de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres”. (Ob. Cit. p. 369).

7.7. Derecho Comparado

Corresponde revisar en la legislación sudamericana, si el tipo penal de abandono de mujer gestante, se encuentra regulada por las legislaciones de esta parte del continente.

7.7.1. Código Penal Argentino

El Código Penal Argentino en los artículos 106 al 108 en su capítulo VI “Abandono de Personas”, no contempla la figura del abandono de mujer gestante, limitándose en proteger a una persona incapaz o a un menor, tal y conforme señalan los siguientes artículos:

“Abandono de personas

ARTICULO 106.- El que pusiere en peligro la vida o la salud de otro, sea colocándolo en situación de desamparo, sea abandonando a su suerte a una persona incapaz de valerse y a la que deba mantener o cuidar o a la que el mismo autor haya incapacitado, será reprimido con prisión de 2 a 6 años.

La pena será de reclusión o prisión de 3 a 10 años, si a consecuencia del abandono resultare grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Si ocurriere la muerte, la pena será de 5 a 15 años de reclusión o prisión.

ARTICULO 107.- El máximo y el mínimo de las penas establecidas en el artículo precedente, serán aumentados en un tercio cuando el delito

fuera cometido por los padres contra sus hijos y por éstos contra aquéllos o por el cónyuge.

ARTICULO 108. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera; omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad”.

7.7.2. Código Penal Uruguayo

El Código Penal Uruguayo en los artículos 279-BIS, 329 al 332, en el Capítulo VI, la “omisión de los deberes inherentes al ejercicio de la patria potestad y la tutela”, y en el capítulo V, sobre los “delitos contra la personalidad física y moral del hombre”, no contempla la figura del abandono de mujer gestante, limitándose en proteger a una persona sometida a la patria potestad, tutela y curatela. Asimismo, centra su protección a los recién nacidos y a los incapaces, tal y conforme señalan los siguientes artículos:

“Artículo 279-BIS

(Omisión de los deberes inherentes a la patria potestad o a la guarda).- El que intencionalmente omitiere el cumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela, la curatela o la guarda judicialmente conferida, poniendo en peligro la salud física, psíquica o emocional de las personas a su cargo, será castigado con pena de tres a doce meses de prisión.

Art. 329. Abandono de niños y personas incapaces. El que abandonare a un niño, menor de diez años, o a una persona incapaz de bastarse a sí misma, por enfermedad mental o corporal, o por vejez, que estuviera bajo su guarda y a la cual debiera asistencia, será castigado, cuando el

hecho no constituya un delito más grave, con la pena de seis meses de prisión a cinco años de penitenciaría.

Art. 330. Circunstancias agravantes. La pena será elevada de un sexto a un tercio en los casos siguientes: 1º Cuando del abandono resultare la muerte o una lesión grave al abandonado. 2º Cuando el abandono se efectuare en condiciones que resultare difícil la asistencia por terceros, fuere por razón del lugar, de la hora, de la estación, o por cualquiera otra circunstancia análoga. 3º Cuando fuere cometido por los padres, respecto de sus hijos legítimos o naturales, reconocidos o declarados tales, o por el cónyuge.

Art. 331. Abandono de un recién nacido por motivo de honor. La pena del delito será reducida de un tercio a la mitad, si se cometiere en la persona de un niño menor de tres días, para salvar el propio honor, el de la esposa, o el de un pariente próximo, y no se tendrá en cuenta la agravante prevista en el numeral 3º del artículo precedente. (88a)

Art. 332. Omisión de asistencia. El que, encontrando abandonado o perdido un niño menor de diez años, o una persona incapaz de bastarse a sí misma por enfermedad mental o corporal o por vejez, omita prestarle asistencia y dar cuenta a la autoridad, será castigado con la pena del abandono, disminuida de un tercio a la mitad. La misma pena se aplicará al que, por negligencia, dejare de prestar asistencia, dando cuenta a la autoridad, a un hombre desvanecido o herido, sepultado o en situación en que corra peligro su vida o su integridad física”.

7.7.3. Código Penal Chileno

El Código Penal Chileno en los artículos 346 al 352 del título VII, referido a “crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, no contempla la figura del abandono de mujer gestante, limitándose en proteger a una persona ya nacida, tal y conforme señalan los siguientes artículos:

Abandono de niños y personas desvalidas

Art. 346 El que abandonare en un lugar no solitario a un niño menor de siete años, será castigado con presidio menor en su grado mínimo.

Art. 347 Si el abandono se hiciere por los padres legítimos o ilegítimos o por personas que tuvieran al niño bajo su cuidado, la pena será presidio menor en su grado máximo, cuando el que lo abandona reside a menos de cinco kilómetros de un pueblo o lugar en que hubiere casa de expósitos, y presidio menor en su grado medio en los demás casos.

Art. 348 Si a consecuencia del abandono resultaren lesiones graves o la muerte del niño, se impondrá al que lo efectuare la pena de presidio mayor en su grado mínimo, cuando fuere alguna de las 49 personas comprendidas en el artículo anterior, y la de presidio menor en su grado máximo en el caso contrario. Lo dispuesto en este artículo y en los dos precedentes no se aplica al abandono hecho en casas de expósitos.

Art. 349 El que abandonare en un lugar solitario a un niño menor de diez años, será castigado con presidio menor en su grado medio.

Art. 350 La pena será presidio mayor en su grado mínimo cuando el que abandona es alguno de los relacionados en el artículo 347.

Art. 351 Si del abandono en un lugar solitario resultaren lesiones graves o la muerte del niño, se impondrá al que lo ejecuta la pena de presidio mayor en su grado medio, cuando fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo precedente, y la de presidio mayor en su grado mínimo en el caso contrario.

Art. 352 El que abandonare a su cónyuge o a un ascendiente o descendiente, legítimo o ilegítimo, enfermo o imposibilitado, si el abandonado sufre lesiones graves o muere a consecuencia del abandono, será castigado con presidio mayor en su grado mínimo.

7.7.4. Código Penal Ecuatoriano

El Código Penal Ecuatoriano en el artículo 153 en la sección segunda referido a “delitos contra la integridad personal”, si contempla la figura del abandono de mujer embarazada, en situación de desamparo que ponga en peligro su vida e integridad física, tal y conforme señala el siguiente artículo:

“Artículo 153.- Abandono de persona.-

La persona que abandone a personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad o a quienes adolezcan de enfermedades catastróficas, de alta complejidad, raras o huérfanas, colocándolas en situación de desamparo y ponga en peligro real su vida o integridad física, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Constituye agravante de este delito el empleo de estratagemas o pretextos para sustraerse al cumplimiento de los deberes de asistencia económica inherentes a dichas responsabilidades.

Un rasgo notorio de esta regulación es el hecho que no se considera “la situación crítica”, como un elemento del tipo penal, refiriéndose solamente a una situación de desamparo que ponga en peligro la vida y la integridad física de la mujer embarazada.

7.7.5. Código Penal Boliviano

El Código Penal Boliviano en el artículo 250 del capítulo II del Título VII “Delitos contra la Familia”, si contempla la figura del abandono de mujer embarazada, con la particularidad de que tal abandono ocurra fuera del matrimonio, tal y conforme señala el siguiente artículo:

Artículo 250.-

El que fuera de matrimonio hubiere embarazado a una mujer y la abandonare sin prestarle la asistencia necesaria, será sancionado con reclusión de seis meses a tres años.

La pena será de privación de libertad de uno a cinco años, si a consecuencia del abandono la mujer cometiere un delito de aborto, infanticidio, exposición o abandono del recién nacido, o se suicidare.

Sobre esta norma, Taboada Pilco señala que “la norma penal Boliviana regula un delito preterintencional, en que el autor realiza el tipo doloso de incumplimiento de obligación alimentaria a la gestante; pero las otras consecuencias más graves son imputables a título de culpa, si era previsible la afectación a la vida e integridad física de la gestante o del concebido a partir del peligro concreto creado con la omisión de la prestación de alimentos. Si por el contrario, este resultado fuera imprevisible, no podrá generarse la agravante en cuestión, manteniéndose únicamente la responsabilidad penal por el tipo base. Tal circunstancia agravante específica no fue considerada en el artículo 150 del código Penal; empero, por coherencia sistemática, de lege ferenda, debería reproducirse mutatis mutandi la misma circunstancia agravante prevista en el artículo 149, tercer párrafo del código penal” (Taboada Pilco, Giammpol, 2019, p. 364).

La norma penal boliviana, es una aproximación de la regulación que podríamos plantear, pues no se espera que la víctima se encuentre en una “situación crítica”, hecho que ha dificultado en el Perú, realizar una debida imputación; siendo lo resaltante del modelo Boliviano, el solo hecho de abandonarla sin prestarle la asistencia que corresponde.

7.7.6. Código Penal Paraguayo

El Código Penal Paraguayo en el artículo 119 del capítulo III “Exposición de determinada persona a peligro de vida e integridad física” y 225 y 226 del Capítulo I de “los hechos punibles contra el estado civil, matrimonio y la familia”, no contempla la figura del abandono de mujer gestante, regulando

solamente la protección de una persona bajo su cuidado y la obligación de los padres a prestar alimentos, tal y conforme señalan los siguientes artículos:

“Artículo 119.- Abandono

1º El que:

- 1. Expusiera a otro a una situación de desamparo; o***
- 2. Se ausentará, dejando en situación de desamparo a quien esté bajo su guarda o a quien, independientemente del deber establecido por el artículo 117, deba prestar amparo, y con dicha conducta pusiera en peligro su vida o integridad física, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años.***

Artículo 225.- Incumplimiento del deber legal alimentario

1º El que incumpliera un deber legal alimentario y con ello produjera el empeoramiento de las condiciones básicas de vida del titular, o lo hubiera producido de no haber cumplido otro con dicha prestación, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

2º El que incumpliera un deber alimentario establecido en un convenio judicialmente aprobado o en una resolución judicial, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.

Artículo 226.- Violación del deber de cuidado o educación

El que violara gravemente su deber legal de cuidado o educación de otro y con ello lo expusiera al peligro de:

- 1. ser considerablemente perjudicado en su desarrollo físico o síquico;”.***

7.7.7. Código Penal Colombiano

El Código Penal Colombiano en el artículo 127 del capítulo VI “Abandono de menores y personas desvalidas” y artículo 233 del Capítulo IV de “los delitos contra la asistencia familiar”, no contempla la figura del abandono de mujer gestante, regulando solamente el abandono de un menor ya nacido, tal y conforme señalan los siguientes artículos:

“Artículo 127. Abandono.

El que abandone a un menor de doce (12) años o a persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, teniendo deber legal de velar por ellos, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años. Si la conducta descrita en el inciso anterior se cometiere en lugar despoblado o solitario, la pena imponible se aumentará hasta en una tercera parte.

De los delitos contra la asistencia alimentaria

Artículo 233. Inasistencia alimentaria.

El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena será de prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor de catorce (14) años”.

7.7.8. Código Penal Brasileño

El Código Penal Brasileño en el artículo 134 “Exposição ou abandono de recém-nascido” y artículo 244 regula “dos crimes contra a assistência familiar”, no contempla la figura del abandono de mujer gestante, regulando solamente el abandono de un menor ya nacido, tal y conforme señalan los siguientes artículos:

Exposição ou abandono de recém-nascido

Art. 134 - Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria: Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - detenção, de um a três anos.

2º - Se resulta a morte: Pena - detenção, de dois a seis anos.

Abandono material

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei nº 5.478, de 1968)

Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

En la legislación sudamericana, tan solo tres países regulan el tipo penal de abandono de mujer gestante, siendo ellos, nuestro código penal, el ecuatoriano y boliviano. Haciendo la comparación entre tales ordenamientos jurídicos, el código ecuatoriano su regulación guarda cierta similitud, en vista que contempla la figura del abandono de mujer embarazada, en situación de desamparo que ponga en peligro su vida e integridad física. Mientras que el boliviano, si contempla la figura del abandono de mujer embarazada, bastando para su configuración el sólo hecho de abandonarla sin prestarle la asistencia que corresponde.

TERCERA PARTE

TOMA DE POSTURA Y CONSECUENCIAS

1. Análisis e interpretación de la información

Luego de desarrollar el estudio teórico de los elementos que integran la imputación adecuada, como presupuesto de una adecuada imputación penal del delito de abandono de mujer en gestación, para fundamentar los fines de nuestra investigación y poder constatar así la veracidad de nuestras hipótesis, resulta necesario apreciar los criterios y métodos empleados para llegar a comprobarlas empíricamente.

1.1. Comprobación de la Hipótesis Principal

H. El principio de la imputación necesaria, no se está aplicando adecuadamente en las denuncias y procesamiento por la comisión del delito de abandono de mujer en estado de gestación.

PARA ESTE EFECTO, realizamos entrevistas a abogados litigantes y magistrados, PROPONIENDO LA SIGUIENTE PREGUNTA:

1° ¿Considera usted que el principio de la imputación necesaria, se está aplicando adecuadamente en las denuncias y procesamiento por la comisión del delito de abandono de mujer en estado de gestación?

1.1.1. Universo de la muestra correspondiente a ABOGADOS LITIGANTES

UNIVERSO: 50 abogados litigantes en la Corte de Lima Norte.

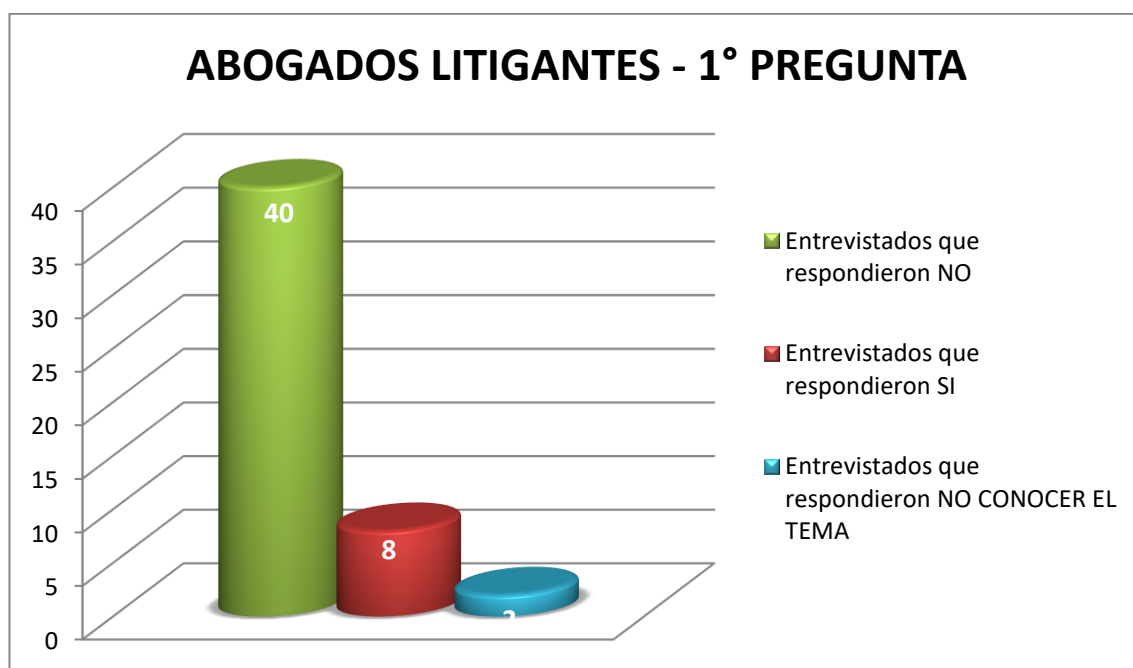
PERIODO: Mayo a julio de 2016.

RESPUESTAS:

1° Pregunta: 40 entrevistados respondieron que no.

08 entrevistados respondieron que sí.

02 entrevistados respondieron no conocer el tema.



1.1.2. Universo de la muestra correspondiente a MAGISTRADOS

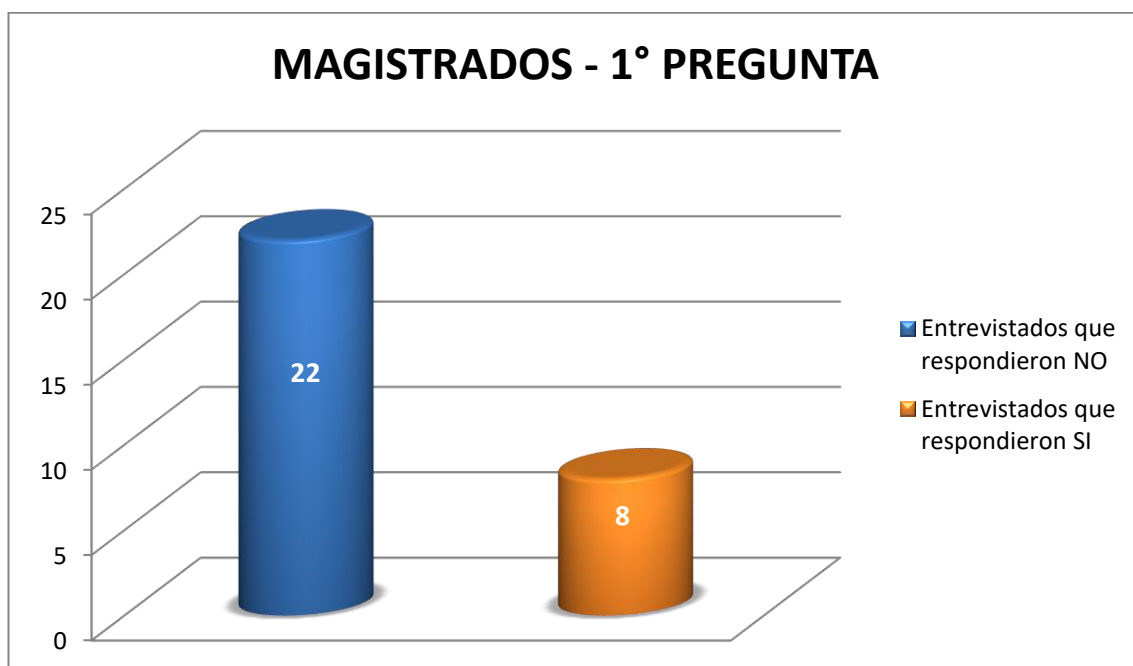
UNIVERSO: 30 (Jueces y Fiscales) de la Corte de Lima Norte.

PERIODO: octubre de 2016.

RESPUESTAS:

1° Pregunta: 22 entrevistados respondieron que no.

8 entrevistados respondieron que sí.



1.2. Comprobación de las Hipótesis específicas

1.2.1. Primera Hipótesis específica

H.1. En el Perú no existe una adecuada y objetiva tipificación del delito de abandono de mujer en estado de gestación.

PARA ESTE EFECTO, realizamos entrevistas a abogados litigantes, especialistas y magistrados, PROPONIENDO LA SIGUIENTE PREGUNTA:

1° ¿Considera usted que en el Perú existe una adecuada y objetiva tipificación del delito de abandono de mujer en estado de gestación?.

1.2.1.a) Universo de la muestra correspondiente a ABOGADOS LITIGANTES

UNIVERSO: 50 abogados litigantes en la Corte de Lima Norte.

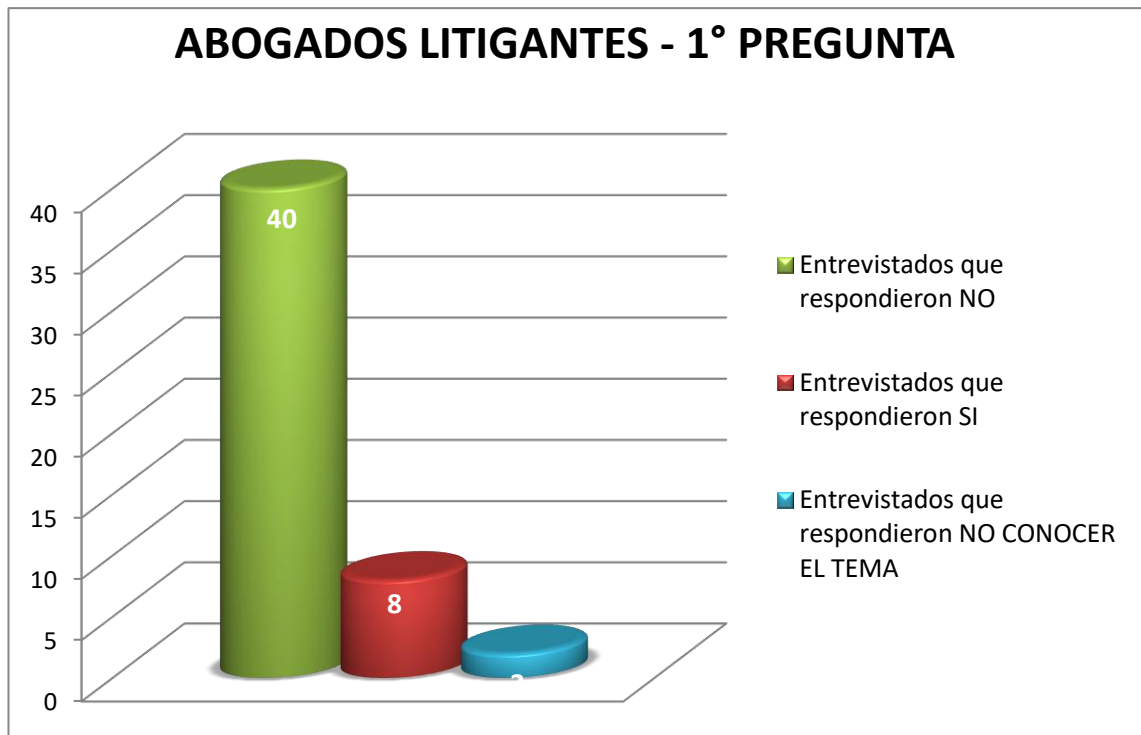
PERIODO: Mayo a julio de 2016.

RESPUESTAS:

1° Pregunta: 40 entrevistados respondieron que no.

08 entrevistados respondieron que sí.

02 entrevistados respondieron no conocer el tema.



1.2.1.b) Universo de la muestra correspondiente a MAGISTRADOS

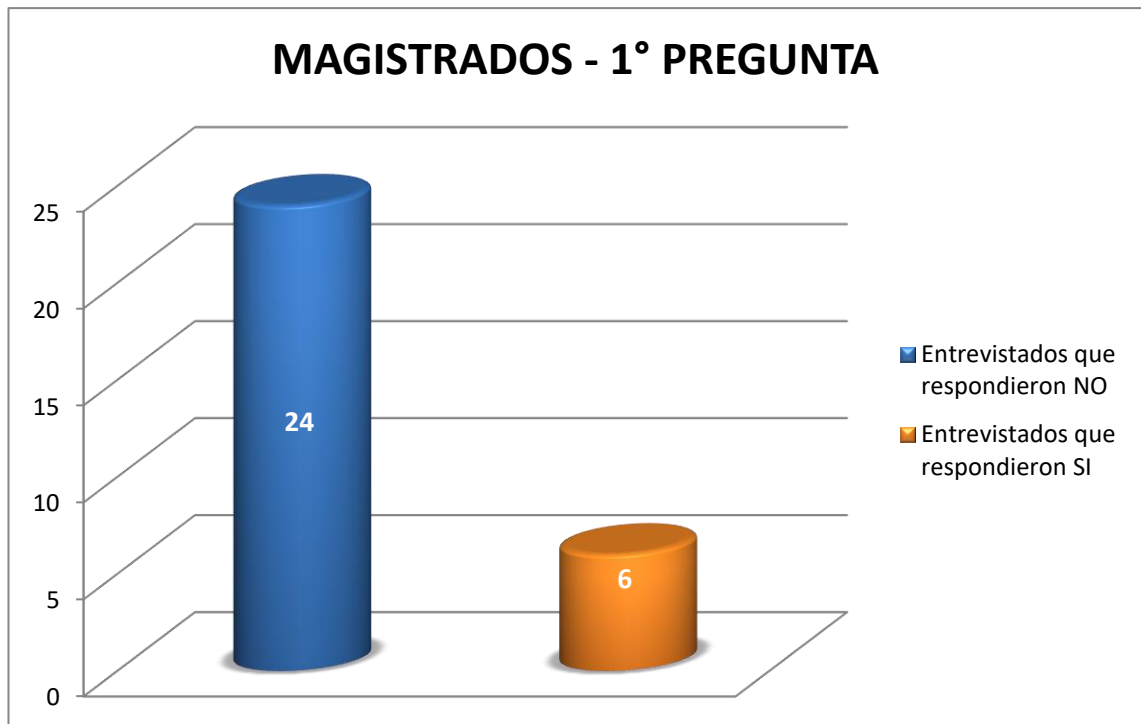
UNIVERSO: 30 (jueces y fiscales) de la Corte de Lima Norte.

PERIODO: Octubre de 2016.

RESPUESTAS:

1° Pregunta: 06 entrevistados respondieron que sí.

24 entrevistados respondieron que no.



1.2.2. Segunda Hipótesis específica

H.2. En el Perú, la inexistencia de una definición normativa, de la exigencia típica de dejar a la mujer gestante en “situación crítica”, afecta la posibilidad de una adecuada imputación eficiente.

PARA ESTE EFECTO, realizamos entrevistas a abogados litigantes y magistrados, PROPONIENDO LAS SIGUIENTES PREGUNTAS:

1° ¿Considera usted que en el Perú, existe una inadecuada definición normativa, de la exigencia típica de dejar a la mujer gestante en “situación crítica”, afecta la posibilidad de una adecuada imputación eficiente?.

1.2.2.a) Universo de la muestra correspondiente a ABOGADOS LITIGANTES

UNIVERSO: 50 abogados litigantes en la Corte de Lima Norte.

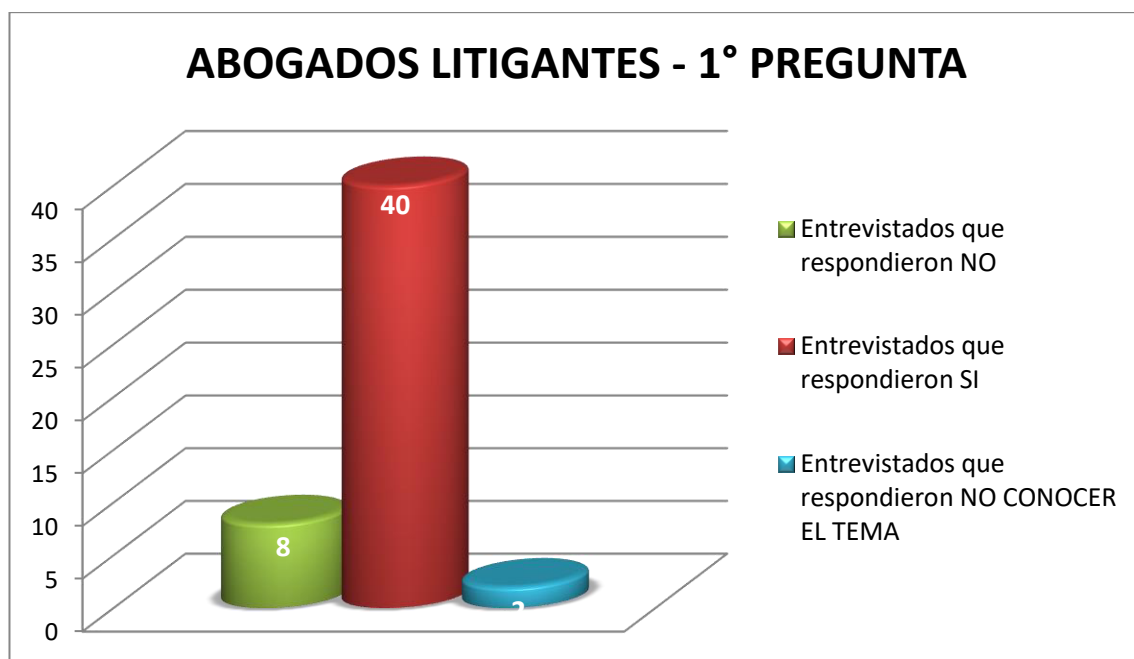
PERIODO: Mayo a julio de 2016.

RESPUESTAS:

1° Pregunta: 40 entrevistados respondieron que sí.

08 entrevistados respondieron que no.

02 entrevistados respondieron no conocer el tema.



1.2.2.b) Universo de la muestra correspondiente a MAGISTRADOS

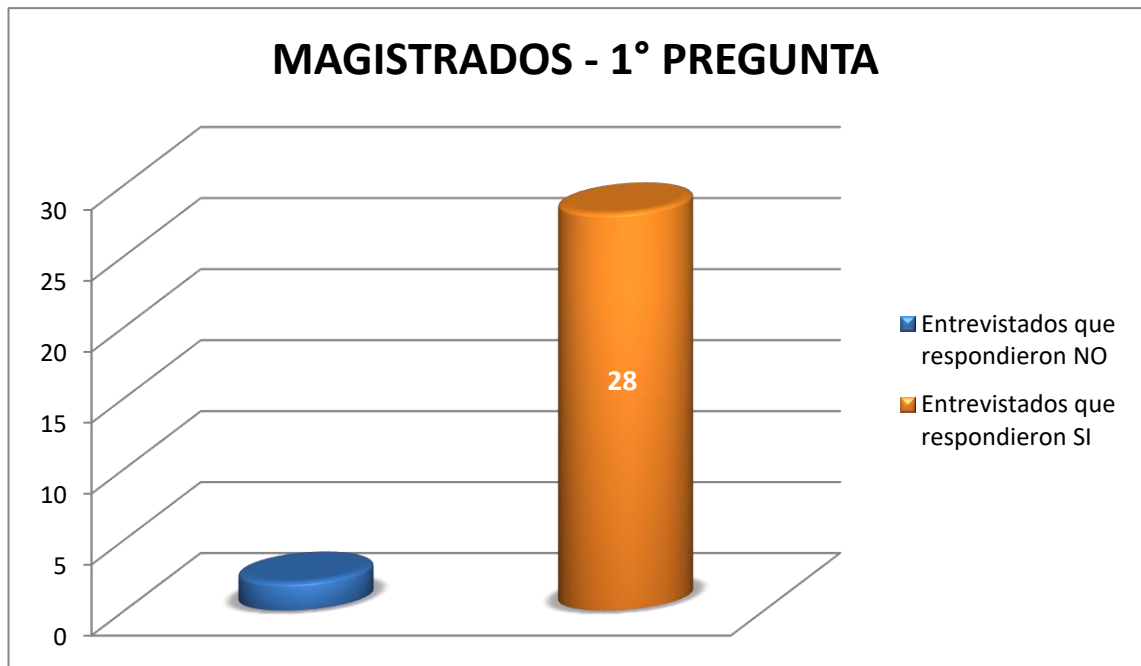
UNIVERSO : 30 (jueces y fiscales) de la Corte de Lima Norte.

PERIODO : Octubre de 2016.

RESPUESTAS:

1° Pregunta: 02 entrevistados respondieron que no.

28 entrevistados respondieron que sí.



1.2.3. Tercera Hipótesis específica

H.3. En el Perú, la omisión normativa de definir el concepto de “situación crítica”, genera un vacío normativo que no permite que prosperen las denuncias de abandono de mujer en estado de gestación generando inseguridad jurídica.

PARA ESTE EFECTO, realizamos entrevistas a abogados litigantes y magistrados, PROPONIENDO LA SIGUIENTE PREGUNTA:

1° ¿Considera usted que en el Perú, la omisión normativa de definir el concepto de “situación crítica”, genera un vacío normativo que no permite que prosperen las denuncias de abandono de mujer en estado de gestación generando inseguridad jurídica?.

1.2.3.a) Universo de la muestra correspondiente a ABOGADOS LITIGANTES

UNIVERSO: 50 abogados litigantes en la Corte de Lima Norte.

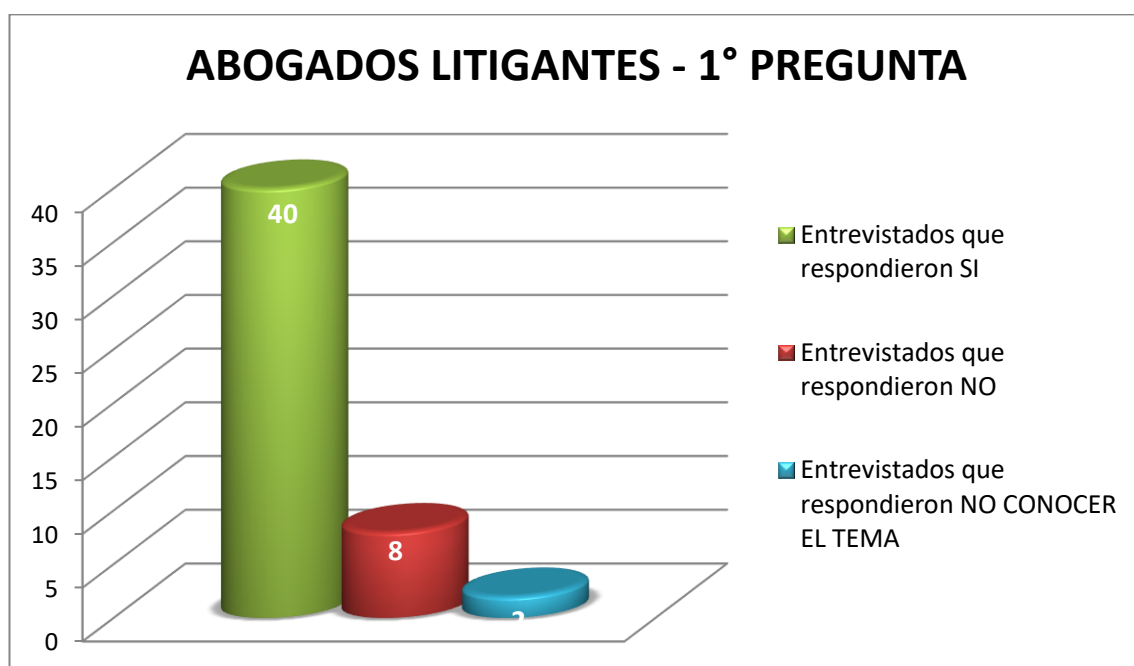
PERIODO: Mayo a julio de 2016.

RESPUESTAS:

1° Pregunta: 40 entrevistados respondieron que Sí.

08 entrevistados respondieron que No.

02 entrevistados respondieron no conocer el tema.



1.2.3.b) Universo de la muestra correspondiente a MAGISTRADOS

UNIVERSO : 30 (jueces y fiscales) de la Corte de Lima Norte.

PERIODO : Octubre de 2016.

RESPUESTAS:

1° Pregunta: 28 entrevistados respondieron que sí.

02 entrevistados respondieron que no.



2. CONCLUSIONES

2.1. No puede dudarse como señala D'agnostino, que la dimensión institucional de **la familia constituye un valor que ha de respetarse**, en cuanto garantiza el compromiso y la duración; y tampoco puede dudarse que la persona individual puede legítimamente pedir a la familia la protección y la promoción de sus exigencias privadas. Pero también está claro que el vínculo jurídico, sino se conjuga con otros valores, se encuentra expuesto a degradarse hasta ir a parar en el más vacío formalismo; paralelamente, la pretensión de que la familia tutele el interés privado de cada uno de sus miembros, en ausencia de toda remisión a valores más altos, puede empobrecer la comunión familiar, reduciéndola a una mera asociación de mutuo socorro.

2.2. Como refiere Salinas Siccha, es evidente la **importancia de la familia** para la organización y desenvolvimiento del Estado, en consecuencia, el legislador no ha tenido otra alternativa que darle su real dimensión al momento de legislar y regularle a fin de no distorsionar los lazos nacidos del matrimonio, parentesco o afinidad. En esta línea de razonamiento, no resulta raro ni casual que el Estado haga uso del **derecho punitivo para proteger a la familia y sancionar conductas que puedan afectarlo**. En doctrina del derecho penal, no pocos entendidos han señalado que la intervención del Estado en las relaciones familiares vía el derecho punitivo, en lugar de resultar beneficioso puede ser contraproducente, mas no dañina. No contribuye de manera alguna a mejorar la situación económica ni lograr su unidad. Se concluye que el Estado debe abstenerse de intervenir por aquél medio. Sin embargo, coincidimos que tal intervención se justifica por el hecho concreto de garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones y deberes familiares, cuando los ciudadanos dolosamente pretenden sustraerse.

2.3. **El embarazo**, según el Diccionario Enciclopédico Larousse, es el estado de la mujer en cinta, desde la fecundación hasta el parto, viene hacer el

desarrollo dentro del útero del producto de la fecundación (huevo), que se convierte en embrión, se rodea de membranas y se alimenta de la madre a través de la placenta. Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas, en dicho periodo se producen cambios, tanto anatómicos como funcionales, cuya finalidad es adaptar el organismo de la madre al crecimiento fetal para el parto y la lactancia. **Durante ese periodo, resulta fundamental la presencia física o emocional del padre**, quien debe asistir a la madre en todos los requerimientos que demande las necesidades propias del embarazo.

2.4. En estos delitos, coincidimos con lo afirmado por Muñoz Conde, “lo que se protege es la familia, siendo que la razón de su incriminación se basa más en el derecho a la **seguridad material que se deriva de esas relaciones familiares**. El término <<seguridad>> indica lo contrario a <<peligro>> o, mejor, significa ausencia de todo peligro y en ese sentido ni la Ley penal ni nadie puede garantizar una protección absoluta que excluya todo peligro, ya que es inevitable un cierto grado de peligro en toda actividad humana. “La seguridad a la que aquí nos referimos debe ser entendida como la expectativa jurídicamente fundada que puede tener toda persona a ser ayudada por sus familiares obligados a ello en el caso de que así lo necesite, o que, por lo menos, no va a ser puesto en situación peligrosa por esos familiares”.

2.5. **La familia** se constituye en la célula básica de la sociedad. Así lo consagra el artículo 4° de nuestra Constitución al establecer que: El Estado **protege a la familia** y promueve el matrimonio y los reconoce como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. Ello viene a ser la premisa para que la mayoría de normas que regulan la familia tengan carácter imperativo, es decir, de orden público o de cumplimiento necesario, pues la organización y desenvolvimiento de las familias interesa de sobre manera a la comunidad y al Estado”. Asimismo, estos últimos **protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono**. Si bien la norma constitucional no detalla qué nivel de protección debe garantizarse a las madres, es claro que el legislador, cumpliendo el deber de especial protección fijado por el constituyente, tiene el deber de prever mecanismos

que garanticen a la gestante poder llevar a término el embarazo en condiciones adecuadas; y, a la madre, la recuperación de su condición física gestacional y la adecuada atención y protección del recién nacido.

2.6. Coincidimos con la reflexión que señala Taboada Pilco, **todas las mujeres embarazadas aspiran a que sus hijos sean saludables y a que sus embarazos transcurran sin complicaciones**. Empero, todos los días mueren unas 1,500 mujeres y niñas adolescentes por problemas relacionados con la maternidad. Y todos los años, alrededor de 10 millones de mujeres y niñas adolescentes sufren complicaciones durante el embarazo que les ocasionan a ellas y/o a sus hijos infecciones y discapacidades graves. Todos los años nacen muertos cerca de 3 millones de bebés, y 3.7 millones (últimos datos disponibles, 2004) mueren muy poco después de nacer o antes de cumplir un mes. Uno de los factores que explican las muertes neonatales, los partos prematuros y/o el bajo peso al nacer –que puede provocar complicaciones futuras- **es la precaria salud de la madre**, que muchas veces se origina en enfermedades que no fueron tratadas adecuadamente antes o durante el embarazo.

2.7. Queda claro que el hecho punible conocido como abandono de mujer embarazada aparece debidamente tipificado en el artículo 150 del código sustantivo que literalmente señala: <<El que abandona a una mujer en gestación, a la que ha embarazado y que se halla en situación crítica, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de cuatro años y con sesenta a noventa días multa>>. Al respecto como señala Villa Stein, “el comportamiento es de abandono, apartamiento, alejamiento físico y material con cese de toda **asistencia psicológica**, física y alimentaria por parte del actor no obstante hallarse el sujeto pasivo, en situación crítica, entendiéndose por esta situación aquella en que peligra la vida y la **integridad psicológica y moral de la mujer embarazada**”. Por su parte, Salinas Siccha, señala que el interés fundamental que pretende proteger el Estado con la tipificación de la conducta punible, lo constituye los deberes de **asistencia alimentaria y psicológica** que le asiste al autor de un embarazo respecto de la mujer que temporalmente atraviesa aquel <<estado>>”; “deberes que son

ineludibles cuando la situación de la gestante es apremiante con la finalidad de evitar riesgos para su vida e integridad física y moral”. Tomando en consideración la interpretación de los juristas, sobre el tipo penal materia de estudio, la “situación crítica”, no solo debe limitarse al abandono económico como muchos operadores entienden, sino que, por extensión, debe comprender también el abandono moral a la madre gestante.

2.8. Otro dato que corresponde dejar sentado, como señala Taboada Pilco “tanto el hombre como la mujer son iguales ante la Constitución y ante la ley; sin embargo, la naturaleza biológica de las mujeres en su aspecto reproductivo hace que se dificulte su acceso y permanencia en los ámbitos educativo, profesional y de trabajo remunerado. Esta situación de desigualdad que afrontan las mujeres en las sociedades modernas, es un problema estructural. La situación social de desigualdad de las mujeres **“desaventajadas”** ha sido reconocido en el artículo 4.2 DS 4-2019-MIMP de fecha 7/3/2019, al entender como **“personas en condición de vulnerabilidad”**. Asimismo, el artículo 3.1. Ley 30364, “Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar”, de 23/11/2015, establece que los operadores deben partir de un **enfoque de género**, que reconoce la existencia de circunstancias asimétricas en la relación entre hombres y mujeres, construidas sobre la base de las diferencias de género que se constituyen en una de las causas principales de violencia hacia las mujeres. Este enfoque debe orientar el diseño de las estrategias de intervención orientadas al logro de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres”.

2.9. Durante el presente trabajo, coincidimos con Peña Cabrera Freyre que, a través de la imputación, una persona sujeta a investigación penal, se le atribuye haber perpetrado un hecho punible, una conducta revestida de delictuosidad, por haber, aparentemente, lesionado y/o puesto en peligro un bien jurídico, penalmente tutelado. El tipo de abandono de mujer en estado de gestación, tipificado en el artículo 150º del Código Penal, exige como condición de tipo objetivo, que adicionalmente a la circunstancia de haber abandonado a una mujer en estado de gestación, a la que ha embarazado, la

haya tenido que dejar “en situación crítica”, sin embargo, la norma ni la jurisprudencia han definido los alcances conceptuales de tal determinación. Por ello, como consecuencia de esta flagrante deficiencia normativa es que en muchos de los casos en que se ha iniciado una investigación por este delito, se ha concluido señalando que la agraviada no ha acreditado encontrarse “en situación crítica”, no dándose los presupuestos para la configuración de este tipo penal. Al no cumplirse ello, por no haber claridad típica, no prosperan las denuncias.

2.11. En la legislación comparada, especialmente la sudamericana, tan solo tres países regulan el tipo penal de abandono de mujer gestante, siendo ellos, nuestro código penal, el ecuatoriano y boliviano. Haciendo la comparación entre tales ordenamientos jurídicos, el código ecuatoriano su regulación guarda cierta similitud, en vista que contempla la figura del abandono de mujer embarazada, en situación de desamparo que ponga en peligro su vida e integridad física. Mientras que el boliviano, contempla la figura del abandono de mujer embarazada, bastando para su configuración el sólo hecho de abandonarla sin prestarle la asistencia que corresponde.

2.12. De conformidad con los fundamentos teóricos y de las entrevistas realizadas, es posible establecer que el principio de la imputación necesaria, no se está aplicando adecuadamente en las denuncias y procesamiento por la comisión del delito de abandono de mujer en estado de gestación.

2.13. De conformidad con los fundamentos teóricos y de las entrevistas realizadas, es posible establecer que en el Perú no existe una adecuada y objetiva tipificación del delito de abandono de mujer en estado de gestación.

2.14. De conformidad con los fundamentos teóricos y de las entrevistas realizadas, es posible establecer que en el Perú, la inexistencia de una definición normativa, de la exigencia típica de dejar a la mujer gestante en <<situación crítica>>, afecta la posibilidad de una adecuada imputación eficiente.

2.15. De conformidad con los fundamentos teóricos y de las entrevistas realizadas, es posible establecer que en el Perú, la omisión normativa de definir el concepto de <<situación crítica>>, genera un vacío normativo que no permite que prosperen las denuncias de abandono de mujer en estado de gestación generando inseguridad jurídica.

2.16. Finalmente, a manera de reflexión, citaremos a los “pingüinos emperadores”, según una página web que dedica a estos animales, indica (<http://www.pinguinopedia.com/pinguino-emperador/>), que son las únicas especies de pingüino que se reproducen durante el crudo invierno antártico, realizando caminatas de entre cincuenta y ciento veinte kilómetros sobre el hielo hasta las colonias de cría, que pueden incluir miles de individuos. **La hembra es la que pone un único huevo que es incubado inicialmente por el macho, quien renuncia a su alimento, mientras que la hembra regresa al mar para alimentarse; posteriormente los padres se turnan para alimentarse en el mar y el cuidado de sus polluelos en la colonia.** Estos pingüinos tienen fama de ser unos padres excelentes y que se sacrifican mucho por sus crías. Las mamás son las que ponen los huevos, pero **los papás son los que los incuban y renuncian a su alimento para incubarlos.** Esta actuación instintiva del mundo animal, invita a reflexionar, de cómo estos padres se sacrifican por cuidar del único huevo incubado para que nazca sin problemas, con cuanta más razón deben actuar así los padres, no dejando sola a la madre.

3. Propuestas de solución del problema: Recomendaciones

3.1. En relación al marco institucional del Sistema de Justicia

3.1.1. “Sugerimos que el Ministerio Público y el Poder Judicial, a través de sus centros de capacitación, propicien investigaciones y ciclos de capacitación para mejorar los métodos y formas como los magistrados (jueces y fiscales), realicen la imputación adecuada del delito de abandono de mujer en gestación, buscando la uniformización de criterios para el control de la legalidad y razonabilidad de la adecuación típica, evitando así la violación de los derechos fundamentales del imputado”.

3.1.2. “Recomendamos la implementación de un Pleno Jurisdiccional Penal a nivel de la Corte Suprema, en el que se debata y acuerde la manera como debe interpretarse el concepto de <<situación crítica>>, como elemento del tipo objetivo del delito de abandono de mujer en gestación”. Ello con la finalidad de buscar la predictibilidad de las resoluciones judiciales mediante la unificación de criterios jurisprudenciales, mejorar la calidad del servicio de impartición de justicia y elevar el nivel de justicia ciudadana en el sistema de administración de justicia.

3.2. Modificaciones legislativas

3.2.1. “Recomendamos una modificación legislativa, para aclarar el contorno típico del delito de abandono de mujer en estado de gestación, proponiendo la siguiente redacción del artículo 150 del Código Penal”:

“El que abandona en situación crítica de naturaleza económica y/o moral, a la mujer que ha embarazado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis meses ni mayor de cuatro años y con sesenta a noventa días multa”.

4. Consecuencia de la implementación de la propuesta

“El tema propuesto para la investigación revela un campo teórico no muy difundido ni estudiado, por ello es que el enfoque propuesto se dirige a un replanteamiento de los fundamentos doctrinarios y normativos, que orientan la protección de la seguridad jurídica y la adecuada tutela jurisdiccional de la víctima en gestación que es abandonada en estado crítico y de necesidad”.

“Con nuestro trabajo de investigación hemos perseguido la búsqueda de nuevas tendencias y el mejoramiento de las instituciones penales y contribuido a la labor docente y legislativa, dando a conocer los aspectos doctrinarios, normativos, jurisprudenciales y de legislación comparada que sustentan, a nivel nacional e internacional, los fundamentos de una adecuada interpretación y aplicación de las normas punitivas relacionadas a la imputación penal en el marco irrestricto del respeto al principio de legalidad, dentro del marco de un Derecho penal democrático y garantista que asegure la vigencia de un sistema penal protector, prevencionista y asegurador de la dignidad y humanidad de la persona”.

“Para este efecto, en el desarrollo del trabajo hemos establecido un adecuado estudio doctrinario, histórico y dogmático, con remisión a la jurisprudencia y al derecho comparado, de la evolución que en materia de aplicación de la imputación penal se ha hecho en nuestro país del delito de abandono de mujer en estado de gestación en la búsqueda del aseguramiento de una adecuada imputación necesaria. Hemos realizado un adecuado estudio crítico del tratamiento legislativo que se le ha dado en nuestro país a este tipo de delito, su legitimación constitucional y la problemática que representa su vigencia en nuestro sistema. Al efecto, hemos cumplido con proponer las correcciones normativas necesarias”.

“Así, como consecuencia de nuestra investigación podemos llegar a concluir que el interés fundamental que pretende proteger el Estado con la tipificación de la conducta punible, lo constituye los deberes de asistencia

alimentaria y psicológica que le asiste al autor de un embarazo respecto de la mujer que temporalmente atraviesa aquel <<estado>>”; “deberes que son ineludibles cuando la situación de la gestante es apremiante con la finalidad de evitar riesgos para su vida e integridad física y moral” (Salinas Siccha 2008, p. 420). “La protección de la norma penal se funda en el cumplimiento del deber de asistencia que le concierne a la mujer que ha sido embarazada y abandonada a una situación de extrema necesidad que hace peligrar su seguridad y la supervivencia del fruto de la concepción. Por tanto, la tutela defiende no sólo la integridad física y moral de la gestante, sino también – como dice Peco- <<la esperanza de la vida del embrión>>” (Peña Cabrera 1992, p. 446). “Es sabido que a través de la imputación, al inculpado se le atribuye haber perpetrado un hecho punible, una conducta revestida de delictuosidad, por haber –aparentemente-, lesionado y/o puesto en peligro un bien jurídico –penalmente tutelado-, esto quiere decir, que el primer examen que debe realizar el operador jurídico, es si la descripción fáctica que constituye el soporte de la denuncia, se adecúa formalmente a los contornos típicos de la figura delictiva en cuestión” (Peña Cabrera Freyre 2014, T. I, p. 159).

De esta manera, “la imputación es necesaria cuando se comunica al imputado que el hecho descrito de modo suficiente por la autoridad se adecua a lo estipulado en el tipo penal objeto de incriminación y le es atribuible en calidad de autor o partícipe, fundado en elementos de convicción que así lo respalde”. “Al respecto, en la STC N° 03987-2010- PHC/TC se ha señalado que: “En resumen el derecho a ser informado de la imputación tiene tres elementos configuradores: i) La existencia de un hecho concreto y específico o la apariencia verosímil del mismo (STC N° 8125-2005-PHC/TC); ii) La calificación jurídica (STC N° 06079-2008-PHC/TC); iii) La existencia de evidencia o de medios de convicción (STC N° 5325-2006-PHC/TC; 9544-2006-PHC/TC)”.

Es así que observamos que, en el tipo de abandono de mujer en estado de gestación, “tipificado en el artículo 150º del Código Penal”, se exige como condición de tipo objetivo, que adicionalmente a la circunstancia de haber

abandonado a “una mujer en estado de gestación, a la que ha embarazado, la haya tenido que dejar “en situación crítica”, sin definir la norma los alcances conceptuales de tal determinación”. Por ello, como consecuencia de esta flagrante deficiencia normativa es que en muchos de los casos en que se ha iniciado una investigación por este delito, se ha concluido señalando que la agraviada no ha acreditado encontrarse “en situación crítica”, es decir encontrarse en un estado tal que peligre su vida o la de su prole; no dándose los presupuestos para la configuración de este tipo penal. Ello ha generado un problema, toda vez que las presuntas víctimas de este delito han mantenido falsas expectativas, a pesar de someterse diligentemente a una investigación; sin embargo, el tipo penal plantea como un “elemento del tipo penal”, la “situación crítica” en la que tiene que estar la víctima. Al no cumplirse ello por no haber claridad típica, no prosperan las denuncias.

En tal sentido y de conformidad con los fundamentos teóricos y de las entrevistas realizadas, es posible establecer que el principio de la imputación necesaria, no se está aplicando adecuadamente en las denuncias y procesamiento por la comisión del “delito de abandono de mujer en estado de gestación, y por tanto en el Perú no existe una adecuada y objetiva tipificación del delito de abandono de mujer en estado de gestación”.

Así, inexistencia de una definición normativa, de la exigencia típica de dejar a la mujer gestante en “situación crítica”, afecta la posibilidad de una adecuada imputación eficiente, siendo posible por ello establecer que, en el Perú, la omisión de definir el concepto de “situación crítica”, genera un vacío normativo que no permite que prosperen las denuncias de abandono de mujer en estado de gestación generando inseguridad jurídica.

“Por todo ello, como consecuencia de nuestra propuesta de investigación, hemos propugnado contribuir al afianzamiento del Sistema Judicial en nuestro país, el mismo que debe tener como misión fundamental, garantizar la seguridad jurídica, la equidad y la justicia”. “Este análisis práctico nos permitió hacer un estudio útil y necesario, a fin de apreciar si en nuestro medio, se aplica técnica y correctamente la imputación penal de este tipo de

delito, habiendo logrado identificar deficiencias y/o vacíos de la normatividad que han sido objeto de nuestras conclusiones y recomendaciones”.

5. Beneficios que aporta la propuesta

“Dentro de los fines que orientan la labor universitaria, humanista y científica, está el de la búsqueda del aporte de nuevas ideas, alternativas y soluciones a los diferentes problemas que aquejan a las sociedades, y siendo el fundamento de nuestra Facultad el de propender a la investigación de temas jurídicos y sociales, nuestro trabajo se fundamenta principalmente en la necesidad de reorientar y afianzar el conocimiento doctrinario de la evolución y la realidad actual de la protección penal, que en nuestro país se hace del derecho de las personas y en especial de quienes, habiendo sido embarazadas, son dejadas en condiciones críticas y de riesgo, en la búsqueda de una correcta administración de justicia, desde la perspectiva constitucional basada en los más modernos principios penales orientados a la protección de la seguridad jurídica; para reconducir la labor docente, legislativa y a la interpretación judicial y doctrinaria, que por la importancia del tema en estudio, requiere una mejor y mayor profundidad, para propiciar un mejor conocimiento por parte de alumnos, profesores y operadores, tanto legislativos como judiciales”.

“Los beneficios que aporta nuestra propuesta están directamente relacionados a contribuir con la labor docente y operativo-judicial, dando a conocer los logros de la investigación a efecto de propiciar el necesario debate jurídico, que permita el mejoramiento de la legislación y el aporte de nuevos conocimientos doctrinarios y de legislación comparada”.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ, Josep (2010). Positivismo y postpositivismo. “Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”. Isabel Lifante Vidal (Ed.). En: *Interpretación jurídica y teoría del derecho*, Palestra, Perú.

ANTOLISEI, Francisco (1959). La acción y resultado en el delito. Traducción de José Luís Pérez Hernández. Editorial Jurídica Mexicana. México D.F.

ALEXY, Robert (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción de Bernal Pulido, Carlos. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid - España.

ALMAGRO NOSETE, J. (1991). Derecho Procesal. T. II. Proceso Penal. Obra colectiva con Gimeno Sendra, Moreno Catena y Cortes Domínguez. Editorial Tirant lo Blanch. 3º Edición. Valencia – España.

ALCÓCER POVIS, Eduardo (2013). El principio de imputación necesaria. Aproximación al tema desde una perspectiva penal. En *Selección de Lecturas*. Instituto de Ciencia Procesal Penal. Lima.

ALVA FLORIÁN, César (2010). Cuestiones referidas a la tutela de derechos y al control de plazo en el nuevo Código Procesal Penal. En Urquiza Videla (Coord.), Investigación preparatoria y etapa intermedia. Problemas de aplicación del Código Procesal Penal. Gaceta penal & procesal penal. Gaceta jurídica. Lima.

ASENCIO MELLADO, José M. (2008). Derecho Procesal Penal. 4ta Edición. Tirant lo Blanch. Valencia – España.

ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos (2013). Tutela judicial de derechos e imputación necesaria. Análisis del Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116". En *Gaceta Penal*. Tomo N° 43 (mes de enero), Gaceta Jurídica. Lima.

BACIGALUPO, Enrique (1989). Manual de Derecho Penal: Parte General. Editorial Temis. Bogotá – Colombia.

BACIGALUPO, Enrique (1994). Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal. 2da Edición, Madrid.

BACIGALUPO, Enrique (1999). Principios Constitucionales de Derecho Penal. Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires Argentina.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (2004). Derecho Penal – Parte General. Ara Editores. Lima - Perú.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo (2004). Parte General. Tomo I. Gaceta Jurídica. Lima - Perú.

BARRETO ARDILLA, Hernando y otros (2003). Lecciones de Derecho Penal Parte Especial. Universidad Externado de Colombia. Panamericana Formas e Impresos S.A. Bogotá – Colombia.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert (2013). La imputación necesaria y los grados de conocimiento en el Código Procesal Penal de 2004. En *Gaceta Penal*. Tomo N° 45. Gaceta Jurídica. Lima.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique (1996). La Constitución de 1993: Análisis Comparado", ICS editores, Lima.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio (1993). Temas de Derecho Penal. Edi. Cultural Cuzco S..A. Lima Perú.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros (2010). Curso de Derecho Penal Parte General. Ediciones Experiencia. Segunda Edición. Barcelona.

BINDER, A. (1993). Introducción al Derecho Procesal Penal. Ed. Ad-hoc. Buenos Aires.

BONORINO, Pablo Raúl y PEÑA AYAZO, Jairo Iván (2008). *Filosofía del derecho*, Consejo Superior de la judicatura. Colombia. Segunda edición.

BURGOS MARIÑOS, Víctor (2002). *El proceso penal peruano: una revisión sobre su constitucionalidad. Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N°03. Lima – Perú.*

BUSTOS RAMIREZ, Juan (1982). Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal. Editorial Temis. Librería Bogotá - Colombia.

BUSTOS RAMIREZ, Juan (1984). Manual de Derecho Penal Español. Parte General. 3° Edición. Editorial Ariel S. A. Barcelona - España.

BUSTOS RAMIREZ, Juan (1986). Introducción al Derecho Penal. Editorial Temis S.A. Bogotá - Colombia.

BRAMONT ARIAS, Luis (1954). La ley de abandono de familia. Revista de Jurisprudencia Peruana. Lima – Perú.

BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto (1998). Manual de Derecho Penal: Parte Especial. Editorial San Marcos. Lima 1998.

BRAMONT ARIAS - TORRES, Luís Miguel (2008). Manual de Derecho Penal – Parte General. 4 Edición. Editorial Grijley. Lima - Perú.

CAFFERATA NORES, J. (1998). Cuestiones actuales sobre el proceso penal. 2° Edición. Editores del Puerto. Buenos Aires.

CAMPANA VALDERRAMA, Manuel M. (2002). El delito de Omisión a la Asistencia Familiar. Doctrina, Jurisprudencia, Derecho Comparado. Aspectos Procesales. Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima – Perú.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos (1995). Derecho Penal: Concepto y Principios Constitucionales. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia - España.

CAROCCA PÉREZ, Álex (2005). Manual el Nuevo Proceso Penal. Lexis Nexis, Santiago - Chile.

CASTILLO ALVA, José Luis (2007). El principio de imputación necesaria. Una primera aproximación. En *Actualidad Jurídica*. Tomo 161 (mes de Abril), Gaceta Jurídica, Lima.

CASTILLO ALVA, José Luis (2008). La motivación de la valoración de la prueba en materia penal. Colección N° 3 Derecho & Tribunales. Grijley. Lima.

CATACORA GONZALES, Manuel S. (1996). Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Rodhas. Lima.

CEREZO MIR, José (2005). Curso de Derecho penal Español. Parte general. Tomo II Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia-España.

CORNEJO, Luis G. (1943). El abandono de familia ante el Derecho penal. Urgencia de incorporación de esta figura delictiva a nuestra legislación. Revista de Jurisprudencia Peruana. N° 1. Lima.

COBO DEL ROSAL, M. - VIVES ANTON, T.S (1987). Derecho Penal, Parte General. 2da Edición. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia-España.

CUBAS VILLANUEVA, Víctor (1998). El Proceso Penal; Teoría y Práctica. Palestra Editores. Lima – Perú.

D'AGNOSTINO, Francesco (1991). Elementos para una filosofía de la familia. Editorial Rialp. Madrid – España.

DEL SOLAR ROJAS, Francisco José (2009). *La ciencia del derecho: Del Jusnaturalismo al positivismo jurídico*. Magna Ediciones Perú.

DIEZ-PICAZO, Luis (1984). Familia y Derecho. Editorial Civitas. Madrid – España.

DUCE, Mauricio (2005). *El ministerio Público en la reforma Procesal Penal. En América Latina: visión general acerca del estado de los cambios. En Revista Vista Fiscal N°03. Lima*).

ESCRIVA GREGORI, José (1976). La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal. Publicaciones de seminarios del Derecho Penal en la Universidad de Barcelona, Editorial Bosch. Barcelona - España.

ETCHEBERRY, Alfredo (1965). Derecho Penal, Parte General. T. I. Edi. Gibbs. Santiago de Chile.

FEIJOO SANCHEZ (2005). Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro. En: Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Navarra- España.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan (1995). Derecho Penal Fundamental. Vol. I. Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá - Colombia.

FONTAN BALESTRA, Carlos (1995). Derecho Penal: Introducción y Parte General. Décimo Quinta Edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires.

FRIAS CABALLERO, Jorge y Diego Codino (1993). Editorial Hamurabi S.R.L. Buenos Aires - Argentina.

GARCÍA CAVERO, Percy (2011). La nulidad procesal de las disposiciones fiscales en el proceso penal. En *Manual del Código Procesal Penal*. Gaceta Jurídica. Lima.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2009). Derecho Penal Parte General: Fundamentos. Juristas Editores E.I.R.L. Primera Edición. Lima-Perú.

GARCÍA RADA, Domingo (1984). Manual de Derecho Procesal Penal. Octava Edición. EDDILI Editorial y Distribuidora de Libros S.A. Lima – Perú.

GIMENO SENDRA, Vicente (2007). Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editorial Colex, 2da Edición. Madrid.

GOMEZ, Eusebio (1941). Tratado de Derecho Penal. Tomo IV. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires.

GOMEZ, Eusebio (1942). Tratado de Derecho Penal. Tomo VI. Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires.

GOMEZ COLOMER, J.L. (1999). Proceso Penal en el Estado de Derecho. Diez Estudios Doctrinales. Palestra Editores. Lima – Perú.

GOMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando (2001). Tratado de Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Ediciones Doctrina y Ley LTD. Bogotá-Colombia.

GÓMEZ-ROBLEDO, Alonso V. (1998). Naturaleza de los derechos humanos y su validez en derecho internacional consuetudinario. En: LIBERAMICORUM - HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica.

GONZÁLES PÉREZ, Jesús (1989). El Derecho a la Tutela Jurisdiccional. 2º Edición. Editorial Civitas. Madrid.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús (1998). Protección de derechos humanos en la jurisdicción contencioso-administrativa", En: LIBERAMICORUM - HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica.

HASSEMER, Winfried (1984). Fundamentos del Derecho Penal. Traducción y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Edi. Bosch. Barcelona.

HASSEMER HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco (2012). Introducción a la Criminología y a la Política Criminal. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.

HESSE, Konrad (2011). *Escritos de derecho constitucional*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid - España.

HURTADO POMA, Juan Rolando (2009). ¿Que se discute en la audiencia de control de acusación?". En el Portal web del *Instituto de Ciencia Procesal Penal*, Lima. Dirección web:

<http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/controldeacusacionpdf.pdf>

HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge (2016). Lecciones de Derecho penal: Derecho Penal General I. Pro Derecho Perú Investigaciones Jurídicas. Lima – Perú.

HUGO VIZCARDO, Silfredo Jorge (2017). Lecciones de Derecho penal: Delitos Contra la Vida el Cuerpo y la Salud. Pro Derecho Perú Investigaciones Jurídicas. Lima – Perú.

HURTADO POZO, José (2005). Manual de Derecho Penal. Parte General. 3º Edición. Editorial Grijley. Lima - Perú.

JAKOBS, Günther (2003). Personalidad y exclusión en derecho penal. En Montealegre Linett (Coord.), *El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs*. Tomo I. UEC. Bogotá.

JESCHECK, Hans Heinrich (1981). Tratado de Derecho Penal: Parte General". T. I. Bosch Casa Editora S.A. Barcelona.

JIMÉNEZ HUERTAS, Mariano (1975). Derecho Penal Mexicano. Tomo II. Tercera Edición. Editorial Porrúa. México.

JIMÉNEZ CANO, Roberto M., MORESO MATEOS, José Juan, FERRER BELTRÁN, Jordi y otros (2008). *Una metateoría del positivismo jurídico*. Marcial Pons. España.

KELSEN, Hans (2003). *Introducción a la teoría pura del derecho*, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima, Tercera edición, 2003, p. 63.

LUHMANN, Niklas (1996). La Ciencia de la sociedad. UI, México D.F.

LUZON PEÑA, Diego Manuel (1996). Curso del Derecho Penal Parte General I. Editorial Universitas. Madrid - España.

MAIER, Julio B. J. (2000). Derecho procesal penal argentino. Vol. I. Editores del Puerto. Buenos Aires.

MALO CAMACHO, Gustavo (2005). Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México.

MAQUEDA ABREU, María Luisa (1992). Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo. J.M. Bosch Ediciones, Madrid - España.

MARTÍNEZ SANCHEZ, Mauricio (1990). La Abolición del Sistema Penal. Editorial Temis Bogotá-Colombia.

MAURACH, Reinhard (1962). Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Ediciones Ariel. Barcelona - España.

MARIN, Jorge L. (2008). Derecho Penal Parte Especial. 2° edición actualizada. Editorial Hammurabi. Buenos Aires – Argentina.

MARTINEZ – PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel y ROMA VALDES, Antonia (1999). Derecho Penal Parte General. J.M. Bosch Editor. Barcelona – España.

MAZEAUD, Henry, León y Jean (1976). Lecciones de Derecho Civil. Parte 1°. Volumen III. Editorial EJE. Buenos Aires.

MENDOZA AYMA, Francisco Celis (2012). Imputación concreta. Aproximación razonable a la verdad. En *Revista Oficial del Poder Judicial*. Año 4-5, N° 6 y 7, 2010-2011.

MEZGER, Tratado de Derecho Penal, 1955.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (2005). *El juez de garantías vs. el juez de instrucción en el sistema procesal penal acusatorio*. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N°17, Lima.

MIR PUIG, Santiago (1976). Introducción a la Bases del Derecho Penal. Concepto y Método. Editorial Bosch Casa Editora S.A. Barcelona.

MIR PUIG, Santiago (1982). Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona.

MIR PUIG, Santiago (1994). El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Editorial Ariel. Barcelona - España.

MIR PUIG, Santiago (1996). Derecho Penal Parte General. 4º Edición. Edi. Reppertor S.A. Barcelona España.

MIXÁN MÁSS, Florencio (1992). Prueba indiciaria. Carga de la prueba. BLG, Trujillo.

MIXÁN MÁSS, Florencio (1993). Juicio Oral. Ediciones BLG, Trujillo.

MONTERO AROCA, J. (1999). Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano. 1º Edición. Edito. ENMARCE. Lima – Perú.

MUÑOZ CONDE, Francisco (1984). Teoría General del Delito. Editorial Temis. Bogotá-Colombia.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCIA ARAN, Mercedes (1996). Derecho Penal: Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís (2007). Introducción a la probática. Colección de Formación Continua Facultad de Derecho ESADE. Bosch, Barcelona – España.

NÚÑEZ OJEDA, Raúl Eduardo (2000). *La instrucción del Ministerio Público o Fiscal. Un estudio comparado entre la situación de Chile y España. Revista Doctrina y Jurisprudencia Penales N°01. Lima.*

ORÉ GUARDIA, Arsenio (2011). Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Reforma, Lima - Perú.

PASTOR, Daniel (2012). ¿Procesos penales solo para conocer la verdad?. La experiencia argentina. En Dino Carlos Caro Coria (Dir.) *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa (ADPE)*, N° 2, Lima.

PASUKANIS, Eugeny B. (1976). Teoría General del Derecho y el Marxismo. Editorial la Pulga. Medellín.

PAVON VASCONCELOS, Francisco (1996). Los delitos de peligro para la vida y la integridad corporal. Editorial Porrúa, México.

PECES-BARBA, Gregorio (1980). *Derechos fundamentales*. Editorial Latina Universitaria. Madrid España.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid - España.

PEÑA CABRERA, Raúl (1992). Tratado de Derecho Penal Parte Especial. T 1. Ediciones Jurídicas Lima – Perú.

PEÑA CABRERA, Raúl. (1994) .Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General. Editora Jurídica Grijley. 5ta Edición 1994. Lima - Perú.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl (2009). Exégesis Nuevo Código Procesal Penal. Tomo II. Editorial Rodhas. Lima – Perú.

PÉREZ, Álex (2002). La defensa en el nuevo proceso penal. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 29, N° 2, Sección Estudios, Santiago – Chile.

PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (1995). Derecho Penal Español. Editorial Tirant Lo Blanch. Madrid - España.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (2008). *Lecciones de filosofía del derecho*, Jurista Editores, Lima - Perú.

PEREZ PINZON, Alvaro Orlando (1988). Principios Fundamentales del Derecho Penal. En Debate Penal No 6. Ediciones Jurídicas. Colombia.

PEREZ PINZON, Alvaro Orlando (2005). Introducción al Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Sexta Edición. Colombia.

POLAINO NAVARRETE, Miguel (1990). Derecho Penal, Parte General. Bosch Casa Editorial S.A. Barcelona.

POLAINO NAVARRETE, Miguel (2005). Instituciones de Derecho Penal; Parte General". Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima.

POLAINO ORTS, Miguel (2006). Derecho Penal del Enemigo. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Lima - Perú.

POLITOFF, Sergio (1965). Los Elementos Subjetivos del Tipo Legal. Editorial Jurídica de Chile. Santiago.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. (1993). Comentarios al Código Penal de 1991. Editorial Alternativas. Lima - Perú.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. (1999). Derecho penal, jueces y jurisprudencia. Palestra Editores. Lima.

QUERALT JIMENEZ, Joan J. (1996). Derecho Penal Español: Parte Especial. Tercera Edición. Jose Maria Bosh Editor. Barcelona.

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. (2007). Derecho Penal Español. Parte Especial. Delitos Contra los Intereses Individuales y Colectivos. José María Bosch Editor S.L. Barcelona – España.

QUIROZ SALAZAR, Willian (1998). La investigación jurídica. Imsergraf E.I.R.L.
Lima – Perú.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2004). Alcances del principio de imputación necesaria en el Código procesal penal de 2004. En Gaceta Penal & Procesal Penal N°28. Gaceta Jurídica. Lima.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James (2011). Hábeas Corpus y sistema penal. Especial mención al principio de imputación necesaria en el proceso penal. IDEMSA, Lima.

REYES ALVARADO, Yesid (1996). Imputación objetiva. Editorial Themis. Bogotá - Colombia.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María y SERRANO GÓMEZ, Alfonso (1994). Delitos de lesión y delitos de peligro. En Derecho penal español, Editorial DYKINSON. Madrid - España.

RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, Teresa (2004). Delitos de peligro, dolo e imprudencia. Editorial Hammurabi. Buenos Aires – Argentina.

ROIG TORRES, Margarita (2000). La reparación del daño causado por el delito. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia - España.

ROJAS VARGAS, Fidel (2002). Jurisprudencia Penal. Tomo I. Editorial IDEMSA. Lima – Perú.

ROSAS YATACO, Jorge (2009). Manual de Derecho Procesal Penal; con aplicación al nuevo proceso penal. Jurista Editores. Primera Edición. Lima – Perú.

ROXIN, Claus (1997). Derecho Penal Parte General T. I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”. Editorial Civitas S.A. Madrid.

ROXIN, Claus (2000). Derecho Procesal Penal. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires – Argentina.

ROY FREYRE, Luis E. (1974). Derecho Penal Peruano. Lima – Perú. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Tomo I.

ROY FREYRE, Luis. (1986). Derecho Penal. Tomo I. Parte Especial. Editorial y Distribuidora de Libros S. A. Lima Perú.

SAN MARTÍN CASTRO, César (2003). Derecho Procesal Penal. Vol. I. Editorial Grijley. Lima.

SAN MARTÍN CASTRO, César (2015). Derecho Procesal Penal Lecciones. CENALES Centro de Altos Estudios en Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales Fondo Editorial. 1º Edición. Lima – Perú.

SÁNCHEZ VELARDE, Pablo (2006). Manual de Derecho Procesal Penal. IDEMSA Importadora y Distribuidora. Lima – Perú.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier (2012). Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal. Marcial Pons. Madrid.

SALINAS SICHA, Ramiro (2008). Derecho Penal Parte Especial. 3º Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima – Perú.

SCHONE, Wolfgang (1992). Acerca del Orden Jurídico Penal. Editorial Juricentro, San José de Costa Rica.

SANCINETTI, Marcelo A. (2013). Testigo único y principio de la duda. En *In Dret* Revista para el análisis del derecho. Barcelona.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2000). Estudios de Derecho Penal. Editora y Distribuidora Jurídica Grijley. Lima - Perú.

SILVA SANTISTEBAN, Fernando (1998). Antropología, conceptos y nociones generales. 4ta Edición. Universidad de Lima – Fondo de Cultura Económica. Lima.

SOLIS ESPINOZA, Alejandro (2001). Metodología de la investigación jurídico social. Editores B y B. Lima – Perú.

TABOADA PILCO, Giammpol (2019). Delito de Omisión a la Asistencia Familiar y Proceso Inmediato. Editorial Legis.

TARUFFO, Michele (2010). Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos. Marcial Pons. Madrid.

TERRAGNI, Marco Antonio (2012). Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Parte Especial I. Editorial la Ley. Buenos Aires – Argentina.

TEUBNER, Gunther (2005). El Derecho como sistema autopoiético de la sociedad global. En Gómez-Jara Díez (ed.). *Teoría de sistemas y sistema jurídico*. ARA EDITORES. Lima.

UGAZ ZEGARRA, Fernando (2012). Las convenciones probatorias y los hechos en el proceso penal: hechos secundarios como objeto de las convenciones probatorias”. *Anuario 2012*. En Alerta Informativa. Lima.

URQUIZO OLAECHEA, José (2000). El Principio de Legalidad. Gráfica Horizonte S.A. Lima Perú.

VÉLEZ MARICONDE, A. (1986). Derecho Procesal Penal. Tomo I. 3° Edición. Marcos Lerner Editora. Córdoba.

VILLA STEIN, Javier (1998). Derecho Penal Parte Especial I-B: Delitos contra el honor, la familia y la libertad. Editorial San Marcos. Lima – Perú.

VILLA STEIN, Javier (1998). Derecho Penal: Parte General. Editorial San Marcos, Lima Perú.

VILLA STEIN, Javier (1998 a). Derecho Penal: Parte Especial. Editorial San Marcos, Lima Perú. T. I-B.

VILLA STEIN, Javier (2014). Derecho Penal: Parte General. Ara Editores. Lima – Perú.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (1990). Lecciones de Derecho Penal Parte General. Cultural Cuzco S.A. Editores. Lima-Perú.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2006). Derecho Penal Parte General. Editorial Grijley. Lima Perú.

1998

WELZEL, Hans (1964). El nuevo sistema del derecho penal. Ediciones Ariel. Barcelona - España.

WELSEL, Hans (1970). Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1983). Tratado de Derecho Penal. Parte General. T. V. Ediar. Buenos Aires.

ZELAYARAN DURAND, Mauro (2002). Metodología de investigación jurídica. Ediciones Jurídicas. Lima – Perú.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (1993). Fundamentos de Derecho Penal: Parte General. Las teorías de la pena y de la ley penal. Tirant lo Blanch. Valencia.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (Director); PEREZ ALONSO, Esteban J. (2004). Derecho Penal Parte General. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia-España.