

FUNDAMENTOS DEL DESCARGO DE LA IMPUTACIÓN Y LINEAMIENTOS PARA UNA REFORMA DE DERECHO PENAL EN EL MARCO DE UN ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Roger Yon Ruesta¹

Este artículo se hace en memoria de Felipe Villavicencio, quien, en su calidad de maestro de Derecho Penal, siempre expresó su preocupación por la construcción de un Derecho penal peruano y que éste estuviera en consonancia con la realidad nacional. En las múltiples conferencias en las que participó y en sus recordados textos, reclamó de una manera alturada pero directa que las instituciones que se discuten o implementan en Europa, en especial España y Alemania, no sean ajenas al ámbito nacional, pero siempre exigiendo que estas sean útiles de cara a la justicia nacional. Mucho recuerdo que en sus conferencias de los años 80 y 90 convocaba al asombro del público oyente al señalar cómo había peruanos que aprendían el idioma español recién con su ingreso en las cárceles de Lima. Ello, como consecuencia de una migración masiva en un país evidentemente centralista.

1. Algunos Aspectos de la Escena Nacional

1.1 Poco Aprecio por la Verdad o por Procurarse de una Razonable Información de un Sector Importante de la Ciudadanía

Varios años atrás, un alumno, en uno de los pasadizos próximos a las aulas de la Facultad de Derecho de PUCP, me dio el encuentro y me preguntó si el ordenamiento jurídico penal peruano reprimía la discriminación; cuando le respondí que no, él abrió los ojos con expresión de asombro y se retiró presurosamente sin indagar el porqué de mi respuesta. Entendí que un alumno universitario y ex alumno de uno de mis cursos tenía pretensiones mucho más profundas y ambiciosas que la simple remisión al artículo 323 del Código Penal, pues para ello le hubiera bastado simplemente con abrir el Código Penal y encontrar el referido artículo. Lo que yo entendí, es que su pregunta se refería a un aspecto más trascendente; me permito explicarme aludiendo a algunos casos. En una reciente encuesta realizada a solicitud del Ministerio de Justicia, el 45% de encuestados opinó que “las personas se vuelven homosexuales por traumas en su infancia o malas experiencias” y un 19% sostuvo que “la homosexualidad es una enfermedad” (Pereyra, 2020); ello pese a que la OMS, hace varias décadas atrás ya, concluyó que no es el caso. En otro aspecto, un gran sector de la población, por toda explicación a la crisis política que llevó al cambio de gobierno y a que asumiera el poder el señor Vizcarra Cornejo, se refugió en información que circulaba en las

¹ Magíster en Investigación Jurídica, por la PUCP, abogado PUCP, socio fundador de Yon Ruesta, Sánchez Málaga & Bassino Abogados

redes sociales referida a que todo esto era producto de la “invasión venezolana” y de la ejecución de un plan, diseñado por los comunistas del foro de Sao Pablo, para que los peruanos viviéramos en crisis, con instituciones resquebrajadas, todo esto a fin de procurarse un eventual y desconocido rédito político.

Es decir, nos falta cultura por conocer lo que trasciende a lo aparente. También puede notarse cierta resignación por no informarse mejor para contar con una opinión fundamentada y, por lo menos, cercana a la realidad. Los actos de discriminación, en el Perú, a pesar de que están tipificados como delito, se dan con bastante frecuencia. Los ejemplos de cómo se percibe la homosexualidad y el trato a los migrantes dan cuenta de ello.

1.2 Un Poder Legislativo de Espaldas a la Realidad

De otro lado, apreciamos como el nuevo Congreso, instalado para completar el periodo del anterior, a través de la sub comisión de acusaciones constitucionales ha reabierto la investigación contra cuatro miembros del Tribunal Constitucional por la decisión de judicializar las investigaciones de las muertes en El Frontón, a pesar de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en tres ocasiones que se trata de actos propios de investigación que le corresponden al Tribunal Constitucional. Se afirmó en aquel momento que la mayoría del Tribunal Constitucional había votado porque la discusión respecto a si estos hechos configuraban un crimen de lesa humanidad debía ser resuelta en sede judicial. Se evidenció un claro entorpecimiento por parte del Congreso en la labor del Tribunal Constitucional sin descartarse la pretensión política de controlar y/o manejar la labor que realiza este tribunal.

También hemos presenciado con estupor cómo los legisladores se han mostrado renuentes a aceptar el filtro que prohíbe la postulación de personas sobre las que pesa una sentencia penal condenatoria en primera instancia. Así también, es de rechazo la reciente propuesta legislativa de reforma constitucional, como respuesta a la propuesta del ejecutivo para que se les retire prerrogativas a los congresistas, de que estas prerrogativas también sean retiradas al Presidente de la República, Ministros y Defensor del Pueblo. En cuanto a los magistrados del Tribunal Constitucional, se ha aprobado también sin discusión previa la propuesta en minoría (sin discutir la propuesta en mayoría) para restringir las prerrogativas y ámbito de actuación, generando con ello, un indebido e injustificado desequilibrio de poderes.

1.3 Operadores de Justicia: Unas de Cal y Otras de Arena

En el plano judicial, un grupo de fiscales ha asumido la seria tarea de luchar contra la criminalidad organizada y, en general, actos de corrupción. Esta loable labor, pese a una gran oposición política y cuestionamientos de un sector al interior del propio Ministerio Público, dio a conocer que ex presidentes de la República, grandes empresarios y connotadas empresas, habían lucrado con el patrimonio del Estado, festinando contratos que habían sido arreglados con anterioridad. Por supuesto, esta labor de los operadores de justicia no ha sido ajena al error respec-

to del alcance de alguna de sus denuncias y es de esperarse que, la corrección de dichos errores, emerja del propio Ministerio Público. Esto legitimará, aún más, su labor de lucha contra la impunidad y búsqueda de la verdad.

Opuesta a lucha contra la impunidad es la existencia de la agrupación criminal, integrada por operadores de justicia, que vendía resoluciones judiciales al mejor postor; se afirma que estaría liderada por el ex vocal supremo Cesar Hinostroza e integrada por otros vocales, fiscales y miembros de la fiscalía y del poder judicial de las más altas esferas. La prensa la ha denominado “Los Cuellos Blancos del Puerto”.

1.4 Defensas Técnicas encubiertas y Medios de Comunicación

Otro aspecto que ha llamado nuestra atención es un sector de letrados muy afín al periodismo y a las entrevistas. Como señala Antonio Cuerda, esto responde a razones de publicitarse para, tras la fama, obtener nuevos casos o exponer una línea de defensa en determinado litigio (2001, pág. 200). Aunque afirman no defender o no conocer a las partes, pretenden que la ciudadanía, que conoce del caso por los medios de comunicación, presione en determinado sentido a los magistrados encargados del juzgamiento y de emitir la posterior resolución. Este accionar responde a la avidez de un sector del periodismo, no de informar a la ciudadanía para que ésta se forme una opinión, sino para alimentar el ya existente interés del público en casos judiciales, dando a conocer cierto aspecto del caso, pero en versión alarmista y violenta, coadyuvando todo ello al incremento de la inseguridad ciudadana. Basta con prender el televisor por las mañanas para que los noticieros nos inunden de casos de violaciones, muertes, secuestros, maltratos o violencia doméstica, etc. Esto es rating, esto es venta de publicidad, esto es puro negocio. Lo que aquí se afirma es que los estándares delincuenciales no se dan en la proporción en que cierto sector de los medios de comunicación informa. Mir Puig señala que los avances tecnológicos incluyen también los medios de comunicación clásicos; estos medios de comunicación, señala, amplifican la dimensión de las desgracias y de los delitos, y al informarlas respecto a su producción en el mundo producen en el destinatario la sensación de que ocurren mucho más que antes cuando la información estaba limitada al ámbito amical o familiar (Mir Puig & Corcoy, 2010, pág. 10)..

Sería injusto, pese a lo dicho, no reconocer que otro sector del periodismo, en especial el de investigación, viene secundando la indagación de la verdad de lo acontecido con empresas públicas cuyos funcionarios, en los que aparecen un número significativo de políticos, transigieron a coimas y dádivas procedentes del sector empresarial privado con ocasión de la licitación o contratación de determinada obra pública.

1.5 Producción Legislativa: Sobrecriminalización y Cualificación de los Tipos

Frente a este panorama, la legislación penal se ha visto engrosada por nuevas formas de criminalidad debido a avances tecnológicos, científicos y en materia ambiental. Así, tenemos los delitos informáticos, ingeniería genética y nuevas for-

mulaciones típicas protectoras del ambiente. La industria nuclear y atómica es casi inexistente en el Perú, por lo que crear dispositivos penales para este sector sólo encontraría explicación en un Derecho penal simbólico.

También hemos presenciado cómo conductas que antes se encontraban reguladas en sede administrativa, hoy conforman un respetable sector de la parte especial del Código Penal². A ello, hay que sumarle que un gran número de delitos ha visto incrementado su quantum de la pena como única medida de política criminal para hacer frente tanto a los viejos ilícitos (robo, secuestro, etc.), como a los nuevos en donde destacan el lavado de activos y la criminalidad organizada.

Hirsch señala que “para los órganos políticos la legislación penal es la vía más rápida y económica para demostrar que algo se hace por la población” (2004, pág. 33). Esto bien podría ser calificado por Carbonell como una “posición estética y demagógica de utilización abusiva del Derecho penal al servicio de la apariencia de una política eficaz ‘cara a la galería’” (2017, pág. 137). El legislador peruano ha abierto la posibilidad para que, en delitos cualificados por el resultado, se imponga la pena de cadena perpetua en diversos dispositivos de la parte especial (Implementada por el artículo 21 del decreto ley 25475 del 06 de mayo 1992). Esta pena indeterminada de la privación de la libertad, desde nuestro punto de vista, colisiona con el mandato constitucional establecido en el art. 139, numeral 22 respecto a que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (Constitución Política del Perú, 31 de diciembre de 1993). Felipe Villavicencio levantó la voz para señalar el carácter inconstitucional de la modificatoria cuando, al año siguiente de haberse promulgado el código sustantivo, se modificó el art. 29 del Código Penal para instaurar la cadena perpetua (2001, pág. 159). Carbonell ha calificado a esta pena privativa de la libertad indeterminada como pena injusta contraria a los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, culpabilidad, humanidad de las penas, responsabilidad por el hecho, orientación a la readaptación social de las penas privativas de libertad y opuesta al estado de derecho fundado en la libertad (2017, pág. 270).

Lo curioso es que, pese a que el legislador peruano recurre reiteradamente a su uso, los delitos cualificados por el resultado no se encuentran previstos en la parte general del Código Penal. Inicialmente se pensó que con la incorporación

2 García Aran destaca la Panpenalización, cuando se pretende extender “el derecho penal a comportamientos de mínimo reproche social o cuando resulta de mayor eficacia otro tipo de respuesta. Concluye señalando que la Constitución ha permitido dotar de un catálogo de derechos fundamentales y esto ha conllevado a la consolidación de una cultura jurídica, aunque en algunos casos, no ha sido entendido por la opinión pública. Agrega que aun cuando el principio de reeducación y reinserción social conlleva problemas de deslegitimación teórica, desde la constitución exige un discurso “humanizador de las penas” que contiene ideas de intimidación o de retribución”. Finaliza señalando que estamos presenciando la expansión del derecho penal con respecto del derecho administrativo y del derecho privado, y que es necesario levantar fronteras y límites de la intervención penal para que otorgue seguridad a los ciudadanos al momento de ser aplicado al ciudadano respecto a “cuando y bajo qué circunstancias le va a ser aplicado” (2001, págs. 292, 296 y 297).

de los concursos real e ideal (sancionando con la pena del delito más grave) y del delito continuado, la presencia de delitos cualificados por el resultado respondía tan solo a una desincronización en la redacción entre la parte general y la parte especial del código sustantivo. Esta “desincronización” fue aclarada drásticamente con el recurso frecuente del legislador a esta figura. Algunas modificaciones legislativas dan cuenta de ello: secuestro (art. 152, numerales 1 y 10, así como el numeral 3 de la parte final); circunstancias agravantes en la promoción de la explotación de menores (art. 181- A , numerales 1 y 2, parte final); robo (art. 189, párrafo in fine); extorsión (art. 200 literal c, parte final); comercialización y tenencia de armas y municiones (art. 279- A, párrafo in fine); tráfico migratorio (art. 303-B, numerales 1 y 2, parte final), formas agravadas en los delitos contra los recursos naturales (art. 310-C numeral 2, parte final).

No contento con la sobre cualificación de penas, el legislador ha modificado también las reglas de la determinación de la pena aplicables en caso de concursos, lo que permite la acumulación de penas (hasta el doble del delito más grave, con un máximo de 35 años en el caso de concurso real y aumentando hasta con un cuarto de pena por encima del máximo legal en el caso de concurso ideal) y abre la discusión a si es la culpabilidad el límite legítimo de la pena en su aspecto proporcional. Por si ello fuera poco, mediante la creación de los artículos 46B y 46C, el legislador ha reinstaurado la reincidencia y habitualidad como fórmulas para agravar las penas de los subsiguientes delitos que se cometan (Código Penal [CP], 1991), y mediante el artículo 50A, ante la pluralidad de faltas cometidas contra varias personas pero bajo un mismo precepto legal o uno de semejante naturaleza, quien las cometa será imputado como autor del delito homólogo a las faltas cometidas, imponiéndose pena privativa de la libertad (CP, 1991).

A este panorama se suma el hecho de que existen nuevos encargos para el Derecho penal en lo que se refiere a nuevos tipos necesarios pero que no contienen referencia a bienes jurídicos (Kuhlen, 2012, págs. 226 - 231). Así lo destaca Kuhlen en tres tipos de delitos. Los de aptitud, que tienen una estructura similar a los de peligro abstracto, pero, a diferencia de estos, se exige que el juzgador compruebe la peligrosidad de la conducta. Los de acumulación, en los que la conducta ni siquiera de modo abstracto es peligrosa pero en su continuidad o repetición puede alcanzarse un peligro; entendemos que por esta razón Silva Sánchez les atribuye una valoración negativa, porque atentaría contra los principios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas (Gómez, 2010, pág. 96). Por último, los delitos de preparación, en estos ni siquiera cuando se repiten en gran número lesiona un bien jurídico. A este respecto, y de cara al principio de fragmentariedad, es necesario revisar tipos penales que abiertamente no responden a protección de bien jurídico alguno, también llamados delitos de conducta cuyo objeto es proteger necesidades colectivas elementales o sentimientos. Dentro de estos podríamos consignar la perturbación del cortejo fúnebre, (CP, 1991, art. 318) o tabúes como el abandono del servicio a cargo del piloto o encargado de la conducción del transporte (CP, 1991, art. 284), así como la alteración del paisaje urbano o rural (CP, 1991, art. 313).

1.6 Lineamientos Para una Reforma Penal en un Estado Constitucional

Lo hasta aquí consignado lleva a preguntarse por la capacidad de respuesta del Derecho penal en un escenario tan caótico como el expuesto. Una respuesta relativa a mantener la confianza, pese a las condiciones de precariedad expuestas no pueden asentarse sólo en la ilusión de que las cosas cambiaran algún día: ¡Ese día nunca llegará! Se tiene que implementar una reforma penal partiendo de un profundo estudio sociológico para que la prueba empírica indique en qué situación estamos (Prittwitz, 2004, págs. 167 - 168). Si el postulado guía es un Estado Social y Democrático de Derecho, entonces debemos inocular al Derecho penal de un Derecho constitucional. A partir de dicho objetivo, se puede discutir si los bienes jurídicos son el objeto jurídico de protección del derecho penal o, tal vez, en su lugar, lo son los derechos fundamentales, que gozan de mayor legitimidad y coherencia. Carpio Briz menciona la necesidad de remodelar los tradicionales instrumentos que limitan el *ius puniendi*, haciendo expresa referencia al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, proponiendo en su lugar la protección de los Derechos Humanos (2007, pág. 37). También sería la oportunidad para discutir si son de recibo las teorías preventivo-generales de tipo comunicativo, según lo expone Feijoo, asentada en las reales necesidades de estabilidades contra fácticas de la norma y diseñar cómo incide en la pena para detener los indeseables efectos desestabilizadores del delito (Feijoo, 2007, págs. 316 - 317).

El primer paso de aproximación, según lo veo, debe ser hacia la Constitución que, en palabras de Carbonell, “tiene como función primordial establecer los límites a la actuación de los poderes públicos, pero estos límites se establecen justamente desde la proclamación de la dignidad como “continente” de los derechos fundamentales, y estos configuran el sistema de valores” (2007, pág. 279).

Esta aproximación a la Constitución guarda sentido ab initio en la coherencia estructural entre los principios constitucionales esenciales del *ius puniendi* estatal y el modelo de Derecho penal de Estado constitucional. Según Demetrio, no se trata de la postergación de la víctima para favorecer al delincuente, sino de determinar razonablemente el conflicto existente entre la libertad del individuo y su limitación efectuada por el Estado. Ello con la finalidad de proteger a la generalidad. De esto se desprende que el derecho debe proteger un determinado sistema social teniendo al individuo como referencia y no en sentido inverso porque ello da pie a indeseables totalitarismos (Demetrio, 2007, págs. 59 - 61).

Nos parece coherente y lleno de legitimidad un sistema jurídico asentado en la defensa de los derechos fundamentales. Como lo anota Landa, estos tienen doble carácter constitucional, en tanto derecho subjetivo de la persona y como fundamento valorativo del orden constitucional. El carácter objetivo de los derechos fundamentales exige la actuación positiva del Estado de cara a la protección y desarrollo de la libertad. En esa línea, se circunscribe los límites al quehacer del legislador, comprometiendo su actuación en estos términos. Agrega que los derechos encuentran su núcleo y límites en la relación con otros derechos fundamentales (Landa, 2010, pág. 29). En los años noventa, ya advertía este profesor sobre la necesidad de profundizar en un Estado democrático y social de Derecho, lo que

significa que los Tribunales constitucionales tienen en los derechos fundamentales su origen, fundamento y límites. Esto genera un enfrentamiento directo con el poder gubernamental que, en caso no se cuente con un sistema de protección nacional e internacional para racionalizar el conflicto, impondrá el poder y no el Derecho.

Por su parte, Bernales señaló que la lucha contra la impunidad es tarea fundamental para un Estado de Derecho pues esta desconoce el principio de igualdad ante la ley ya que, al actuar contra el derecho, convierte a algunos en privilegiados, sugiriendo que la justicia no les va a alcanzar a pesar de las evidencias que los señalen como responsables; por lo tanto, la impunidad será un estímulo para nuevas violaciones de los derechos humanos (Bernales, 1998, pág. 161).

De esto se desprende que el Derecho constitucional debe impregnar al Derecho penal. En esa línea, apuntan los trabajos de Wolter, quien por ejemplo señala la existencia de causas jurídico-constitucionales de exclusión de la pena independiente del injusto y la culpabilidad (Wolter, 1997). Presenta el ejemplo de un agente provocador que determina una actuación ilícita en el delincuente, Wolter señala que el fundamento de exención de pena se encuentra en la inconstitucionalidad de la provocación estatal; es decir que la posibilidad y necesidad estatal de punición también se halla en necesidades político criminales y preventivas, y que son independientes del injusto y la culpabilidad (Wolter, 1997, págs. 108 - 109). Así lo hemos resaltado en un anterior trabajo (Yon, 2006).

En la línea de lo expuesto, también es de preguntarse si el Derecho penal puede encargarse de asumir tipos penales con nuevos riesgos, y si puede obtener una capacidad de respuesta efectiva frente a un gran porcentaje de los tipos que antes se encontraban en el ordenamiento administrativo y hoy se encuentren tipificados como ilícitos penales. La línea de respuesta a estas preguntas, a nuestro parecer, se encontraría en el tratamiento o la óptica desde donde se enfoque la tensión que existe entre seguridad y libertad. La profesora Corcoy³ se ha opuesto a que otra

3 Son tres los ejes que fundamentan la posición de Corcoy. El primero referido a la asunción de conductas del derecho administrativo y mercantil en tanto el derecho penal es más eficaz cuando señala "no se acaba de comprender porque estas conductas pueden controlarse más eficazmente a través del derecho administrativo y mercantil, cuando en la aplicación de estas áreas jurídicas se utilizan conceptos eminentemente formales, mientras que el derecho penal actúa a través de conceptos y criterios materiales. Interpretación material que posibilita desenmascarar situaciones en las que las formalidades del derecho mercantil o administrativo se han utilizado para delinquir" (Mir Puig & Corcoy, 2010, pág. 38). En segundo lugar, la mayor eficacia punitiva se encuentra en sede penal, así "cuando desde una perspectiva criminológica y político-criminal, es precisamente en estos casos que la única sanción que tiene eficacia preventiva es la privación de libertad o, en todo caso, que la sanción carente de eficacia preventiva es la multa, que es la que proponen" (Mir Puig & Corcoy, 2010, pág. 39). En tercer lugar, una reformulación de los bienes jurídicos, cuando dice "proponemos aquí una tercera vía" sin que ello obedezca a una concepción del Derecho Penal puramente funcionalista, recomendando ir más allá de la protección de bienes jurídicos anclada en el pensamiento antropocéntrico, protegiendo bienes jurídico-penalmente "normas de conducta referidas al futuro" sin "retro-referencia a intereses individuales" (Mir Puig & Corcoy, 2010, pág. 40). La nueva dogmática penal debe ir en esta dirección y sin olvidar los principios garantistas, servir a los intereses predominantes de la sociedad.

área del ordenamiento jurídico, que no sea la penal, se encargue de estos temas sintetizando que “no hay libertad sin seguridad” y que la libertad que se debe preservar es la de la víctima (2010). Se entiende que el desarrollo personal como expresión de autonomía requiere de seguridad; esto significa, que la esfera de individualidad no será invadida por otro. En cuanto a la libertad, o libre desarrollo de la personalidad, constituye “uno de los principios esenciales del bienestar del individuo” (Mir Puig & Corcoy, 2010), corresponde, como obligación, a que el Estado garantice la protección de la libertad. Es precisamente el Derecho penal el que tiene la tarea, como medio de control social, de proteger a la sociedad mediante la evitación de delitos; esto es, “la afectación o puesta en peligro de intereses relevantes para el propio individuo o las instituciones que permiten el libre desarrollo de la personalidad de este” (Mir Puig & Corcoy, 2010). En ese sentido, la libertad individual es el límite del *ius puniendi* y el sustento de la intervención penal. En razón de lo expuesto, parece aconsejable que en el Perú se adopte esta propuesta en el sentido de un Derecho penal más amplio, pero con todas las garantías constitucionales. Es de recibo, entonces, la postura relativa a que las conductas seleccionadas por el legislador deben responder a estos principios rectores de seguridad y libertad individual.

1.7 Descargo de la Imputación

Otro de los puntos importantes en una eventual reforma penal versa, entre otros temas, con la temática del descargo de la imputación. Y es que en nuestro país la fase de incriminación se agudiza aún más con una supuesta obligación de corte empírico, a cargo de algunos operadores del Ministerio Público, asentada en la falsa creencia de que se tiene que iniciar una investigación para toda denuncia que se formule, sea que esta cuente con fundamento o no. Ello incrementa la carga procesal y destina un uso innecesario de personal de la fiscalía que debiera enfocarse en la investigación de casos razonablemente sustentados y que guarden relación con una mínima intervención del derecho penal. En ese sentido, la resolución de admisión a trámite de la denuncia se da con demasiada e innecesaria frecuencia.

Al legislador le ha merecido que las causas del descargo de la imputación se encuentren reguladas en el artículo 20 del Código Penal, junto con condiciones psicosomáticas que impiden al autor de un hecho antijurídico determinarse conforme a ella (1991, artículo 20.1), condición normativa de la mayoría de edad (20.2), ignorándose por qué ha consignado solo una de las tres causas de ausencia de acción (fuerza física irresistible) y las causas de exculpación, como el estado de necesidad exculpante (20.5) y miedo insuperable (20.7). También, ha mezclado otras causas que a nuestro entender son causas de atipicidad como el consentimiento (20.10) en su manifestación de “acuerdo”, cumplimiento de un deber y obrar por disposición de la ley (estos dos últimos en el 20.8). La ley 30151 del 13 de enero de 2014 consignó en el numeral 20.11 un acápite especial, a nuestro entender innecesario, para la exención de responsabilidad por el cumplimiento de un deber de los miembros de las fuerzas armadas y de la Policía Nacional del

Perú. También señaló, sin explicación alguna, que todos estos dispositivos antes mencionados y las causas de justificación eximían de responsabilidad penal (Ley 30151, 13 de enero 2014). Es decir, que todas ellas tenían la misma consecuencia jurídica, con lo cual agudizó aún más la confusión.

Ya en lo que se refiera a estrictas causas de descargo de la imputación, ha mencionado cinco: la legítima defensa (20.3), el estado de necesidad justificante (20.4), el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (20.8), el ya mencionado consentimiento (20.10) y obediencia debida (20.9). A esta altura, es de mencionarse que diera la impresión de que para el legislador solo son de recibo estos números clausus de causas de justificación, cuando la doctrina enseña que las causas de justificación son abiertas a otros sectores del ordenamiento jurídico. Más aún cuando se habla de nuevos riesgos generados por los avances tecnológicos, biológicos, informáticos, entre otros, y de una sobre carga por la administrativización del Derecho penal (en los que se utiliza como elementos recurrentes la técnica de los delitos de peligro abstracto y las remisiones interpretativas o leyes penales en blanco).

Según Otto, hay que probarle al autor que su conducta fue antijurídica. Señala que

El concepto de antijuridicidad no se constituye por el hecho de que no se den causas de justificación... siendo que la ausencia de causas de justificación no es un presupuesto de la antijuridicidad, sino una consecuencia lógica de haber constatado positivamente la antijuridicidad. (2007, pág. 173)

Agrega, que, si elementos valorativos han sido colocados en el ámbito del juicio de antijuridicidad, entonces la conducta carecerá de configuración típica. Así, por ejemplo, “el consentimiento de la víctima en una imputación de violación que excluye la tipicidad, mientras que el consentimiento en operaciones estéticas solo excluye la antijuridicidad de las lesiones físicas” (Otto, 2007, pág. 174). Es decir, actúa como causa de justificación. Las causas de justificación deben distinguirse de las causas específicas de exclusión del injusto penal, toda vez que estas últimas no se oponen al reproche del injusto, pero si lo reducen tanto que el injusto restante ya no alcanza para fundamentar la punibilidad de la conducta. Siguiendo a Günther, Otto señala que deben considerarse como causas de exclusión del injusto la salvaguarda de intereses justos, el derecho de corrección, el consentimiento y el consentimiento presunto, entre otras. Según este autor, para la constatación de los presupuestos justificantes, opera el baremo desde una observación ex ante de un ciudadano racional medio y en la medida en que la norma permisiva igualmente a la norma de prohibición, sean consideradas exclusivamente como normas de conducta que solo afectan el desvalor de acción; si por el contrario, la norma de conducta también abarca la decisión valorativa y si a la consumación del delito se le reconoce un desvalor de resultado junto al de la acción, entonces los presupuestos de la causa de justificación tienen que darse objetivamente. Afirma que “el hecho de que el autor solo crea que están dados, no alcanza para justificar la acción” (Otto, 2007, pág. 175).

Por su parte, Jakobs define a las causas de justificación como “motivos jurídicos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido” (1997, pág. 419). Señala que el comportamiento justificado en sí es anómalo, pero socialmente aceptado y soportable por el contexto. Enseña, este profesor, que el sustento de las causas de justificación puede estar en las teorías monistas que destacan el fin justo de su realización, o la ponderación de valores cuando se da un conflicto de estos, o el valor prevalente de un bien en la situación concreta, o la regulación socialmente conveniente de los intereses y contra intereses. En cambio, en las teorías pluralistas, posición que él comparte, existe una combinación entre el principio de ausencia de interés y el principio de interés preponderante o el principio del derecho preponderante como el de ausencia de injusto. Este autor agrupa en tres las causas de justificación: las primeras bajo el principio de la responsabilidad o principio de ocasionamiento, en las que la víctima de la intervención tiene que responder por la consecuencia de su comportamiento de organización. En este grupo se situarían la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo. El segundo grupo está referido al principio de definición de intereses de la propia víctima de la intervención. En este se encontrarían el consentimiento justificante y la autorización oficial justificante, estado de necesidad sobre bienes de la persona amenazada y el consentimiento presunto. En el tercer grupo se encuentran las causas de justificación que se fundamentan en el principio de solidaridad. Así, estarían incluidas en este grupo las causas de justificación del ejercicio legítimo de un cargo y el estado de necesidad agresivo. En cuanto a la unidad del ordenamiento jurídico, Jakobs utiliza como ejemplo el ejercicio de cargo que se encontraría en el derecho escrito o no escrito en la regulación del derecho privado y público, de tal forma que la aplicabilidad de todas las causas de justificación se daría por el concepto unitario de antijuridicidad. El autor advierte que hay

una unidad de ordenamiento jurídico en los principios de valoración o ha de elaborarse allí mediante interpretación, pero no en todas las ramas jurídicas se valora siempre el mismo contexto. Así pues, por lo que se refiere al objetivo de valoración, la unidad no puede afirmarse ni descartarse. (Jakobs, 1997, pág. 420)

Sin embargo, precisa que, si en otro ordenamiento diferente al penal se encuentra una causa de justificación que identifique exactamente el conflicto entre le objeto y el contexto que ha de decidirse en sede penal, esta justificación también tiene validez para esta área (Jakobs, 1997, págs. 420 - 427).

Por su lado, Roxin señala que en el injusto se reúnen las categorías de acción, tipicidad y antijuridicidad. Destaca que las causas de justificación en la mayoría de los casos excluyen la antijuridicidad en todo el ámbito del ordenamiento jurídico. Considera que el injusto solamente es graduable si se toma en cuenta su lado material; esto es, “la dañosidad social lesiva de bienes jurídicos” (Roxin, 1997, pág. 572), en tanto que la antijuridicidad formal consiste en la acción que constituye contravenir una prohibición o mandato legal. Señala que con la aplicación de una legítima defensa hay una afirmación del derecho frente al injusto y, por lo tanto, la reprobación de la agresión. Critica a las teorías monistas porque recurren

a una idea rectora omnicompreensiva, que se queda necesariamente en lo abstracto y sin contenido. Siempre desde un enfoque pluralista, este profesor consigna que la legítima defensa encuentra explicación en el principio de protección y el principio de prevailecimiento del derecho, el estado de necesidad en el principio de protección y el principio de proporcionalidad, y el estado de necesidad agresivo en el principio de ponderación de bienes con el principio de autonomía. Afirma contundentemente que los cambios sociales no permiten establecer un *numerus clausus* de los principios reguladores ni una sistematización cerrada de las causas de justificación. (Roxin, 1997, pp. 572-575)

En el esquema tripartito de la teoría del delito de Jescheck sostiene que después de haberse comprobado la tipicidad de la acción debe discutirse la antijuridicidad. Señala que el ordenamiento está conformado por prohibiciones, pero también por autorizaciones que bajo determinados presupuestos las levantan. Al respecto, explica que la concurrencia de una causa de justificación hace que la norma prohibitiva deje de ser eficaz “como deber jurídico en el caso concreto” (Jescheck & Weigend, 2002, pág. 348). En resumen, el juicio de antijuridicidad se asienta en dos elementos: el examen de la tipicidad de la acción y la comprobación de la intervención de una causa de justificación. Destaca que el ordenamiento solo conoce un concepto unitario de antijuridicidad, y en ese sentido, las causas de justificación se derivan del conjunto del ordenamiento jurídico, constreñido en el principio de unidad del ordenamiento jurídico (Jescheck & Weigend, 2002, págs. 349 - 351). Esto es, una causa de justificación del derecho público o del civil, también es aplicable de modo inmediato al Derecho penal. Así como las causas de justificación penales justifican el hecho de otros sectores jurídicos. Jescheck postula que el legislador debería haber pensado en una amplia regulación de las causas de justificación, ello, de cara a la seguridad e igualdad jurídica (2002, págs. 351 - 352).

Martínez-Buján, siguiendo la concepción significativa de la acción propuesta por Vives Antón, señala que los supuestos de ausencia de acción: fuerza física irresistible, estados de inconciencia y movimientos de reflejos, son vistos como es aspecto negativo del tipo de acción (2011). En el caso de que este tipo de acción no cuente con todos los requisitos o elementos que la norma penal exige para que sea penalmente relevante, nos encontraríamos ante un delito putativo. También distingue la diferencia entre las causas de exclusión del tipo de acción frente a las causas de tipo de justificación. Considera como ausencia de tipo de acción cuando falta algún elemento expreso o tácito del tipo; sitúa en estos casos al consentimiento y a la adecuación social (Martínez-Buján, 2011). A nuestro criterio también se encuentra dentro de estos casos de atipicidad el caso fortuito, que para Martínez-Buján, por su concepción de dolo-culpa, tiene un carácter subjetivo y que debiera ser ubicado en la pretensión de ilicitud. Como causas de exclusión del injusto penal, siguiendo, esta vez a Günther, Martínez-Buján otorga la siguiente explicación:

Es preciso diferenciar entre causas que se limitan a eliminar solamente el merecimiento y la necesidad de la prohibición penal y causas que excluyen por

completo el carácter jurídicamente prohibido del hecho: las primeras, que él denomina “causas de exclusión del injusto penal”, excluyen simplemente el injusto penal, o mejor dicho, el carácter penal del injusto, sin que ello comporte que el hecho aparezca permitido desde la perspectiva de todo el ordenamiento jurídico; las segundas serían las causas de justificación en sentido estricto, al estilo tradicional, que no solo excluirían el injusto penal, sino que conllevan el efecto de convertir el hecho en jurídicamente permitido (para el derecho penal y para los restantes sectores del ordenamiento). (Martínez-Buján, 2011, pág. 395)

Destaca este autor, convocando esta vez a Luzón Peña, que hay causas que no excluyen la antijuridicidad general, sino solo la antijuridicidad penal, entonces el hecho seguirá siendo un ilícito civil, constitucional, administrativo, procesal. Ello sucede por el carácter fragmentario y de ultima ratio del derecho penal, toda vez que existen comportamientos que afectarían intereses, pero no lo suficientemente graves como para alcanzar la consideración de jurídico-penalmente relevante. En ese sentido, este autor encuentra la diferencia entre causa de exclusión de la atipicidad penal y causas de justificación, en tanto la primera, al eximir de responsabilidad penal, deja subsistente una responsabilidad administrativa, civil, entre otras (Martínez-Buján, 2011). Por lo demás, tiene las mismas consecuencias que una causa de justificación: no caben medidas de seguridad, también la conducta del partícipe es impune, el error sobre los presupuestos objetivos de la eximente es un error sobre el tipo y frente a ella no cabe invocar una legítima defensa. Sin embargo, frente a una causa de exclusión de la tipicidad penal, dependiendo del caso concreto, cabría un estado de necesidad defensivo, en tanto que el peligro desplegado no llega a constituir una agresión ilegítima.

Entre las causas de exclusión de la tipicidad penal, podemos encontrar el principio de insignificancia o bagatela (mínimo de valor de acción, mínimo de valor de resultado), ciertos casos de consentimiento no plenamente válido desde el punto de vista jurídico (por ejemplo, el otorgado libremente por un menor de edad o por un incapaz que comprende el significado de tal consentimiento) y la inexigibilidad penal general (situaciones en la que, si bien la conducta es jurídicamente ilícita de acuerdo al ordenamiento jurídico, no puede ser penalmente exigible a nadie tal comportamiento). Por ejemplo, en omisión de socorro, cuando el riesgo es de poca gravedad para los bienes jurídicos afectados (además los ejemplos de ordenes anulables o irregulares, pero no nulas en estos casos, aunque no se exija penalmente su cumplimiento, la desobediencia representaría una conducta administrativa). Para Martínez-Buján, siguiendo los lineamientos de Vives, en este último caso se manifiesta una causa de justificación asentada en el cumplimiento de un deber, ya que “el deber de obedecer a las leyes debe de permanecer sobre el deber de obedecer a la autoridad” (2011, pág. 397) o estado de necesidad, en tanto el mal representado por el cumplimiento de una orden ilegal será siempre mayor al que pudiera producir su incumplimiento.

Martínez-Buján encuentra que las leyes permisivas son “autorizaciones” que conceden un derecho o “permiso fuerte”, refiriéndose a las causas de justificación o un “permiso débil” en referencia a excusas o causas de exclusión de la

responsabilidad por el hecho (2011). Según esta concepción, *permisos fuertes* serán la legítima defensa, el estado de necesidad entre bienes desiguales y el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, o del cumplimiento de un deber, mientras que ejemplos de *permisos débiles* serán (tratados en la culpabilidad), el estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales y el miedo insuperable.

No nos parece coherente la posición asumida por Martínez-Buján respecto a la incoherencia que existe entre el concepto de permiso y las consecuencias a las que arriba por la aplicación de las causas de justificación. Así, señala que el concepto de permisos alude a reglas

elusivas de la responsabilidad que se caracterizan por tratarse de eximentes que no suponen una negación de las premisas fácticas y normativas (relevancia y ofensa); esto es, no comportan una negación (ni una compensación ni una aminoración) de la antijuridicidad material, sino que eliminan simplemente la antijuridicidad formal. En síntesis, excluyen la ilicitud de una acción que es relevante y ofensiva. (Martínez-Buján, 2011, pág. 398)

Recurriendo a la idea del mal menor, y sin descartar criterios utilitaristas, señala que el ordenamiento jurídico, mediante permisos, concede una especial relevancia a ciertas situaciones en el marco de la libertad de acción. Entonces, estos permisos no afectan ni la tipicidad, en sentido estricto, ni la antijuridicidad material, solamente las causas de justificación se circunscribirían a la antijuridicidad formal, es decir, a una declaración, entendemos, de licitud.

A nuestro entender, una causa de justificación comporta que no surja la antijuridicidad, y es con la causa de justificación que se completa el mandato normativo en un marco de libertad de acción. Del modo descrito, encontramos mayor coherencia con las consecuencias prácticas de las causas de justificación, citadas por Martínez-Buján:

1) Quien realiza una conducta justificada, no comete un hecho ilícito, en virtud de lo cual dicha conducta nunca puede suponer una agresión ilegítima y, consecuentemente, ante ella no cabe una legítima defensa; 2) Quien induce o coopera en un hecho justificado no incurre en responsabilidad criminal alguna; 3) Un hecho justificado no conlleva, por regla general, responsabilidad civil. (2011, pág. 400)

No nos parece de recibo el concepto de antijuridicidad brindado por Martínez-Buján. Nos sigue pareciendo más convincente y coherente la argumentación brindada por Roxin en su Derecho Penal, Parte General: es indiferente hablar de causas de exclusión del injusto y causas de justificación. La aplicación de estas implica que esta conducta (justificada) es aceptada por el ordenamiento jurídico. Por tanto, no es necesario crear un “escalón previo”, como lo hace Günther con su “causas de exclusión del injusto penal”, porque el concepto de injusto enlaza las categorías de la acción, tipicidad y antijuridicidad, en tanto la antijuridicidad señala un comportamiento contrario a las prohibiciones y mandatos del derecho penal

(Roxin, 1997, págs. 557 - 558). En esta línea de pensamiento, en una concepción bipartita de la Teoría del delito (antijuridicidad y culpabilidad), encuentra mayor sentido que, por ejemplo, el error en el presupuesto fáctico de una causa de justificación merezca el tratamiento de error de tipo.

Entiendo que, en el Perú, si el dispositivo no está escrito, tiene un valor deva-luado o nulo. Por ello, considero que debiera establecerse una disposición general en una eventual reforma penal, para que cuando los casos sean de bagatela, por mínima peligrosidad o afectación de la acción o del resultado, por el principio de fragmentariedad y última ratio, deberían declararse atípicos ab initio. También merecería esta calificación, como lo enseñó Felipe Villavicencio, aquellas conduc-tas que se realizan ajustadas al cumplimiento de un deber, la disposición de una ley y el consentimiento; en su versión de acuerdo, como expresión de autorres-ponsabilidad de la libre voluntad del sujeto cuando la configuración típica exija lo contrario: vis compulsiva o vis absoluta. Así, en las relaciones sexuales consen-tidas. La fundamentación de las dos primeras se asienta en que el ordenamiento jurídico no puede respaldar la actuación de aquél que obró en atención a este ordenamiento (ley, norma constitucional o deber emanado de las anteriores) y, al mismo tiempo reprocharle por la conducta desplegada. Distinto será el trata-miento cuando aquella ley fue hecha para camuflar, bajo el ropaje de legalidad, actos ilícitos. En cuanto al acuerdo, este revela una falta de interés (por parte del Derecho penal) en el hecho desplegado.

En cuanto a las causas de justificación, son de recibo las teorías pluralistas que conjugan una serie de fundamentos para fundamentar cada causa de justificación. No encontramos explicación satisfactoria, desde las teorías monistas, en cuanto a que un solo fundamento (justicia, interés preponderante, etc.) les dé sentido a todas, máxime si con los nuevos riesgos asumidos por la justicia penal, nuevas causas de justificación emergen de otras áreas del derecho (tal como, en su oportu-nidad, aconteció con el estado de necesidad, defensivo y agresivo que proceden del ordenamiento civil). De lo dicho, debe quedar claro que las causas de justifi-cación, más allá de las cinco ya mencionadas, en una unidad del ordenamiento jurídico, tienen la condición de *numerus apertus*.

Una eventual reforma penal empieza, a nuestro entender, con estudios socio-lógicos empíricos, que nos señalen en qué parte de nuestra historia nos encon-tramos. La atenta participación ciudadana y la participación activa de las institu-ciones democráticas, atravesada por una profusa discusión que trascienda a las universidades, nos permitirán construir un sistema penal peruano en el que la criminología, la dogmática y la política criminal actúen dinámicamente en el marco de un Estado constitucional.

REFERENCIAS

- Bernales, E. (1998). Los derechos humanos y su protección jurídica en la experiencia política y social de América Latina. *Pensamiento Constitucional*, 5(5).
- Carbonell, J. C. (2007). Principio General de Libertad y Bienes Jurídicos-Penales sobre la “Prohibición de Prohibir”. En M. Castiñeira, M. Corcoy, J. Queralt, & J. Silva, *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Montevideo: IB de F.
- Carbonell, J. C. (2017). Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad. En M. Castiñeira, M. Corcoy, J. Queralt, & J. Silva, *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Montevideo: IB de F.
- Carpio Briz, D. (2007). La reforma constitucional del Derecho penal. En M. Castiñeira, M. Corcoy, J. Queralt, & J. Silva, *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Montevideo: IB de F.
- Código Penal. (1991). [CP]. (Perú).
- Constitución Política del Perú. (31 de diciembre de 1993). [Constitución]. (Perú).
- Cuerda, A. (2001). Los medios de comunicación y el derecho penal. En L. Arroyo, & M. Adán Nieto, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam* (Vol. I). Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.
- Demetrio, E. (2007). Algunas reflexiones sobre la conexión entre la función/ legitimación del derecho penal y teoría de la norma en el pensamiento metodológico de Santiago Mir Puig. En M. Castiñeira, M. Corcoy, J. Queralt, & J. Silva, *Estudios de Derecho Penal, Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Montevideo: IB de F.
- Feijoo, B. (2007). La Estabilización Normativa como Fin de la Pena: ¿Puro teatro? En M. Castiñeira, M. Corcoy, J. Queralt, & J. Silva, *Estudios de Derecho Penal, homenaje al profesor Santiago Mir Puig*. Montevideo: IB de F.
- García Arán, M. (2001). Constitución y derecho penal, 20 años después. En L. Arroyo, & M. Adán Nieto, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.
- Gómez, V. (2010). Cultura del control, sociedad de riesgo y política criminal. En *Política criminal y reforma penal*. Montevideo: IB de F.
- Hirsch, H. (2004). Problemas Actuales de legislación penal propias de un Estado de Derecho. En J. L. Guzman, *El penalista liberal. Libro de homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Marcial Pons.
- Jescheck, H., & Weigend, W. (2002). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Granada: Comares.
- Kuhlen, L. (2012). Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito. En A. Hirsch, K. Seelman, & W. Wohlers, *Limites al Derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- Landa, C. (2010). *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra.
- Ley 30151. (13 de enero 2014). *Que modifica el inciso 11 del artículo 20 del código penal,*

- refereido al uso de armas u otro medio de defensa por personal de las fuerzas armadas y de la policía nacional del Perú.* 514204.
- Martínez-Buján, C. (2011). *Derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mir Puig, S., & Corcoy, M. (2010). *Constitución derecho penal y globalización en política criminal y reforma penal*. Barcelona: IB de F.
- Otto, H. (2007). *Manual de Derecho penal. Teoría general del Derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- Pereyra, G. (27 de junio de 2020). 'Día del Orgullo Gay': Población LGBT es la más discriminada del país, según encuesta de MINJUS. *El Comercio*. Lima, Lima, Perú. Obtenido de <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/dia-del-orgullo-gay-el-71-considera-que-la-poblacion-lgbt-es-la-mas-discriminada-del-pais-segun-encuesta-de-ipsos-peru-ministerio-de-justicia-noticia/>
- Prittwitz, C. (2004). Sociedad de riesgo y Derecho penal. En J. L. Guzmán, *El penalista liberal. Libro de homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General*. . (M. Díaz, J. Vicente, & D. Luzón, Trads.) Madrid: Civitas.
- Villavicencio, F. (2001). *Código Penal Comentado*. Lima: Grijley.
- Wolter, J. (1997). Problemas políticos-criminales y jurídicos constitucionales de un sistema internacional de derecho penal. En J. M. Silva, *Política criminal y nuevo derecho penal: Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch.
- Yon, R. (2006). *Interpretación constitucional de los delitos imprudentes con especial referencia al tráfico vial y al artículo 124° del Código Penal*. Lima: Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.