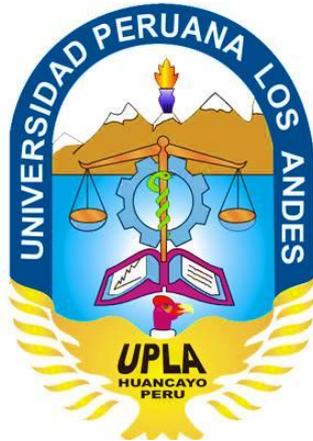


UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



TESIS

**LA APLICACIÓN DEL DELITO DE
CONSPIRACIÓN PREVISTA Y SANCIONADO
EN EL CUARTO PARRÁFO DEL ARTÍCULO
296° DEL CÓDIGO PENAL VIGENTE CON
UNA CORRIENTE FINALISTA**

PRESENTADA POR:

Bach. NÚÑEZ ROMERO PEDRO JESÚS

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

**HUANCAYO – PERU
2017**

DEDICATORIA

Va dedicado a quienes hicieron posible la elaboración de este trabajo de investigación, sobre todo a quienes son la fortaleza del suscrito para seguir adelante y cosechar los logros en la vida.

Pedro Jesús NÚÑEZ ROMERO

AGRADECIMIENTO

Quisiera aprovechar estas líneas para dar las gracias de manera muy especial a mi asesor, por el apoyo e interés en el tema de este trabajo de investigación, por su orientación, persistencia, buenos consejos, profesionalidad, cercanía y hacer fácil lo difícil. Ha sido un gran privilegio poder contar con su guía y ayuda.

A mis padres por enseñarme a luchar por lo que quiero, por su apoyo constante la realización de este trabajo de investigación.

Finalmente, expresar mi más sincero agradecimiento a todas aquellas personas que de una u otra manera, han contribuido para el logro de este objetivo.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación, tiene como problema principal: la siguiente interrogante el cual es ¿si se puede aplicar el delito de conspiración prevista y sancionado en el cuarto párrafo del artículo 296° del código penal vigente con una corriente finalista?, bien sabemos que el delitos de conspiración es un delito que este considerado como preventivo pero que necesariamente se basa en pensamientos y que para el derecho penal los pensamientos no son punibles, sin embargo se dice también que se trata de un delito de peligro abstracto que tendría que generar un comportamiento de peligro con perspectiva ex – ante, creándose elementos de convicción que generen la formalización de la investigación preparatoria y terminar en una acusación favorable para la fiscalía, es por ello, que el objetivo es analizar si la conducta desviante para que se configure el delito de conspiración pueda ser subsumido o en su defecto sustraída del Art. N° 296° del Código Penal vigente con una corriente finalista.

Para ello, el suscrito utilizara en método DOGMÁTICO JURÍDICO, comparando conceptos, para demostrar que el delito de conspiración no genera elementos fehacientes para proseguir con la denuncia penal o formalización y continuación de investigación preparatoria, al no existir elementos de convicción, y que a lo largo la fiscalía especializada en delitos de tráfico ilícito de drogas de La Merced – Chanchamayo solo le quedaría sobreseer la causa.

Por otro lado, y más importante el código penal tiene una corriente finalista que necesariamente tendría que generar una lesión al bien jurídico, sin embargo, la conspiración al ser un delito preventivo y abstracto no cumpliría con las fases del ITER CRIMINIS y la TEORIA DEL DELITO, concluyendo que el delito de

conspiración prevista y sancionada en el cuarto párrafo del artículo 296° del código Penal con un corriente finalista no se podría aplicar.

Palabras clave:

- CONSPIRACIÓN.
- CORRIENTE FINALISTA.
- ITER CRIMINIS.
- TEORIA DEL DELITO.

INTRODUCCIÓN

Dada la forma de consistencia y aparición de los sistemas penales en el planeta, en los cuales desde tiempos anteriores en la época de los nómadas podemos verificar que cuando alguna conducta iba contra costumbres con la convivencia normal del grupo de habitantes que en ese tiempo habitaban el planeta. tenían un medio para castigar estas conductas que no era de acorde a las costumbres de esa época, es por ello que cuando se cometía estos desacuerdos sociales se debía por asignar la sanción tal vez la más grave en este tiempo que era el destierro, en la cual consistía en dejar las hordas, bandas, que esas épocas era el castigo más grave, es por ello que desde el tiempo del surgimiento del derecho con el surge el derecho penal y sobre todo un estado de derecho que hizo su aparición de una sanción reflejada a una conducta exteriorizada y no de simples pensamiento o ideaciones ya que en ese entonces debía haber necesariamente una lesión, daño o perjuicio que generara la conducta de este integrante de las hordas o bandas, obviamente en la actualidad existen conductas que necesariamente van contra la sociedad actual y que en la evolución de poder crear instituciones que resguarden estas conductas en la actualidad, es por ello que se genera y aparece en la sociedad y exactamente en la sociedad peruana el Código penal que pone límites a las conductas desviantes.

Por ello en este trabajo de investigación desarrollaremos el artículo 296° cuarto párrafo en la que se tipifica el delito de conspiración como una ideación o conspiración para cometer el Favorecimiento o Promoción al tráfico ilícito de drogas, aplicada al código penal vigentes, que tiene una corriente penal finalista. Que su más destacado representante este sistema penal era **WELZEL** que

desarrollo de muy excelente manera dándole una categoría de sistema preventivo, pero sin haber previsto que tendría que haber una lesión al bien jurídico protegido para establecer la aplicación de sistema finalista, es por ello que el sistema penal peruano acoge el sistema penal finalista para tipificar en este caso específico el delito de conspiración que para ser considerado delito debe cumplir ciertas parámetros como cumplir la etapa interna y externas del “ITER CRIMINIS” ,así también, la TEORÍA DEL DELITO con sus elementos los que serían la conducta, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y la pena y de esa manera buscar un sistema garantista, es por ello que a lo largo del desarrollo de esta trabajo explicaremos el por qué la aplicación del delitos de conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del artículo 296° del Código Penal Vigente con una corriente finalista debe ser suprimido de Código Penal o en su defecto subsumirlo a otro tipo penal.

La presente investigación se organizó en 8 capítulos. En el capítulo I se trata sobre la descripción Del problema general en el cual se centra el trabajo de investigación al considerar si se puede aplicar el delito de conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del artículo 296° del Código Penal Vigente y todo en aspecto metodológico. En el capítulo II trata del origen y concepto del delito, en el cual se describe las características generales para consideran una conducta desviante como delitos y no infracción, el cual a la vez se subdivide el CUATRO Subcapítulos de los cuales resalta el sistema penal finalista, y la del sistema penal funcionalista. En el capítulo III trata del sistema que acoge el sistema penal peruano, que vendría hacer el sistema penal finalista. En el capítulo IV trata sobre la autoría y participación que se genera en delito en general. En el capítulo V trata sobre el desarrollo del tipo penal de Tráfico Ilícito

de Drogas. En el capítulo VI trata del desarrollo del INTER CRIMINIS en el delito de conspiración plasmado y previsto en el cuarto párrafo del artículo 296° del Código Penal. En el capítulo VII se desarrolla la Teoría del Delito plasmado en la conspiración para el Tráfico Ilícito de Drogas. Por ultimo en el capítulo VIII se aplica el Principio de lesividad en el delito de conspiración para el TID, principio que está tipificado como principio rector del Código Penal Vigente.

Pedro Jesús NÚÑEZ ROMERO

INDICE

TESIS	1
DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO	3
RESUMEN	4
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I	12
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	12
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	12
1.1.1. Descripción Del Problema:	12
1.1.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN:	16
1.1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	16
• Problema General:	16
• Problemas específicos:	16
1.1.4. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA DE LA INVESTIGACIÓN.	17
1.1.4.1. Justificación Teórica	17
1.1.5. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL PROBLEMA.	18
1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.	18
1.2.1. Objetivo general:	18
1.2.2. Objetivo específicos:	19
1.3. SUPUESTOS O HIPOTESIS	19
a) VARIABLES.	19
b) INDICADORES.	20
1.3.1. HIPOTESIS ESPECÍFICAS.	20
a) VARIABLES DE LAS HIPOTESIS EPSECIFICAS.	21
b) INDICADORES.	22
1.4. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN	22
1.4.1. Métodos generales de investigación:	22
1.4.2. Métodos Particulares de Investigación:	22
1.5. TIPOS Y NIVELES DE INVESTIGACIÓN	23
1.5.1. Tipo de investigación:	23
1.5.2. Nivel de investigación:	23
CAPITULO II	24
ORIGEN Y CONCEPTO DE DELITO	24
1. CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN:	24
SUBCAPITULO I	31
(CRITERIOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS DE LAS SISTEMAS PENALES)	31
1. EL CRITERIO OBJETIVO/SUBJETIVO.	31
2. LA ILUSTRACIÓN.	32
3. EL SISTEMA PENAL CLASICO.	33
4. EL SISTEMA PENAL NEOCLÁSICO	34
5. SISTEMA FINALISTA.	35
6. EL POSITIVISMO	35
SUBCAPITULO II	38
(EL SISTEMA FINALISTA DE DELITOS)	38
1. EL SISTEMA FINALISTA DE DELITOS	38
2. MÉTODO Y FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL	42

3.	LA TIPICIDAD: LA EDUCACIÓN SOCIAL.....	43
4.	LA ACCIÓN.....	45
5.	DESVALOR DE ACCIÓN/DESVALOR DE RESULTADO.....	47
6.	LA CAUSALIDAD.....	48
7.	EL TIPO SUBJETIVO: EL DOLO Y LA IMPRUDENCIA.....	49
8.	LA ANTIJURICIDAD.....	51
9.	LA CULPABILIDAD.....	52
SUBCAPITULO III.....		54
SISTEMA FUNCIONALISTA SISTEMÁTICO.....		54
1.	EL SISTEMA FUNCIONALISTA SISTÉMICO.....	54
a)	<i>La sociedad: la pena:</i>	54
b)	<i>Acción:</i>	58
c)	<i>El Sujeto Responsable:</i>	59
d)	<i>La Persona Jurídica:</i>	60
b)	<i>La Culpabilidad:</i>	61
CAPITULO III.....		63
SISTAMA FINALISTA PERUANO.....		63
(SISTEMA QUE ACOGE EL SISTEMA PENAL PERUANO PARA LA TIPIFICACIÓN DE LOS DELITOS).....		63
1.	EL FINALISMO PERUANO.....	63
a)	<i>Acción:</i>	63
b)	<i>Tipicidad:</i>	64
c)	<i>Antijuricidad:</i>	64
d)	<i>Culpabilidad:</i>	65
CAPITULO IV.....		66
AUTORIA Y PARTICIPACIÓN.....		66
I.	CONCEPTO DE AUTOR:.....	66
1.	<i>Concepto Unitario de Autor</i>	66
2.	<i>Concepto Extensivo de Autor</i>	70
a.	Teoría del dolo:.....	72
b.	Teoría del Interés:.....	73
3.	<i>Concepto Restrictivo de Autor:</i>	76
a.	Teoría objetivo-formal.....	79
b.	Teoría objetivo-material.....	82
c.	Teoría del dominio del hecho.....	84
4.	<i>Autoría como Competencia por la Configuración del Hecho:</i>	94
CAPITULO V.....		101
TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.....		101
1.	CONCEPTOS GENERALES:.....	101
2.	TIPIFICACIÓN DEL TTRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.....	104
3.	BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	107
4.	PROMOCIÓN, FAVORECIMIENTO O FACILITACIÓN DEL CONSUMO ILEGAL DE DROGAS MEDIANTEACTOS DE FABRICACIÓN O TRÁFICIO.....	111
5.	TRANSPORTE DE DROGAS.....	115
6.	POSESIÓN DE DROGAS CON FINES DE TRÁFICO ILÍCITO.....	116
CAPITULO VI.....		118

ITER CRIMINIS Y SU NO DESARROLLO POR COMPLETO EN CUARTO PÁRRAFO DEL ART. N° 296	118
1. LA APLICACIÓN DEL CUARTO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 296° “AL ITERCRIMINIS”.	118
1.1. Fases del iter criminis:	118
1.1.1. Fase interna:	119
1.1.2. Fase externa: La fase externa surge al terminar la resolución y consta de 3 etapas:	120
CAPITULO VII	123
LA TEORÍA DEL DELITO Y SU APLICACIÓN AL CUARTO PÁRRAFO DEL ART. N° 296 ...	123
1. TEORÍA DEL DELITO	123
1.1. Significación de la teoría del delito	124
1.2. Concepto y estructura del delito	125
2. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO AL CUARTO PÁRRAFO DEL ART. N° 296. 128	
CAPITULO VIII	133
LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD AL CUARTO PÁRRAFO DEL ART. N° 296	133
1. PRINCIPIO DE LESIVIDAD	133
a) DELITOS DE PELIGRO.	138
b) ANÁLISIS DE TIPOS PENALES QUE CONSTITUYEN DELITOS DE PELIGRO. ...	142
c) EL AGENTE PONE EN PELIGRO LA SEGURIDAD NACIONAL	144
d) ANÁLISIS DEL DELITO DE CONSPIRACIÓN Y EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD ...	146
CONCLUSIONES	148
RECOMENDACIÓN	151
BIBLIOGRAFÍA	154

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1.1. Descripción Del Problema:

Para dar inicio a la presente investigación me baso como principal fuente a los medios impresos como libros, Doctrina, Jurisprudencia, casos y ensayos, pues mediante ellos se logró identificar realmente la magnitud del problema de la APLICACIÓN DEL DELITO DE CONSPIRACIÓN PREVISTO Y SANCIONADO EN EL CUARTO PARRÁFO DEL ARTÍCULO 296^{o1} DE CÓDIGO PENAL VIGENTE

¹ **ART. N° 296.- PROMOCIÓN O FAVORECIMIENTO AL TID.: (CUARTO PARRAFO)** *“El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el TID., será*

CON UNA CORRIENTE FINALISTA, subsumido a las conductas desviantes de conspiración en el TID², delito que en el campo de aplicación es inadecuada específicamente en la selva Central - Junín.

Nuestra normativa penal y en otras recientes, se castiga la conspiración, la misma que corresponde al ámbito de los actos preliminares; por regla general los actos preliminares son impunes, porque si bien no se consuman no representan una advertencia cierta para el bien jurídicamente protegido.

Por ello, al aplicar el delito de conspiración se debe tomar en cuenta que el derecho penal peruano tiene una corriente finalista, que subsume la conducta desviante de la conspiración, pero teniendo en cuenta que son acto preparatorio, sin embargo hay conductas desviantes, que van contra artículo IV del Título Preliminar, que registra el principio de lesividad: “el castigo por cometer la conducta desviante, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que están protegidos por la ley”.

Al juntar el principio de lesividad, en el Código Penal Peruano vigente no habla de un “riesgo de la conducta” para los bienes jurídicos, sino establece una “puesta en peligro” del bien jurídico protegido. En consecuencia, se comprende que para castigar penalmente una conducta desviante, el sistema penal peruano debe exigir que exista un peligro real y objetivo contra bienes jurídicos y no tan sólo que surja

reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta a ciento veinte días multa”.

² **“TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS”**

un peligro abstracto contra el bien jurídico, siendo así (el peligro abstracto al bien jurídico: implica la el inicio de una conducta peligrosa desde una aproximación ex - ante). Es por ello, que ubicamos en nuestro Código sustantivo el cuarto párrafo del Artículo 296° que castiga la conspiración para el TID, desarrollando lo siguientes:

“El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta a ciento veinte días multa”.

Es por ello dentro de la Jurisdicción de la Fiscalía Especializa en Delitos de TID Sede la Merced - Chanchamayo, existen casos en la cual se tipifica o se subsumen la conducta desviante al cuarto párrafo de artículo N° 296³ del código penal vigente, por ejemplo tenemos que en año 2014 en el caso fiscal N° 117, se realizó un operativo por vía aérea de interdicción al TID a bordo del helicóptero de placa (MI-501), ubicando una pista de aterrizaje clandestino (PAC) a inmediaciones del sector de Mazuazo, Distrito de Puerto Palcazu, Provincia de Oxapampa - Pasco, dicha pista es utilizada por organizaciones criminales internacionales de tráfico ilícito de drogas, para empezar a desarrollar el tipo debe de existir los sujetos (activo, pasivo), en este caso el sujeto pasivo es el estado, en sujeto acto no

³Artículo N° 296°: dice: *El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta a ciento veinte días -multa.*

es individualizado, y solo se da conclusiones abstracta del sujeto activo; siendo así que la conducta desviante no tendría que ser subsumida dentro de la conspiración. así también tenemos el caso N° 070-2015, donde se realizó un operativo conjunto con la fuerza armadas a inmediaciones del Centro poblado Tsinokiriato 2, Distrito de Río Tambo- Provincia de Satipo - Junín, ubicado también una pista de aterrizaje Clandestino (PAC), tipificándola como conspiración sin hacer más análisis de lo que significa el término "conspiración" un delito no de resultados ni de ejecución si de conjunciones abstractas; por otro lado, un caso mucho más reciente es la carpeta fiscal N° 33-2015, en el cual mediante un arresto ciudadano a inmediaciones de la comunidad nativa Camantavishi, Distrito de Rio Tambo, Provincia de Satipo se detuvo a 10 personas que supuestamente apoyaban al TID., mediante actos de construcción del PAC⁴ para el trasportar la drogas, situación que se subsumió como base tipo el artículo N° 296° cuarto párrafo de subsunción de la conducta a investigar, pero hasta el momento de la acusación fiscal, no hay indicios en las cuales se pueda probar que forman parte de una conspiración al TID, con el solo hecho que portaban armas caseras, ya que en estas zonas es común que los pobladores cuenten con estos tipos de armas para su protección y peor a un encontrar a 10 pobladores cerca de una PAC no es suficiente para tipificar el delito de conspiración, sin embargo si

⁴ PAC (Pista de Aterrizaje Clandestina).

fuera así se tendría que probar fehacientemente por parte de la fiscalía de haber subsumido la conducta al tipo de conspiración.

De lo anterior, el suscrito demostrara que el delito de conspiración debe ser sustraída del Art. 296° del Código Penal, haciendo uso de las fuentes formales que integran el ordenamiento jurídico vale decir las leyes, las analogías y los principios generales de derecho, ello implicaría hacer uso de libros, Doctrina, Jurisprudencia, y como material que refrende la posición y la respuesta de la investigación, se citará los casos emblemáticos o con relevancia que se encuentran giro en la FETID – Sede CHYO – Junín.

1.1.2. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN:

A nivel mundial, existen numerosos estudios e investigaciones sobre el tráfico ilícito de drogas, específicamente sobre la TID, cuyas conclusiones y recomendaciones han colegido en establecer el inconmensurable daño que el tráfico ilícito de drogas ocasiona a la Humanidad, pero, que ninguno de ellos han descrito o desarrollado en plenitud el cuarto párrafo del artículo 296°, “Tráfico Ilícito de Drogas”

1.1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

- **Problema Genera:**

¿Se puede aplicar el delito de conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del artículo 296° del Código Penal vigente con una corriente finalista?

- **Problemas específicos:**

¿De qué manera el **ITER CRIMINIS** influye en el desarrollo del delito de conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del Art. N° 296 del CP., a efectos de considerarlo delito de Tráfico Ilícito de Drogas?

1.1.4. JUSTIFICACIÓN TEÓRICA DE LA INVESTIGACIÓN.

1.1.4.1. Justificación Teórica

La aplicación de las normas jurídicas peruanas contiene una serie de componentes teóricos los cuales, son tipificados en leyes y estos deben tener un alcance real y práctica, por ello la existencia de un derecho penal en el cual se tipifican las diversas conductas que son desviantes para la sociedad, las cuales son aplicadas mediante sistemas penales como el funcionalismo, causalismo y finalismo.

Por ello la presente investigación permitirá un análisis del delito de conspiración ya que siendo un delito abstracto y no un delito de resultado, como es tipificado y subsumido por nuestro Código Penal vigente, ya que nuestro sistema penal peruano tiene un corriente penal finalista, y para ello abordaremos diversos temas inmersos en el derecho penal, para considerar delito una conducta desviante, estos temas serian:

- El Irte Crimines

- El principio de lesividad.
- Teoría general de derecho.
- Teoría finalista.
- El desarrollo del tipo de la conspiración en el delito TID.

1.1.5. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DEL PROBLEMA.

Está delimitado.

- El Irte Crimines
- El principio de lesividad.
- Teoría general de derecho.
- Teoría finalista.
- El desarrollo del tipo de la conspiración en el delito TID
- El desarrollo del tipo de crimen organizado , previsto y sancionado en el artículo 317° del Código Penal Vigente.

1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

1.2.1. Objetivo general:

- Analizar si la conducta desviante para que se configure el delito de conspiración pueda ser subsumido o en su defecto sustraída del Art. N° 296° del Código Penal vigente con una corriente finalista.

1.2.2. Objetivo específicos:

- Analizar si existen fundamentos doctrinarios y jurídicos para que el delito de conspiración cumpla con los requisitos para el desarrollar en su plenitud EL
- y LA TEORIA DE DELITO, y ser considera delito, a efectos de que cumpla con el tipo de la Promoción o Favorecimiento TID.

1.3. SUPUESTOS O HIPOTESIS

- Que la conducta desviante del delito de conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del Art. 296° de Código Penal no cumpliría con la fase externa y si con la fase interna del (ITER CRIMINIS), para ser considerado delitos y estar previsto y sancionado en la norma sustantiva, toda vez que se trata de ideaciones el cual lo convertiría en un delito abstracto, más un no existirían indicios ni elementos de convicción los cuales permitan colegir el cumplimiento de la fase externa al ejecutar la ideación.
- Que el delito de conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del Art. 296° de Código Penal, se basa en una conducta abstracta, convirtiéndola en un delito de peligro abstracto y no en un delito de peligro concreto, el cual no requiere de la lesividad del bien jurídico protegido sino que su fundamento seria de castigar la puesta en peligro el bien jurídico (salud pública) protegido vulnerando el principio de lesividad.

a) VARIABLES.

- La conducta desviante del delito de conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del Art. 296° del Código Penal.

- Cumplir fase interna y externa del ITER CRIMINIS, a efectos de ser considerado delito.
- Que el delito de conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del Art. 296° de Código Penal, se basa en una conducta abstracta, convirtiéndola en un delito de peligro abstracto y no en un delito de peligro concreto.
- Que el principio lesividad no se cumpliría en el delitos de conspiración toda vez que la acción se basaría en castigar la puesta en peligro el bien jurídico (salud pública), vulnerando el principio de lesividad.

b) INDICADORES.

- La conducta desviante para cometer el delito de conspiración.
- La fase interna y externa del ITER CRIMINIS, a efectos de ser considerado delito.
- Delito abstracto y delito concreto.
- Lesividad del principio jurídico protegido (salud pública).

1.3.1. HIPOTESIS ESPECÍFICAS.

- Que el delito de conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del Art. N° 296 del código Penal, aplicado en diversos casos se analizaron en la presente investigación, sin embargo es prácticamente nulas la acumulación de elementos de convicción para iniciar con la formalización de investigación preparatoria, resultando que se llega luego de cumplir fehacientemente con la investigación

preliminar, y que la fiscalía especializada en delitos de tráfico ilícito de drogas de La Merced – Chanchamayo solo le quedaría sobreseer la causa.

- Que la conducta desviante para cometer el delito de conspiración previsto y sancionado en cuarto párrafo del Art. N° 296 del Código Penal puede ser subsumida por el tipo legal Art. N° 317, del código penal vigente (crimen organizado) ya que cuando hablamos de tráfico ilícito de drogas estamos hablando de una estructura piramidal o jerarquiza, en el cual cada integrante de la organización realiza funciones específicas.

a) VARIABLES DE LAS HIPOTESIS EPSECIFICAS.

- Que el delito de conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del Art. N° 296 del código Penal, aplicado en diversos casos se analizaron en la presente investigación.
- Sin embargo es prácticamente nula la acumulación de elementos de convicción para iniciar con la formalización de investigación preparatoria, resultando que se llega luego de cumplir fehacientemente con la investigación preliminar, y que la fiscalía especializada en delitos de tráfico ilícito de drogas de La Merced – Chanchamayo solo le quedaría sobreseer la causa
- Que la conducta desviante para cometer el delito de conspiración previsto y sancionado en cuarto párrafo del Art. N° 296 del Código Penal puede ser subsumida por el tipo legal Art. N° 317, del código penal vigente (crimen organizado).

- Ya estamos hablando de tráfico ilícito de drogas calificada como una estructura piramidal o jerarquizada, en el cual cada integrante de la organización realiza funciones específicas.

b) INDICADORES.

- Los casos analizados en giro en la Fiscalía Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas.
- Elementos de convicción para formalizar investigación preparatoria.
- Subsunción de la conducta desviante al tipo legal Art. N° 317, del código Penal Vigente (crimen organizado).
- Estructura piramidal del delito de crimen organizado.

1.4. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Métodos generales de investigación:

Emplearemos para estudiar al delito de conspiración prevista y sancionado en el cuarto párrafo del código Penal analizando el “iter criminis” y demás temas, en la cual aplicaremos el **MÉTODO DOGMÁTICO JURÍDICO**.

1.4.2. Métodos Particulares de Investigación:

El tipo de investigación que utilizare el por el objeto de estudio, y en su clasificación de la **INVESTIGACIÓN JURÍDICA**.

Porque la que la aplicación del delito de conspiración en el código Penal con una corriente finalista se deberá utilizar diversos conceptos dogmáticos jurídicos para la explicación del cumplimiento del “iter criminis”

1.5. TIPOS Y NIVELES DE INVESTIGACIÓN

1.5.1. Tipo de investigación:

El nivel a utilizar es el nivel **DOGMATICO JURÍDICO**.

1.5.2. Nivel de investigación:

El diseño a utilizar es **LA NO EXPERIMENTAL DE INVESTIGACIÓN**, debido a que son variables que no se puede manipular, en este caso no hay un grupo considerable para el control, en este caso estamos hablando de comparación de conceptos y llegar a la conclusión que será imposible aplicar el delito de conspiración al no cumplir con la fase externa de “iter criminis”.

En conclusión no se utilizará **MUESTRA ALGUNA**.

CAPITULO II

ORIGEN Y CONCEPTO DE DELITO

1. CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN:

El sistema de la teoría del delitos, como señala Bacigalupo, “es un instrumento conceptual que tiene la finalidad de permitir una aplicación racional de la ley a un caso”, por lo que es posible afirmar que “la teoría del delio es una teoría de la aplicación de la ley penal”. De manera que esta teoría pretende “establecer básicamente un orden para el planteamiento y la resolución de los problemas que implica la aplicación de la ley penal, valiéndose para ello de una método analítico, es decir, que pudiera separar los distintos problemas en diversos niveles o categorías”⁵.

La formación del sistema penal en función de diversas categorías ha dado lugar a múltiples discusiones sobre los elementos del sistema, su contenido y

⁵ ENRIQUE BACIGALUPO, “PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, Editorial España, 1997, Pág., 132.

las consecuencias de adoptar uno u otro punto de vista. Por tal razón, la clasificación de los sistemas penales no es tarea sencilla, pues existen grandes e importantes variaciones entre los diversos autores. Sin embargo, intentaremos hacerlo teniendo en cuenta siempre que toda visión global ha de atender a las características más señaladas y que, evidentemente, se han de perder por fuerza de la infinidad de matices.

Para poder exponer los diversos sistemas penales, es preciso determinar cuál será el criterio clasificatorio que se utilizará. Dado que pueden tomarse en cuenta muy diversos criterios.

Es dudoso que en la exposición de los sistemas dogmáticos se pueda proceder mediante clasificaciones basadas en los elementos internos del sistema, no obstante, trataremos de hacerlo, por lo que el primer problema de clasificar.

- Un criterio de carácter científico, que permitiera una exposición ordenada de la evolución del sistema penal, consiste en acudir a la conexión de la evolución entre el sistema penal y las ideas filosóficas sobre la pena. En efecto, todos los sistemas dogmáticos tienen una fuerte vinculación con las teorías penales, por consiguiente, es posible considerar los diversos sistemas dogmáticos en relación con las teorías de la pena que son su base y punto de partida.

La aplicación de este criterio nos proporciona el siguiente resultado:

1. Dogmática de la prevención especial natural.
 - a. Von Liszt.

- b. Beling.
- 2. Dogmática de las teorías de la unión fuertemente influidas por la prevención especial del neokantismo.
 - a. M.F. Mayer.
 - b. Radbruch.
 - c. Von Hippel.
 - d. Mesger.
- 3. Dogmática de las teorías absolutas de la pena.
 - a. Wezel.
 - b. Maurach.
- 4. Dogmática del funcionalismo orientado a la prevención especial en el sentido de la rasocialización.
 - a. Roxin.
- 5. Dogmática del funcionalismo orientado a la prevención general positiva.
 - a. Jakobs.
 - b. Hassemer.
- Otro criterio puede ser acudir a la estructura interna del sistema, manteniendo un alto nivel de abstracción. Este criterio conducirá a clasificar los sistemas en razón a la noción y la posición que ocupa la voluntariedad en el sistema penal.

Este criterio proporcionará el siguiente resultado:

- 1. Sistema de desvalor de resultado y culpabilidad.
 - Von Liszt, Blingy Mezger.

2. Sistema de desvalor de acción y desvalor de resultado y la culpabilidad (diversa noción que la de los anteriores).
 - Welzel.
 3. Sistema basado en la competencia por organización y la competencia institucional y la culpabilidad (también una noción diversa a la de los anteriores)
 - Jakobs
- Otro criterio podría hacer hincapié en la contraposición entre lo objetivo y lo subjetivo de los elementos del delito, así como en el carácter asignado al tipo

Este criterio lleva al siguiente criterio:

1. Se distingue entre elemento objetivo y elemento subjetivo y se considera descriptivo al tipo: sistema de Von Liszt y Beling.
2. Se pone en duda esa distinción (entre elemento objetivo y elemento subjetivo), pues, se descubren los elementos subjetivos en el tipo-antijurídico (Mezger) y el tipo no se considera ya meramente descriptivo al reconocerse los elementos normativos (M.E.Mayer).
3. Se rompe con la indicada distinción (entre elementos objetivos y elementos subjetivos) y, desde luego, el tipo no es meramente descriptivo: Sistema Welzel.
4. Se subjetivizan todos los conceptos del delito (Zielinski).
5. Se normativizan todos los conceptos del delito, referenciándolos en el sistema social.

- Otro criterio puede encontrarse en la agrupación de los distintos sistemas en función de las características atribuidas a los diversos elementos del delito y, al tiempo otorgarles a tales sistemas denominaciones que convencionalmente o bien, supongan la singularidad más señalada de cada uno de los sistemas. Combinando, a la vez, algún elementos cronológico.

Este criterio nos presenta el resultado siguiente:

1. Concepto de delito durante la Ilustración.
2. Sistema clásico de delio.
3. Sistema neoclásico de delito.
4. Concepto social de acción.
5. Sistema finalista de delito.

La utilización de las denominaciones del sistema clásico, neoclásico y finalista de delito es bastante habitual en la doctrina alemana; así, en este sentido, Jescheck, Roxin, etc⁶.

De todos los criterios indicados, en el capítulo siguiente haremos una sucinta exposición del criterio objetivo/subjetivo, para poner de manifiesto cómo el derecho penal, en gran parte, ha sido elaborado alrededor de dicho criterio y, al tiempo, para que sirva de introducción a los capítulos posteriores.

A continuación, esto es, en los capítulos siguientes el último criterio expuesto. La razón se encuentra en que tal criterio permite tener una visión de los diversos sistemas dogmáticos referenciando sus peculiaridades, aplicándoles

⁶ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "TRARADO DE DERECHO PENAL", Editorial Civitas, 2010, Pág., 32.

un nombre convencional más o menos acertado que permita fácilmente el manejo de las categorías; por ello, a nuestro juicio, la exposición y comprensión de los distintos sistemas resulta de esta manera más asequibles.

Evidentemente, alguno en los apartados anteriores recogidos de acuerdo con el último criterio, no conforman un sistema (por ejemplo, así ocurre en relación con el concepto social de acción, dado que su peculiaridad se centra en el concepto de acción como elemento de delito, pero son introducir importantes modificaciones en el sistema dogmático). No obstante a nuestro entender, su inclusión se explica por cuanto en los demás casos también se hablará del concepto de acción, y a describirse separadamente el concepto social de acción clarifica más que confunde la exposición.

Una vez elegido el sistema clasificatorio, sin embargo, todavía debe hacerse alguna presión sobre su utilización.

Efectivamente, un tema amplio como el de la evolución conceptual del delito y de los diversos sistemas dogmáticos penales manejados, no puede abordarse sin la idea de que necesariamente solo podrán exponerse las líneas generales de esta evolución. Además, para una más clara exposición habrá de procederse a sistematizar la cuestión distinguiendo diversas categorías y encuadrando en ellas las ideas de los distintos autores, por lo que, desde luego, será necesario prescindir de múltiples matices y utilizar el nivel de abstracción preciso.

Así pues, en toda exposición se ha pretendido generalizar y utilizar un alto grado de abstracción que, a costa de la pérdida de matices (que en ocasiones pueden resultar interesantes e importantes), permitiera tener una visión global

de los distintos sistemas penales.

Para ello, hemos acudido a las principales figuras que elaboraron estos sistemas, precisando en ocasiones de opiniones que, aunque lo mejoraran puntalmente, sin embargo, su exposición impediría obtener esa visión global pretendida. Por ello, tampoco ha sido posible detenerse siquiera apuntar de forma completa todas las cuestiones implicadas en cada sistema.

Esto explica que las citadas vayan referidas básicamente a las principales figuras indicadas, pues, lo que se pretende exponer es primordialmente lo que dijeron y no lo que otros elaboraron siguiendo las directrices previamente ya esbozadas o desarrolladas.

En cualquier caso, conviene tener presente que las deferentes teorías o sistemas necesariamente no se suceden en el tiempo sino que, veces son simultáneas y de ahí que los autores defensores de las mismas polémicas sobre ellas.

Por último, conviene indicar que, debido a las distintas concepciones que sobre la acción (casual o Final) mantienen las distintas teorías, los sistemas clásico y neoclásicos también son denominados, en ocasiones, sistemas causalista, y al finalismo, debido a la elaboración de la acción final, se le conoce también con la denominación de sistemas finalista.

SUBCAPITULO I

(Criterios Objetivos y Subjetivos de las Sistemas Penales)

1. EL CRITERIO OBJETIVO/SUBJETIVO.

Uno de los criterios más utilizados con la estructura del delito ha sido la discusión objetiva/subjetiva. La historia de la dogmática se puede compendiar en los sucesivos vaivenes que las construcciones jurídicas han dado alrededor de los indicados criterios. En efecto, los diferentes sistemas penales han acentuado uno u otro aspecto del delito el aspecto interno o el externo, su carácter subjetivo o el carácter objetivo. Evidentemente en la actualidad, no es un criterio adecuado, no obstante, en ocasiones, para algunos autores sigue estando presente.

Aunque posteriormente veamos con más detenimiento los destinos sistemas penales conviene ahora exponer sucintamente cómo ha sido la evolución de

la dogmática penal tomando como punto de vista el criterio objetivo/ subjetivo. Por fuerza, en esta exposición se pierden múltiples matices.

Dejando de lado las construcciones anteriores en las que predomina un derecho penal basado en el resultado, acudieron como punto de partida a la época de la Ilustración.

2. LA ILUSTRACIÓN.

Durante gran parte de la época de la ilustración no existían códigos penales, pues la codificación se empieza a producir a principios del siglo XIX. Así, por ejemplo, en Francia el código penal de 1810; en Alemania, la base legal la constituía la *criminalis carolina* hasta 1813, fecha del código penal de Baviera elaborado de manera decisiva por feverbachy; en España, el primer Código penal es de 1821.

Los pensadores de la ilustración toman como base la teoría del contrato social y la del derecho subjetivo. En relación con el derecho penal, se discute sobre la libertad humana y la influencia de la voluntad sobre el acto. Se puede observar diversos planteamientos en los que se acentúa bien al aspecto externo, en cuyo caso son predominantes los caracteres objetivos, pues se da prevalencia al resultado (carácter externo) sobre la voluntad; o bien, se hace girar todo el derecho penal alrededor de la libertad humana, y se considera que el acto es la exteriorización de esta (posición de los hegelianos); de esta forma se acentúan los caracteres subjetivos.

Feverbach, influido por la filosofía kantiana, salvo en la referente a la teoría de la pena, fue un claro exponente del derecho penal libertad, elaborando en

principio de legalidad. Para feverbach el delito es una acción contraria al derecho del otro, conminada a una ley penal. Las ideas kantianas le llevan a considerar la determinación de la voluntad (cuya reglas son básicamente remitidas a la moral) y, por ello, a conceder un interés preponderante al aspecto exterior. De ahí que digas que solo una acción externa puede lesionar un derecho. Así pues, se sigue un carácter predominantemente objetivo.

Por el contrario, la posición de partida de Hegel es la opuesta: la voluntad es libre y, por tanto, es posible hacer girar el concepto de delitos sobre ella. El acto humano pasa a un primer plano, considerando que es la exteriorización de la voluntad. Por ello, solo tendrán relevancia penal aquellos actos humanos que sean, y pueda ser considerado la exteriorización de la voluntad.

Con Hegel hay pues, un predominio claro del aspecto subjetivo sobre el objeto.

3. EL SISTEMA PENAL CLASICO.

La irrupción del positivismo y su proyección sobre las denominadas ciencias del espíritu, hizo que se considerara que lo importante era examinar todo desde un punto de vista mecanicista. Las leyes de la naturaleza regían todo el universo incluso sobre las ciencias sociales. Esta concepción al trasladarse sobre el derecho penal, produjo un cambio e óptica, pues ahora la concepción tenía que girar alrededor de la causalidad y el resultado.

Para Von Liszt el eje del delito es la acción y esta se integra por el movimiento

corporal, la relación de causalidad y el resultado. Todo ello pertenece al mundo exterior y es carácter objetivo.

No en vano al sistema penal elaborado por von Liszt y Bling se le denomina teoría causal. La acción es causalidad, el delito es acción causal y resultado. Concebir el resultado como consecuencia de una relación de causalidad y considera todo el delito desde el punto de vista mecanicista, lleva a Von Liszt a considerar que la modificación del mundo exterior en el delito de injurias está constituida por la provocación de vibraciones en el aire y los procesos fisiológicos en el sistema nervioso de la víctima.

Ahora bien, esto no quiere decir que no se tenga en cuenta el aspecto interno, Von Liszt distingue tres categorías en el delito: la tipicidad, la Antijuricidad y la culpabilidad. Tipicidad y antijuricidad son de carácter objetivo, mientras que la culpabilidad es subjetiva. Por ello, cualquier cuestión que sea objetiva debe pertenecer a la tipicidad y a la antijuricidad, y cualquier cuestión subjetiva corresponde a la culpabilidad. Es obvio que desde este punto de vista el dolo (cuestión subjetiva) debe pertenecer a la culpabilidad.

Aunque se acepta la estructura tripartita (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), existe, no obstante, un predominio del carácter objetivo sobre el subjetivo.

4. EL SISTEMA PENAL NEOCLÁSICO

La influencia de la filosofía neokantiana introdujo el mundo de los valores en el derecho penal, si bien junto a ello se sigue la concepción causal del delito.

Ahora bien, hacen aparición los elementos subjetivos en el tipo. Con ello se

rompe con la afirmación relativa de que todo lo subjetivo correspondía a la culpabilidad. Sin perjuicio de ello también a los neokantianos les costaba abandonar la distinción objetivo / subjetivo y, por ello hubo gran resistencia a la admisión de los elementos subjetivos del tipo, que finalmente se impusieron de forma amplia en la doctrina; así Mezger, los desarrolló y admitió como algo excepcional y sin alterar su sistema penal basado en aquel criterio objetivo / subjetivo que siempre mantuvo; no obstante, lo cierto es que durante este período, el indicado criterio fue puesto en duda.

5. SISTEMA FINALISTA.

Con Welzel se rompe con la antigua distinción utilizada para referirse a ilícito y culpabilidad además, se acentúa los aspectos subjetivos del delito.

El traslado del dolo y la imprudencia al tipo, subjetiviza a este de una manera muy clara. Además, la concepción del delito personal refiere la antijuricidad a la persona concreta, por la que también la subjetiviza.

La causalidad pierde su importancia como mero acontecer y se la examina como finalmente dirigida por una voluntad humana. La acción es el núcleo del delito y se concibe como una acción (final) regida por la voluntad y dirigida a un determinado resultado. La acción es para Welzel el ejercicio de una acción final orientada por la voluntad.

6. EL POSITIVISMO

Como dijimos, con el finalismo el criterio objetivo / subjetivo dejó de ser operativo. En el positivismo, utilizando esta denominación para referirnos a todo lo que vino después del finalismo, tampoco es utilizado tal criterio. Puede

decirse que el criterio objetivo / subjetivo ha sido absolutamente abandonado. La razón es evidente: no puede ser utilizado por cuanto no todo lo objetivo se encuentra en una categoría ni todo lo subjetivo en otra, sino que en las distintas categorías existen una importante mezcla de aspectos objetivos y subjetivos.

En el postfinalismo se observa una posición subjetivista (que de un predominio casi absoluto a la desvalorización de la acción y nulo interés por el resultado) y otra normativista (que busca normatizar y objetiva los conceptos, extrayéndolos de la norma y relegando a un segundo puesto la voluntad por su imposibilidad de acreditación).

Dentro del punto de vista normativista se encuentran las tesis funcionalistas, en las que el criterio objetivo / subjetivo carece de interés y es absolutamente inoperante, pues, también en ámbito objetivo son destacables aspectos subjetivos. En este sistema los conceptos se normativizan y se referencian en el sistema social (sistema funcionalista sistemático elaborado por JAKOBS).

Como ejemplo del cambio de visión respecto de los aspectos objetivos y subjetivos, podemos referirnos a la teoría de la imputación objetiva elaborada por ROXIN, con la que se resuelven en el tipo objetivo cuestiones que el finalismo resolvía en el tipo Subjetivo. A parecen, por consiguiente, aspectos subjetivos que inciden en la existencia del tipo objetivo.

Ejemplificativamente podemos recurrir al discutida cuestión de los conocimientos especiales (cuestión claramente de carácter subjetivo), que son tomados en cuenta para afirmar o no (según proceda) la imputación

objetiva⁷. En efecto, señala ROXIN que para determinar si efectivamente se ha producido la creación del riesgo (primer nivel de la imputación), el observador, además de los conocimientos normales, tendrá que tener en cuenta el “saber especial del autor concreto”. Por ello, “si alguien aconseja a otro que dé un paseo, sabiendo que en el camino está al acecho un asesino, naturalmente habrá que afirmar que una creación de peligro, y el hecho será punible como asesinato u homicidio si se mata la paciente”. Por el contrario, para el funcionalismo sistemático, el rol de individuo es esencial a la hora de decidir sobre la relevancia de los conocimientos específicos; en términos generales, cabe decir que estos no deben ser tomados en consideración sino en función del rol que en ese momento desempeñe la persona y el estatus que ejerza. Sin perjuicio de que sobre la cuestión de los conocimientos especiales exista en la doctrina una importante polémica, aquí lo que se pretendía era poner de manifiesto que existen elementos subjetivos que son examinados en el tipo objetivo (por ejemplo, como acabamos de ver, para poder afirmar la imputación objetiva de un resultado a una acción)⁸.

⁷ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “TRARADO DE DERECHO PENAL”, Editorial Civitas, 2010, Pág., 41

⁸ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “TRARADO DE DERECHO PENAL”, Editorial Civitas, 2010, Pág., 41.

SUBCAPITULO II

(El Sistema Finalista de Delitos)

1. EL SISTEMA FINALISTA DE DELITOS

Con **WELZEL** se rompe con la antigua distinción objetiva / subjetivo utilizando para referirse a ilícito culpabilidad. Además se acentúan los aspectos subjetivos del delito.

El traslado de dolo y la imprudencia al tipo, subjetiviza a este de una manera muy clara. Además la concepción del ilícito personal refiere la antijuricidad a la persona concreta, por lo que también lo subjetiviza.

La capacidad pierde su importancia como mero acontecimiento y se la examina como finalmente dirigida por una voluntad humana. La acción es el núcleo del delito y se concibe como una acción (final) regida por la voluntad y dirigida a un determinado resultado. La acción es para **WELZEL** el ejercicio de una actividad final originada por la voluntad.

La doctrina finalista nace con **WELZEL** (1904 – 1977) y fue desarrollada por

este autor a partir de principios de los años treinta; aunque la utilización de la palabra “finalista” para caracterizar la acción se produce a partir de 1935. La inicial concepción fue dando paso a diversas modificaciones a medida que sostenía a revisión toda la teoría del delito imperante hasta el momento⁹.

Frente a la filosofía neokantiana se alza la filosofía fenomenológica y ontológica de **WELZEL**, que parte de la premisa contraria: los valores no se encuentran en los conceptos científicos son o en la realidad, por ello **WELZEL** afirma que los conceptos científicos no son transformaciones diferentes aun idéntico material libre de valores, sino reproducciones de trozo parciales de un ser óntico completo, que lleva en sí, inminentemente, las estructuras legales y diferencias de valor y no las recibe prestadas de la ciencia, estas afirmaciones conduce a **WELZEL** a señalar que “el método no determina el objeto de conocimiento, sino que, a la inversa, el método tiene que orientarse, por necesidad esencial, al objeto como trozo óntico del ser que hay que investigar.

En cuanto a la función del derecho penal, **WELZEL** consideraba que la protección de los bienes jurídicos no eran un objetivo primordial, sino que su misión es la de proteger los valores elementales de la comunidad. Los valores del actuar normas conforme a derecho “constituye el trasfondo ético social positivo de las normas jurídicas penales, siendo entonces la misión central del derecho penal el “asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores”. Ahora bien, evidentemente “al castigar el derecho la efectiva inobservancia de los valores de la conciencia jurídica, protege al mismo tiempo los bienes

⁹ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “TRARADO DE DERECHO PENAL”, Editorial Civitas, 2010, Pág., 83.

jurídicos a los que están referidos a cuyos valores”. Por ello la misión principal del derecho penal no es la protección actual de bienes jurídicos pues cuando entra efectivamente en acción, por lo general, ya es demasiado tarde. Más esencial que la protección de determinados bienes completos es la misión de asegurar la real vigencia de los valores del acto de la conciencia jurídica” de ahí que la misión más profunda del derecho penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo.

Para **RICARDO C. NÚÑEZ**¹⁰, *“el finalismo significa una nueva evolución respecto del contenido de los elementos de la definición dogmática del delito, impuesta también, por una particular concepción de la acción”*.

La acción ya no representa un comportamiento causado por la voluntad. Ni un concepto de valor, sino una actividad dirigida hacia una meta por la voluntad. Esto trae consecuencias respecto de la estructura de todos los elementos del delito.

La acción correspondiente al tipo de delito doloso comprende ahora el dolo, porque este es la finalidad delictiva que dirige la actividad del autor y la convierte en acción. El finalismo se aparta, así, del positivismo y normativismo, para los cuales el dolo representaba, respectivamente, una de las especies de la culpabilidad o uno de sus elementos.

Desde que la acción ya no es un concepto de valor, según pensado en el normativismo, el tipo no es un tipo de injusto, sino, simplemente, un tipo de acción.

¹⁰ RICARDO C. NÚÑEZ, “MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL”, Editorial Marcos Lerner, Cordova 1999, Pág., 107.

Su sentido valorativo se reduce al que surge del hecho de constituir una selección de las acciones penalmente relevante, las cuales solo son antijurídicas si no concurre una causa de justificación. Por lo tanto la tipicidad es el inicio de la antijuricidad.

Respecto a la antijuricidad, el finalismo se aparta del positivismo y del normativismo, es cuando abandona la idea de que aquella únicamente significa una visión o un peligro para el bien jurídico causados por la acción del autor (disvalor del resultado). Por el contrario, el finalismo piensa que la antijuricidad reside siempre, en todos los delitos, en el disvalor de la acción en sí misma, y que únicamente en los delitos de daño o de peligro se presenta también como disvalor del resultado. Desde otro punto de vista, el finalismo abandona la idea restringida del normativismo de que la antijuricidad tiene naturaleza subjetiva solo si existe elementos subjetivos del tipo, piensa, por el contrario, que siendo la finalidad inherente a la acción, que constituye el objeto del juicio de antijuricidad, esta, a la par de la naturaleza objetiva, en tanto el determinado elemento de naturaleza externa, tiene siempre una naturaleza subjetiva determinada por el finalismo del autor.

Por último, el finalismo también innova en lo atañe a la culpabilidad. En este aspecto, el finalismo se caracteriza por llevar a sus últimos extremos el concepto normativo de la culpabilidad. Para el normativismo, la culpabilidad no es puro reprochamiento, sino una situación de hecho psicológica reprochable. Por el contrario, para el finalismo, libera la culpabilidad de ese elemento psicológico por su traslado a la acción, la culpabilidad que reducida a su aspecto normativo, esto es, un puro juicio de reprochabilidad. La

culpabilidad consistiría, entonces, en el reproche personal hecho al autor de que no ha actuado correctamente, conforme a los que exigía el derecho, a pesar de haber podido hacerlo.

Las ideas fundamentales del finalismo fueron expresadas inicialmente por **HANS WELZEL** en su artículo (causalidad y acción)

2. MÉTODO Y FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL.

Metodológicamente WELZEL partía de un punto de vista ontológico considerando que existían estructuras lógico objetivas (sachlogische strukturen) de carácter previo que eran marcos referenciales de las disposiciones legales¹¹.

Frente a la filosofía neokantiana se alza la filosofía fenomenológica y ontologicista de welzel, que parte de la premisa contraria: los valores no se encuentran en los conceptos sino en la realidad. Por ello, WELZEL afirma que “los concepto científicos no son transformaciones diferentes de un idéntico material libre de valores, sino reproducciones de trozos parciales de un ser óntico complejo, que lleva en sí, inminentemente, las estructuras legales y diferencias de valor y no la recibe prestadas de la ciencia”. Esta afirmación conduce a WELZEL a señalar que “el método no determina el objetivo de conocimiento, sino que, a la inversa, el método tiene que orientarse, por necesidad esencial, al objeto – como trozo óntico del ser – que hay que investigar”¹².

En cuanto a la función al derecho penal, WELZEL considera que la protección

¹¹ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “TRARADO DE DERECHO PENAL”, Editorial Civital, 2010, Pág., 83.

¹² JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Op Cit, Pág., 32.

de bienes jurídicos no era un objeto primordial, sino que su misión es la de proteger los valores elementales de la comunidad. Los valores del actual conforme a derecho “constituyen el trasfondo ético - social - positivo de las normas jurídicas - penales”, siendo entonces la misión central del derecho penal el “asegurar la vigencia inquebrantable de estas valores”. Ahora bien, evidentemente “al castigar el derecho la efectiva inobservancia de los valores de la conciencia jurídica, protege al mismo tiempo los bienes jurídicos a los que están referidos aquellos valores”. Por ello, “la misión primaria del derecho penal no es la protección actual de bienes jurídicos pues cuando entra efectivamente en acción, por lo general, ya es demasiado tarde. Más esencial que la protección de determinados bienes complejos es la misión misma de asegurar la real vigencia (observancia) los valores de acto de la conciencia jurídica”. De ahí que la misión más profunda del derecho penal es la naturaleza ético social y de carácter positivo¹³.

3. LA TIPICIDAD: LA EDUCACIÓN SOCIAL.

En relación al tipo, WELZEN manifiesta que es “la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual. No obstante, y a pesar de esta definición esquemática del tipo WELZEL, en su concepto e interpretación del tipo, se separa profundamente de la concepción puramente causal del tipo, esto es, de la descripción del tipo como mera descripción de un acontecer casual¹⁴.

Lo más sobresaliente en este punto es su doctrina sobre la adecuación social.

¹³ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “TRATADO DE DERECHO PENAL”, Editorial Civitas, 2010, Pág., 85.

¹⁴ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Op. Cit, Pág., 85.

WELZEL no defendió siempre la misma concepción sobre la adecuación social, pues, de ubicarse en el tipo como límite mínimo, pasó a ser considerado causa de justificación de derecho consuetudinario y, por último, volvió a colocarla en el ámbito del tipo, donde es considerada como un principio general de interpretación”. Así pues, las acciones socialmente adecuadas son principios generales de interpretación¹⁵.

Señala WELZEL, separándose de las concepciones del tipo puramente causales, que las formas de conductas seleccionadas por lo tipos tienen, por una parte, un carácter social, pero, por otro, son precisamente inadecuadas en una visa social ordenada. De manera que los tipo” señalan formas de conducta que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social”. Esta forma de entender el tipo implica y conduce a una interpretación de los tipos diferentes de una mera descripción de un proceso causal. El tipo, para WELZEL, no es una descripción de un acontecer causal, sino una selección de conductas inadecuada socialmente. Por ello, las conductas que sean socialmente adecuadas no pueden ser abarcadas por el tipo, aunque desde un punto de vista causal pudieran ser subsumidas en el tipo.

Las conductas socialmente adecuadas son conductas que se mantienen dentro de los marcos de libertad de acción social. La adecuación social constituye, según indica WELZEL, “la falsilla de los tipos penales: es el estado “normal” de libertad social de acción, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos”¹⁶.

¹⁵ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “TRARADO DE DERECHO PENAL”, Editorial Civitas, 2010, Pág., 85.

¹⁶ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “TRARADO DE DERECHO PENAL”, Editorial Civitas, 210, Pág., 86.

Por otras parte, al incorporar WELZEL el dolo y la culpa al tipo, este se subjetiviza completamente. El finalismo diferencia entre el tipo subjetivo y el tipo objetivo.

El tipo objetivo comprende “aquello que tiene que encontrarse objetiva en el mundo exterior”. El núcleo del mundo objetivo es la acción; además de la acción. WELZEL incluye en el tipo objetivo los medios especiales, las modalidades especiales de acción, otras circunstancias objetivas del hecho de determinado delitos y los elementos a características especiales de la autoría.

El tipo subjetivo comprende el dolo y la imprudencia; WELZEL añade los elementos subjetivos del autor de la acción, es decir, las diferencias contenidas, en ocasiones, en los tipos a la “postura o actitud anímica del autor” y que se les conoce con la denominación de elementos subjetivos del injusto¹⁷.

4. LA ACCIÓN.

WELZEL elaboró la teoría del injusto personal, pues, a su juicio, la estructura final de la acción conducía a la concepción individual del injusto.

Consideraba WELZEL que la concepción causal de la acción era irreal y abstracta, y por ello, frente a dicha concepción planteaba un concepto de acción desde un punto de vista ontológico. La acción que estamos examinando no es una acción abstracta inventado por el legislador, sino que el concepto de acción es anterior y plenamente real aplicable a un ser real y

¹⁷ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Op. Cit, 2010, Pág., 86.

cierto¹⁸.

Como dice el autor, para los causalistas el contenido de la voluntad no pertenece a la acción, pues esta es un querer aséptico, independientemente del resultado. WELZEL impugnó ese concepto de acción ficticio, ya que en plano del mundo real, cuando una persona quiere, siempre quiere algo. El contenido de la voluntad está íntimamente unido la acción del sujeto. El hombre cuando actúa lo hace finalísticamente ordenando su hacer hacia un determinado resultado.

La actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, por ello, WELZEL prácticamente afirma que mientras la finalidad es vidente, la causalidad es ciega.

Argumente WELZEL que con la explicación de los causalista el acto aparece condicionado por la cadena infinita del acontecer; pero tal acontecer no estaba dirigido finalmente a ese objetivo. Por el contrario, la explicación finalista de la acción descansa en la realidad, pues, lo cierto es que el sujeto domina o intenta dominar los factores causales y hacerlos concurrir en la forma apetecida para la obtención de una meta. La persona humana al querer algo dirige finalísticamente su acción hacia dicha meta, con arreglo a un plan previamente trazado. El hombre sobre determina el proceso causal en función de sus conocimientos, con la idea de llegar a un fin. En palabras del WELZEL, la persona “en virtud de su saber causal previo puede dirigir los distintos actos de su actividad de tal modo que oriente el acontecer causal

¹⁸ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “TRARADO DE DERECHO PENAL”, Editorial Civitas, 210, Pág., 87.

exterior a un fin y así lo sobre determine finalmente”¹⁹.

- En la esfera del pensamiento:
 - Anticipación del fin (fijación de la meta)
 - Selección de medios.
 - Consideración de los efectos concomitantes.
- En la esfera del mundo real:
 - De acuerdo con lo elaborado en la esfera del pensamiento, el autor lleva a cabo acción en el mundo real.

El que quiere mantener a otro, elige convenientemente los factores causales y los dispone de modo que pueda alcanzar el fin predeterminado.

En definitiva, como expone MAURACH (en una definición que ha tenido gran predicamento entre la doctrina), debe considerarse acción toda “conducta humana, regida por la voluntad orientada a un determinado resultado”. A juicio de MAURACH, este concepto “abarca tanto el hacer corporal como el no hacer, y sirve pues de base al delito de comisión y al de omisión. Comprende tanto los casos en los que la voluntad rectora anticipa el resultado tipificado (hechos dolosos), como aquellos en los que la voluntad está dirigida a un resultado distinto al típico causado (hecho culposos).

5. DESVALOR DE ACCIÓN/DESVALOR DE RESULTADO.

Coherentemente con ese concepto final de acción, va a considerarse por los finalistas que la esencia del reproche delictivo se encuentra, no en el resultado causado, sino precisamente en la acción realizada. Lo importante

¹⁹ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “TRATADO DE DERECHO PENAL”, Editorial Civitas, 2010, Pág., 88.

es el desvalor de acción y alrededor de él debe girar la teoría del delito. Aunque se puede desvalorar un resultado, como éste puede no producirse, subsiste el desvalor de la acción dirigida a realizar el resultado desvalorado, de manera que el derecho penal debe tener en cuenta el desvalor del resultado mediante el desvalor del acto.

Dicho de forma gráfica: el legislador no puede prohibir causaciones de resultados, sino acciones finales causales de resultado.

6. LA CAUSALIDAD

En relación el problema causal, WELZEL considera que ha de partirse de un concepto causal ontológico, pues “no existe una causalidad jurídica especial”, sin perjuicio de que no todos los cursos causales sean jurídicamente relevantes.

Para establecer la relación entre la acción y el resultado, la teoría de la equivalencia de condiciones es a juicio de WELZEL, una teoría acertada. Si formula “heurística” es válida “para la comprobación de las relaciones causales y para excluir la falta de causalidad”. Pero, con la comprobación de la causalidad no es suficiente para la responsabilidad penal. Además de la comprobación de la causalidad hará falta determinar “la medida en que la relación causal es momento integrante de la acción típica”²⁰

En los delitos dolosos, “solo es típicamente relevante la relación causal dirigida por el dolo (de tipo)”, de manera que “todos los efectos que acontecen en consideración para los tipos de las delimitos dolosos”.

²⁰ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “TRATADO DE DERECHO PENAL”, Editorial Civitas, 2010, Pág., 89.

En los delitos culposos “entran en consideración solo aquellas causaciones de resultado que quedan dentro del marco de la acción típica”. En consecuencia, añade WELZEL, “deben quedar eliminados de los tipos de los delitos culposos todos los cursos causales que quedan más allá de la previsibilidad objetiva y que, por lo tanto, son un suceso incontrolable”.

7. EL TIPO SUBJETIVO: EL DOLO Y LA IMPRUDENCIA

El desvalor de acción ha de ser observado mediante la concurrencia de dolo o de imprudencia. Una acción se desvalorará en función de que concurren dolo o imprudencia, pues, para los finalistas el dolo o la imprudencia pertenecen a la acción, y no son formas de la culpabilidad como hasta entonces se mantenía.

La finalidad de la acción típica es el dolo para los finalistas de manera, que el dolo pertenece al tipo. El sujeto al obrar, ya realiza una acción típica dolosa o imprudente. Ahora bien, aunque toda actividad humana es actividad final, sin embargo, sin duda, no toda finalidad es dolosa. Por ello, WELZEL señalaba que “la finalidad es el concepto más general: fundamental; designa la causalidad de una acción de ser un acontecimiento dirigido. Es un concepto prejurídico, mientras el dolo es un concepto jurídico, referido al tipo objetivo, que indica que la acción se orienta a la realización del tipo”²¹.

El dolo y la imprudencia son elementos subjetivos generales de los tipos, si concurre dolo, este será el elemento subjetivo del tipo doloso; si concurre imprudencia, esta será el elemento subjetivo del tipo imprudente.

²¹ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “TRATADO DE DERECHO PENAL”, Editorial Civitas, 2010, Pág., 90.

Existen, por tanto, elementos subjetivos en los tipos.

Evidentemente, este planteamiento suponía una ruptura natural con las concepciones anteriores. En efecto, no solamente se traslada el dolo o la culpa de la culpabilidad al tipo, sino que con ello, además, se rompía absolutamente con la idea de que lo subjetivo pertenecía a la culpabilidad y que en el tipo no existía nada que no fuera objetivo; sin perjuicio de que ya hubiera habido avances anteriores en este sentido con los elementos subjetivos del tipo, el traslado del dolo o la culpa al tipo, subjetivizada complementariamente el tipo. Así pues, con el reconocimiento del dolo como elemento subjetivo del tipo, se termina con el sistema de la determinación puramente objetiva del tipo.

Para explicar su solución WELZEN recurrieron al conocido ejemplo de la tentativa. Señalaba WELZEL que en la tentativa es imposible desde un punto de vista puramente objetivo constatar qué tipo concurre pues, para llevar a cabo esta determinación es preciso recurrir a la decisión subjetiva del autor. En la tentativa, el dolo es sin duda “un elemento del tipo”, sin el cual no puede ser constatada la tipicidad del acontecer externo. De tal modo, el dolo es ya, según la doctrina dominante un elemento subjetivo de lo injusto en la tentativa”. De ahí, afirma WELZEL que “si el dolo pertenece al tipo y no solo a la culpabilidad en la tentativa”, necesariamente “tiene que conservar la misma función cuando la tentativa pase al estado de la consumación”. De forma ejemplificativa, se preguntaba WELZEL “¿cómo podría depender de que el disparo dé o no en el blanco, el que el dolo sea un elemento de lo

injusto o de la culpabilidad?²²".

El dolo para los finalistas es un dolo natural (un dolo del hecho), que supone la mera dirección de la acción hacia el hecho típico. Es conocimiento y voluntad de realizar el tipo penal. Peor, a diferencia de lo que ocurría con los conceptos clásicos y neoclásicos del delito, para el finalismo el dolo no incluye el conocimiento de la antijuricidad. Para que pueda afirmarse la concurrencia de dolo basta con la finalidad de realización de la acción típica, sin que sea preciso averiguar si el sujeto conocía o no la antijuricidad de su acción.

8. LA ANTIJURICIDAD.

WELZEL, en su concepción del derecho, parte de la premisa de que las proposiciones jurídicas son normas de determinación, esto es, sigue la teoría de los imperativos. De ahí que considere que la acción es antijurídica "solo como obra de un autor determinado (...) La antijuricidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado". La razón de ello se encuentra en que la antijuricidad implica la voluntad del autor de contradecir la norma concebida como un imperativo a él dirigida. Por ello, el injusto es "injusto personal". Los defensores de la teoría finalista el reconocer la existencia de los denominados elementos subjetivos de la antijuricidad, consideran que para estimar que la persona actúa ampara por una causa de justificación (por ejemplo, en legítima defensa), es preciso que se sepa que actúa con la finalidad adecuada a la causa de justificación. La autorización solo es aplicable cuando el sujeto actúa sabiendo que se encuentra en la

²² JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "TRARADO DE DERECHO PENAL", Editorial Civitas, 2010, Pág., 91.

situación prevista para la autorización²³.

En otras palabras, solo cabe admitir una causa de justificación, cuando se actúa con la finalidad de actuar amparado bajo autorización. Esto es, una conducta no será antijurídica cuando el que actúa conoce que actúa autorizado; no es antijurídico cuando sabe que actuar en esas circunstancias no es actuar contra derecho. Esta concepción solo es posible admitiendo en el juicio de antijuricidad el elemento subjetivo de la justificación.

En el ejemplo que puso el autor al tratar la doctrina clásica, este es, la persona que mata a otra ignorando que se encuentra en una situación de legítima defensa, para los partidarios de la doctrina finalista tal persona (a diferencia de las conclusiones a que llegan los partidarios de la doctrina clásica) no obraría en legítima defensa pues como desconocía la situación de legítima defensa carecía del elemento subjetivo necesario.

9. LA CULPABILIDAD.

La concepción finalista de la culpabilidad es una concepción puramente normativa. Al trasladar el dolo y la culpa de la culpabilidad (donde se había examinado con anterioridad) a la acción, en la culpabilidad queda el juicio de reproche. Culpabilidad es reprochabilidad. La culpabilidad es, para el finalismo, un juicio de reproche que se realiza al autor del acto por haber obrado contra derecho cuando hubiera podido actuar conforme a derecho.

En definitiva, al autor se le reprocha la formación de una voluntad antijurídica. Como dijimos, la culpabilidad es reprochabilidad y esta se enlaza con la

²³ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, "TRATADO DE DERECHO PENAL", Editorial Civitas, 2010, Pág., 92.

“evitabilidad”. De manera que habría culpabilidad cuando la persona pudo haber evitado la formación de la voluntad antijurídica; cuando no pudo haber evitado obrar como lo hizo, podía haber actuado conforme a la norma.

SUBCAPITULO III

Sistema Funcionalista Sistemático

(Sistema que adopta el suscrito para la adecuada tipificación del delito de conspiración)

1. EL SISTEMA FUNCIONALISTA SISTÉMICO.

a) La sociedad: la pena:

La teoría de los sistemas de Luhmann tiene una considerable influencia en el pensamiento de JAKOBS (n. 1937), y sobre dicha base este elabora un modelo funcionalista sistemático del derecho penal. Este modelo supone un abandono del sistema ontologicista representado por WELZEL

y su sustitución por un sistema plenamente normativo²⁴.

La teoría sistemática considera esencial examinar cuál es la función que debe cumplir cada subsistema dentro del sistema. En esta línea de pensamiento, la función del subsistema penal es mantener la confianza de los ciudadanos en el sistema.

El derecho penal se presente, pues, como un instrumento para la estabilización del sistema. La protección social se produce “reafirmando al que confía en la norma de su confianza. En ese sentido, la pena tiene tres efectos:

- a) Ejercitar en la confianza de la norma.
- b) Ejercitar en la fidelidad del derecho.
- c) Ejercitar en la aceptación de las consecuencias.

Todos ellos se resumen como indica JAKOBS, en el “ejercicio en el reconocimiento de la norma”. De manera que el derecho penal contribuye al mantenimiento de la configuración social y estatal mediante su función de “garantizar las normas”. Esta garantía consiste según explicación de JAKOBS en que “las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas”. Por tal razón, el bien jurídico penal que debe proteger el derecho es “la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción” ejemplificando esta cuestión JAKOBS señala que “lo que constituye una lesión de bien

²⁴ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “TRARADO DE DERECHO PENAL”, Editorial Civitas, 2010, Pág., 137.

jurídico penal no es la causación de una muerte (esta es simplemente lesión de un bien), sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable”. Evidentemente, esta concepción implica el rechazo radical de la concepción del bien jurídico de la época liberal. Por ello, el derecho no se concibe como protector de bienes jurídicos (en el sentido liberal), ni en instrumento de valoraciones, sino que es, como dijimos, un instrumento de estabilización social²⁵.

Los contactos sociales han de orientarse conforme a la norma que expresa la expectativa correspondiente; la decepción de la expectativa, hola defraudación normativa exigen la estabilización del sistema mediante la reafirmación de la vigencia de la norma. Con ello, se consigue la confianza en la norma y en la funcionalidad del sistema. De ahí que todas las categorías del subsistema penal deben normativizarse y referenciarse a un sistema concreto.

Para la teoría sistemática la importante es que el sistema funcione y por consiguiente analizar de evitar disfuncionalidades o en si caso la respuesta de ellas. Cuando esto ocurre, es decir, cuando se presentan disfuncionalidades, el sistema que tener una respuesta que lo establezca. El delito implica la defraudación de una expectativa. En efecto en la medida en la que el individuo puede conformar (y conforma) sus subsistema, se genera en la sociedad unas expectativas de comportamiento que cuando se decepcionan, producen una

²⁵ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “TRARADO DE DERECHO PENAL”, Editorial Civitas, 2010, Pág., 138.

disfuncionalidad en el sistema. De ahí que se considere que el delito constituye una disfuncionalidad y la pena el medio con el que se produce la estabilización del sistema, la pena reafirma la vigencia de la norma, expresa que la norma rige que la disfuncionalidad no.

Se pone claramente en manifiesto por el autor, que cuando se examina la función que cumple el derecho penal lo primero que surge es la relativa a la fundamentación de la pena. En este extremo, JAKOBS elabora lo que se denomina la teoría de la prevención general positiva. La pena “es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero, con tal efecto, la pena no ha cumplido ya su cometido sino solo con la estabilización de la norma lesionada”²⁶.

En otras palabras, vertidas por el autor, la infracción de la norma, esto es la desobediencia de la norma, pone de manifiesto expresamente que para el autor tal norma no rige; paralelamente, la imposición de la pena tiene el significado de expresar que tal idea del infractor no es correcta, que la norma rige, que está vigente. De manera que con la pena lo que se expresa es la vigencia de la norma, porque con ello se mantiene estabilizadas las expectativas de la sociedad. La pena significa que “la significación del comportamiento no es determinante y que lo determinante sigue siendo la norma”. Por ello, la misión de la pena no es evitar lesiones de bienes jurídicos, sino que de su misión es como señala JAKOBS, reafirma la vigencia de la norma”²⁷.

²⁶ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “TRATADO DE DERECHO PENAL”, Editorial Civitas, 2010, Pág., 139.

²⁷ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Op. Cit, Pág., 139.

Las expectativas sociales son las aparecen reflejadas en las normas más que son el modelo del contacto social. La desobediencia a la norma significa que es no es el modelo y, por último, la imposición de la pena expresa que la norma está vigente. Se cierra el círculo y se estabilizan las expectativas normativas.

Por ello, JAKOBS señala que “la misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales”. Esto es, la pena estabiliza la norma²⁸.

b) Acción:

La acción es aquel hecho que es culpable, de manera que para nada importa al concepto el aspecto, esto es, el movimiento corporal, pues, lo que interesa es la relación que tiene con la norma. Por ello, JAKOBS señala que “lo grave no es el suceso externo, sino la actitud de autor ante la norma (o sea, ante el ordenamiento en general) puesta de manifiesto en el hecho de la ejecución de la acción”²⁹.

El concepto de acción ha de establecerse determinado tanto al sujeto como al mundo exterior. Cualquier concepto de acción debe indicarnos que el concepto de sujeto empleando. Para JAKOBS la acción es la “causación del resultado individualmente evitable”, o bien la “causación evitable del resultado”. Este concepto de acción como el de omisión, considerando que esta constituye una “no evitación evitable de un

²⁸ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “TRARADO DE DERECHO PENAL”, Editorial Civitas, 2010, Pág., 140.

²⁹ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Op. Cit, Pág., 140.

resultado”, permite a este autor un acercamiento entre ambos conceptos, difuminándose la división entre acción y omisión. A juicio, es posible “formar un supraconcepto de comportamiento que en la respectiva diferencia de resultado, evitable, abarque la comunidad entre actuar y omisión”. Por ello, concluye con la conocida fórmula: “**conducta es la evitabilidad de una diferencia de resultado**”³⁰.

c) El Sujeto Responsable:

En esta normatización de los conceptos, el del sujeto responsable tenía que modificarse. Como indica JAKOBS, un sujeto no es aquel que pueda ocasionar o impedir un suceso, sino aquel que puede ser responsable por este”³¹.

Dentro de las expectativas normativa como lo desarrolla el autor, cada persona puede organizar el mundo en la forma que tenga por conveniente, pero será responsable de esa organización. De igual manera, las expectativas sociales conforman el mundo en el que vive la persona y esta es responsable en función al rol que le corresponde.

De lo que desarrolla el autor llega a la conclusión, que el sistema funcionalista sistémica conforma dos fundamentos de responsabilidad de la persona:

- Una responsabilidad por organización.
- Una responsabilidad por competencia o institucional.

³⁰ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Op. Cit Pág., 140.

³¹ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “TRARADO DE DERECHO PENAL”, Editorial Civitas, 2010, Pág., 141.

La responsabilidad por organización se presenta cuando se defraudan las expectativas mediante los delitos de dominio, mientras que la responsabilidad institucional mediante los delitos de infracción de deber.

En la responsabilidad por organización la persona ha formado el mundo, lo ha organizado desobedeciendo a la norma y por consiguiente, defraudando las expectativas sociales. En la responsabilidad por competencia, la expectativa es que el sujeto cumpla el rol asignado y sin embargo, la defrauda incumpliendo el deber que imponía la norma.

d) La Persona Jurídica:

Es indiscutible que la ley considera que las personas jurídicas no pueden cometer delitos. Y, en esta afirmación coincide la doctrina dominante, tal como lo describe el autor, en la cual esgrimen como argumento más importantes, la incapacidad de acción de la persona jurídica y su incapacidad de culpabilidad.

Pero el concepto funcionalista de acción y de sujeto responsable, que supone la superación del naturalismo, llega a una posición diferente, si se determina el sujeto responsable con criterios valorativos (normativos), no existen problemas para admitir como sujeto responsable a la persona jurídica, por la que JAKOBS señala que “las actuaciones de los órganos con arreglo a sus estatutos se convierte en acciones propias de la jurídica”³².

³² JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “TRATADO DE DERECHO PENAL”, Editorial Civitas, 2010, Pág., 142.

b) La Culpabilidad:

Según el autor Jacobo López Barja de Quiroga, es habitual que en las formulaciones de la culpabilidad se trate la cuestión de libre albedrío, bien para aceptarlo o bien para negarlo (por ejemplo en el determinismo) y, en razón en este, fundamentar la culpabilidad. El funcionalismo prescinde absolutamente de este planteamiento, pues, la existencia o no de libre albedrío es considerada totalmente irrelevante en su marco teórico.

Por ello, nos dice JAKOBS que si nos limitamos al aseguramiento del orden social (pretendemos desvalorizar a la persona realizando un juicio de reproche), en la culpabilidad no debemos examinar si el autor tenía realmente una alternativa de comportamiento (culpabilidad establecida como juicio de reproche por obrar contra derecho cuando podía tener una alternativa real obrar conforme a derecho) realizable individualmente, sino que lo que debe analizarse en la culpabilidad es si existe “una alternativa de organización” que sea preferible a la imputación del hecho al autor. De manera que “si falta una alternativa de organización, se le asigna al autor una alternativa de comportamiento y se le reprocha que no la haya utilizada³³”

La culpabilidad caracteriza “la motivación no conforme a derecho del autor como motivo del conflicto”. De acuerdo a la teoría que cita el autor del fin de la pena antes indica, la razón del castigo se encuentra en mantener la confianza general en la norma, esto es, para “ejercitar en el

³³ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “TRATADO DE DERECHO PENAL”, Editorial Civitas, 2010, Pág., 145.

reconocimiento general de la norma”, de manera que la falta de fidelidad al derecho tendrá como razón de ser un déficit de motivación jurídica que será lo relevante a la hora de afirmar la culpabilidad de la persona. La culpabilidad, por tanto, “se fundamenta en la prevención general (...) y se mide conforme a esta prevención.

Como indica BACIGALUPO “la culpabilidad se dará no solo cuando el autor no se ha motivado por la norma, sino cuando, además, estuvieran obligados a ello, es decir, cuando fueran competente por su falta de motivación”. Por ello, JAKOBS afirma que en la culpabilidad lo que se ha de determinar es qué “factores relevantes para la motivación perteneciente al ámbito de tareas de autor y qué factores puede invocar el autor como no disponibles para él”³⁴.

³⁴ JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “TRATADO DE DERECHO PENAL”, Editorial Civitas, 2010, Pág., 146.

CAPITULO III

SISTAMA FINALISTA PERUANO

(Sistema que Acoge el Sistema Penal Peruano para la Tipificación de los Delitos)

1. EL FINALISMO PERUANO³⁵

Nuestro código vigente penal se inclina por esta corriente, de esta manera se desprende el delito: Acción, Tipicidad, Antijurídica y Culpable.

a) Acción:

Se toma en cuenta el comportamiento humano que se da con voluntad, dejándose de lado las acciones que se den como consecuencia de estado de inconsciencia, el movimiento reflejo y la fuerza física irresistible.

³⁵ LUIS MIGUEL BRAMONT ARIAS, "LECCIONES DE LA PARTE GENERAL Y DEL CÓDIGO PENAL", Editorial San Marcos, Lima 1998, Pág., 69.

b) Tipicidad:

Aquí donde se presenta una de las diferencias con la corriente causalista, dado que aparece el concepto de la acción típica-por acción omisión, que es aquella que tiende a un fin, no sé qué en el mero cambio del mundo exterior. Como señala **JESCHECK**, “en el nuevo sistema de delito la finalidad de la acción típica fue equiparada con el dolo de la estructura final de la acción se infería que el dolo, en forma conjunta con los otros elementos subjetivos del injusto, debe pertenecer al tipo, pues la función consiste en señalar todos sus elemento del injusto esenciales para la punidad.”

Por tal razón no se considera acción relevante para el derecho penal las que se producen por fuerza física irresistible, movimiento reflejo o en estado de inconsciencia. La acción típica al tener una finalidad plantea una voluntad, es decir una intención dolo o culpa de producir un resultado. La tipicidad por tanto incluye un aspecto objetivo-sujetos, bien jurídico, relación de causalidad, elementos descriptivos y normativos y un aspecto subjetivo dolo o culpa.

c) Antijuricidad:

Se debe presentar la antijuricidad formal, ver si la acción va en contra del ordenamiento jurídico y material, si lesiona o puesta en peligro del bien jurídico protegido. No se debe presentar ninguna causa de justificación, (legítima defensa), estado de necesidad justificante, obrar por disposición de la ley, obra en cumplimiento de un deber, obra en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, el consentimiento.

d) Culpabilidad³⁶:

Es el juicio de reproche que se produce al sujeto activo. Aquí se analizan tres criterios:

➤ **La imputabilidad:**

Persona capaz consciente de su acto al momento de realizar la acción típica, mayor de 18 años.

➤ **El conocimiento del injusto:**

Se ve si se presenta un error de prohibición, el cual puede hacerse presente dentro de una causa de justificación o dentro de una causa de exculpación.

➤ **La exigibilidad de actuar de forma diferente:**

Posibilidad de autodeterminarse conforme al derecho en el caso concreto, en otras palabras, la conducta adecuada a la prohibición o imperatividad de la norma.

³⁶ LUIS MIGUEL BRAMONT ARIAS, "LECCIONES DE LA PARTE GENERAL Y DEL CÓDIGO PENAL", Editorial San Marcos, Lima 1998, Pág., 70.

CAPITULO IV

AUTORIA Y PARTICIPACIÓN

I. CONCEPTO DE AUTOR³⁷:

1. Concepto Unitario de Autor.

Conforme a este planteamiento que en la actualidad constituye el de menor aceptación doctrinal, todo sujeto que toma parte en un hecho delictivo debe ser considerado autor, sin que para ello sea relevante apreciar la entidad material de su intervención. De esta forma, el concepto unitario rechaza cualquier intento por establecer una distinción entre autor y partícipe, negando con ello todo vínculo de accesoriedad entre las

³⁷ DAVID EMANUEL ROSALES ARTICA, "LA COAUTORIA EN EL DERECHO PENAL"-¿ES EL COMPLICE PRIMARIO UN CAUTOR?, Tesis para Optar el Grado de Magister, 2012, Pág. 23.

responsabilidades de los distintos intervinientes en el hecho punible.

Los orígenes de este concepto se puede hallar en los planteamientos de V. SCHIRACH y STÜBEL (siglo XIX) a favor de la equivalencia de las condiciones. Según sus argumentaciones, resulta imposible establecer una diferenciación entre autores y partícipes, pues desde un punto de vista de la causalidad todas las intervenciones en el hecho son necesarios para la producción del resultado, tal y como se produjo.

Cabe precisar, asimismo, que el concepto unitario de autor descansa sobre dos bases: en primer lugar, la teoría de la equivalencia de condiciones debido a V. BURI, magistrado del Tribunal Supremo del Reich, y que es propia del sistema causalista de la teoría del delito (delineando fundamentalmente por V. LISZT y BELING). Conforme a la fórmula de la *conditio sine qua non*, todas las condiciones de un resultado, automáticamente se configura la autoría. En efecto, con este criterio todos los que intervienen en el hecho delictivo deben ser considerados causantes del mismo y, por consiguientes, autores. Ello significa, además, que la importancia objetiva de las contribuciones de los distintos intervinientes sólo se toma en cuenta al momento de la determinación o medición judicial individual de la pena.

En segundo lugar, siguiendo a MIR PUIG, la otra base la que se sustenta el concepto unitario responde a una opción de política – criminal, pues se parte de la contemplación del delito como la obra en común de todos quienes contribuyen a él y se estima conveniente castigar por igual a todos ello, sin que el castigo de uno (partícipes) depende de los hagan los otros

(autores).

Contra el concepto unitario de autor se han planteado criterios: desde el plano de la política-criminal, se señala que este concepto no puede tener asidero en un estado que garantiza la libertad de los ciudadanos, pues con su adopción se ocasiona un incremento desmedido de la represión penal, toda vez que si todas las contribuciones al hecho constituyen una lesión del bien jurídico protegido, se perdería el injusto específico de la acción en cada tipo penal, abandonándose la fronteras de aquél y, por tanto, la función garantista del Derecho Penal. Además se reprocha a este concepto restringir la libertad de los ciudadanos en extremo, pues bastaría la existencia de un nexo causal entre su conducta y la producción de un resultado delictivo para que se los relacione con un hecho punible. Asimismo, se critica al concepto unitario su incompatibilidad con los presupuestos del Derecho penal de un estado de derecho, debido a que al renunciar a delimitar entre las conductas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos, las fronteras de los típicos se disuelven, pues se declara que cualquier provocación causal de un delito previsto en la Parte Especial (PE) del Código Penal (CP) es típica y se debe castigar como autoría. De esta forma se vulnera el principio constitucional de determinación de los tipos penales, el mismo que guarda una estrecha relación con el principio de legalidad. En esta línea, el concepto unitario debe ser rechazado, pues como ha sostenido ROXIN: “un estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no solo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención

del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leiatán”.

Desde la óptica metodológica, se indica que el concepto unitario posee un defecto insubsanable: parte de lo que puede ser válido en el plano causa, para decidir una cuestión valorativa como la determinación de cuáles formas de intervención se deben considerar prohibidas. Ello es así, debido a que este concepto tiene un enfoque naturalista del derecho penal e intenta aplicar a éste método científico-naturales.

La crítica se sustenta en la ida conforme a la cual la construcción e interpretación de los diversos institutos y categorías jurídicas en general y jurídico penal en particular no se puede hacer a partir de criterios pre-jurídicos, sino de elementos netamente normativos pues sólo éstos son compatibles con la metodología teleológico funcional del derecho penal moderno. Y el entendimiento del derecho como producto cultural fundado en parámetros axiológicos.

Los desaciertos del concepto unitario también han sido planteados desde la dogmática penal. En tal sentido, se critica que con este concepto habría que considerar como autores en los delitos especiales a sujetos que no reúnen las condiciones exigidas por el tipo penal. Lo mismo valdría para los denominados delitos de propia mano. Por otro lado, en tano este concepto se basa en la fórmula de la *conditio sine qua non*, los autores de delitos omisivos quedarían impunes pues no se podría comprobar el nexo de causalidad. Otra falencia relacionada con el planteamiento unitario es

graficada por JAKOBS cuando señala que éste “en lugar de referir las aportaciones a la ejecución y determina el injusto de la participación a partir del injusto de la ejecución del hecho, atomiza las causalidades que por sí solas no constituyen el comportamiento punible; la teoría del autor unitario no conoce una intervención común, sino sólo aislada. Esta falta en la determinación del alcance del tipo sólo es muy imperfecta y cabe compensarlo en la determinación de la pena.

2. Concepto Extensivo de Autor³⁸.

De igual forma a lo que ocurre con el concepto unitario de autor, el concepto extensivo tiene como fundamento dogmático a la teoría de la equivalencia de condiciones. De esta manera, es autor todo individuo que ha contribuido causalmente a la realización del hecho delictivo con un comportamiento sin el cual no se habría producido. En tal sentido, la índole física o psíquica, ejecutiva o auxiliadora del aporte causal resulta indiferente, siempre que la contribución se pueda estimar como conditio sine qua non de la existencia del hecho.

En este concepto el autor, los tipos legales de participación (inducción y complicidad) aparecen, entonces, como causas de restricción de la punibilidad (entendida ésta, en sentido amplio y no como categoría autónoma distinta de los elementos de la teoría), pues sin ellos se debería castigar a todos los intervinientes como autores.

A nivel doctrinal, GIMBERNET ha graficado esta concepción de la

³⁸ DAVID EMANUEL ROSALES ARTICA, “LA COAUTORIA EN EL DERECHO PENAL”-¿ES EL COMPLICE PRIMARIO UN CAUTOR?, Tesis para Optar el Grado de Magister, 2012, Pág. 26.

siguiente manera: “se parte de la teoría causal de la condición y, en base a ella, se niega toda distinción objetiva entre la actividad del autor y la del cómplice: ambos no hacen más que colocar una condición del resultado, y una condición no es posible distinguirla de otra condición. El razonamiento a que entonces se acude es éste: la ley positiva distingue entre autor y cómplice; las actividades del autor y cómplice no se distinguen objetivamente; luego la distinción impuesta por la ley ha de hallarse en el terreno subjetivo”.

En efecto, según el concepto extensivo ni la autoría ni la participación se pueden diferenciar desde el plano objetivo, debido a que al fundarse el referido concepto sobre la teoría de la equivalencia de condiciones, todo el que ha contribuido a causar el resultado es autor aunque no haya realizado una acción típica, pues “consideradas como condiciones del resultado típico, las contribuciones del autor y del cómplice no pueden diferenciarse”. Consecuentemente, la delimitación entre autoría y participación no se puede llevar a cabo a partir de criterios situados en el mundo exterior (objetivos), ya que en el aspecto objetivo del delito no es posible distinguir entre las diversas formas de intervención delictivas. En tal sentido, para la diferenciación y por eso no es concepto unitario de autor se debe tomar en consideración el aspecto subjetivo, atendiendo a datos intra psíquicos tales como la voluntad, la intención, los motivos y actitudes de los partícipes. De esta forma, el concepto extensivo resulta siendo una **teoría subjetiva de la participación**, la misma que en la actualidad goza de poca aceptación doctrinal como jurisprudencial y que tradicionalmente se ha manifestado a través de dos corrientes formadas

por las **teorías del dolo y del interés**. Las primeras distinguen entre los intervinientes en función de la clase de voluntad; mientras que las segundas centran su atención en establecer si el hecho se realizó en interés propio o ajeno.

a. Teoría del dolo³⁹:

De acuerdo con estas teorías, en los hechos delictivos donde intervienen varios sujetos es posible reconocer la concurrencia de dos voluntades distintas: de autor y de partícipe. Sin embargo, sus defensores renuncian a profundizar en la diferencia existente entre dichos aspectos volitivos, resultando poco claro el porqué de tal delimitación. Entre todas las teorías del dolo destaca aquella que atribuye al partícipe una voluntad dependiente o subordinada. El defensor más destacado de este planteamiento fue V. BURI quien afirmaba: “Lo distinto del autor con respecto al partícipe sólo cabe individualizarlo en la independencia de la voluntad de autor y la dependencia de la del partícipe. El partícipe quiere el resultado sólo si el autor lo quiere, y si el autor no lo quiere, tampoco él. La decisión de si el resultado se va a producir o no debe, pues, dejarla a criterio del autor”.

A este planteamiento se le ha criticado que traza los límites de modo exclusivamente subjetivo sin correspondencia con los sucesos externos, lo cual conlleva a soluciones inaceptables como la siguiente:

³⁹ DAVID EMANUEL ROSALES ARTICA, “LA COAUTORIA EN EL DERECHO PENAL”-¿ES EL COMPLICE PRIMARIO UN CAUTOR?, Tesis para Optar el Grado de Magister, 2012, Pág. 28.

si dos personas realizan conjuntamente un hecho, dejando internamente cada una la ejecución a criterio de la otra, tendrían que ser ambas sólo partícipes y faltaría el autor. En esa misma línea, se le reprocha considerar como partícipe y no como autor a quien ejecuta la acción típica, pero lo hace internamente subordinado a otro. Como se puede apreciar, el “«talón de Aquiles de la teoría subjetiva de la participación»” radica en su rechazo a la importancia del elemento externo del hecho delictivo. Al margen de las críticas expuestas, un sector de la doctrina asociada al planteamiento de la teoría del dominio del hecho opina que la concepción ahora en estudio ofrece interesantes aportes para la distinción entre autores y partícipes. Por un lado, considera que ésta logra abarcar los distintos puntos de partida de las teorías objetivas bajo la fórmula del “«dejar a criterio»”. En tal sentido, el contenido material de las concepciones objetivas es lo que la teoría del dolo resume cuando señala que el autor “«no reconoce otra voluntad superior a la suya», mientras que el partícipe «deja a criterio (del autor) si el hecho va a llegar o no a la consumación»”. Por otro lado, tomando en cuenta que las teorías subjetivas al introducir el concepto de voluntad de dominio del hecho permiten apreciar en los casos concretos que quien de manera objetiva tiene el dominio del hecho, por regla, tendrá también la voluntad de poseerlo.

b. Teoría del Interés⁴⁰:

⁴⁰ DAVID EMANUEL ROSALES ARTICA, “LA COAUTORIA EN EL DERECHO PENAL”-¿ES EL COMPLICE PRIMARIO UN CAUTOR?, Tesis para Optar el Grado de Magister, 2012, Pág. 29.

De acuerdo con esta teoría, cuando varios sujetos toman parte en la realización de un delito se calificará como autor a quien obró con ánimo de autor (*animus auctoris*) y como partícipe a quien lo hizo con ánimo de partícipe (*animus soci*). En tal sentido, la distinción entre los diversos intervinientes se convierte en un asunto de reproche de sus motivaciones internas. Naturalmente esta formulación subjetiva ha sido objeto también de múltiples críticas. Así, desde puntos de vista político-criminales, se ha cuestionado que la importancia concedida al contenido de la voluntad y la actitud mental del sujeto por encima de los elementos objetivos del hecho pueda ser determinante para la calificación de los intervinientes como autores o partícipes. Ello se observa, por ejemplo, en el llamado caso de la bañera (se consideró cómplice a la que en interés y a instancias de la madre, ahogó en una bañera, por su propia mano y sin colaboración de ninguna otra persona, al hijo ilegítimo de la que le solicitaba que cometiera el asesinato) y en el denominado caso Staschynskij de 1962 (se consideró también cómplice de asesinato al agente Staschynskij, quien por encargo de una potencia extranjera, mató alevosamente, sin cooperación alguna, a dos políticos exiliados que vivían en Alemania, utilizando para ello una pistola con munición envenenada). En estos casos, sobre la base de la teoría subjetiva los Tribunales alemanes castigaron como simples partícipes a quienes realizaron por sí mismos todos los elementos del tipo y consideraron autores a los que no habían tenido ningún tipo de intervención material en el hecho. Empero, la principal crítica contra el planteamiento del interés es aquella que pone de relieve la vulneración

del principio de legalidad, pues es claro que los tipos penales establecen un límite objetivo al concepto de autor, el mismo que no puede ser traspasado con el ánimo del sujeto interviniente (función de garantía de los tipos legales). Los postulados de las teorías subjetivas pretenden remplazar la comisión objetiva del hecho por el subjetivo querer el hecho como propio, lo que en un Estado de Derecho no está permitido. Como ha afirmado GIMBERNAT con contundencia: “(u)na teoría que puede justificar la calificación de cómplice, de un sujeto que realiza todo el tipo de un delito es una aberración, es incompatible con la más elemental sensibilidad jurídica y tiene que ser, por ello, técnicamente incorrecta”. También la posición que comentó ha sido reprobada desde el Derecho procesal, pues se señala que ésta provoca un subjetivismo exacerbado que además de las dificultades probatorias que entraña como cualquier prueba referida a procesos mentales, tiene por sencillas, distinciones psicológicas casi irrealizables. En tal sentido, como han señalado acertadamente OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO, el emplear elementos subjetivos para la distinción, tan escasamente fiables y carentes de significado material, supone utilizar “criterios que, a la postre, constituyen otras tantas puertas abiertas para la arbitrariedad judicial”. Por último, como reprobación común al fundamento de las teorías subjetivas del dolo y del interés, se ha manifestado que éstas no explican “por qué, desde el punto de vista objetivo, las actividades de autor y cómplice han de ser consideradas únicamente como condiciones”. Así, si un sujeto entrega a otro una pistola para que éste mate a otra persona, es posible que la actividad

de quien entrega el arma y quien dispara sean consideradas como condiciones del resultado y, entonces, desde el punto de vista subjetivo, no existiría entre ellas ninguna diferencia objetiva. No obstante, si desde otro enfoque, sí que se podrían presentar distinciones, pues no es lo mismo entregar el arma que dispararla.

3. Concepto Restrictivo de Autor⁴¹:

De acuerdo con el concepto restrictivo de autor, no todos los intervinientes que causan el delito son autores. En tal sentido, el establecimiento de formas especiales de participación como la inducción y la complicidad, supone la presencia de causas de extensión de la punibilidad (en sentido amplio) a acciones que se encuentran fuera del tipo, pues con éste tan sólo sería castigado quien por medio de su propia persona, por ejemplo, mata o roba. Los otros participantes, quienes tan sólo determinan o ayudan al autor, quedarían impunes de no ser por las disposiciones penales relativas a las formas de intervención distintas a la autoría (inducción y complicidad). En esta misma línea, la adopción de un concepto restrictivo de autor consecuentemente desarrollado, no puede aceptar mayores extensiones al mismo que las que estando materialmente justificadas, encuentran un apoyo positivo en la ley. Ahora bien, será por medio del principio de accesoriedad que se establecerá la relación entre autores y partícipes (como causas de extensión de lo típico). Dicho principio se

⁴¹ DAVID EMANUEL ROSALES ARTICA, "LA COAUTORIA EN EL DERECHO PENAL"-¿ES EL COMPLICE PRIMARIO UN CAUTOR?, Tesis para Optar el Grado de Magister, 2012, Pág. 31.

asienta como elemento esencial del sistema de la autoría restrictiva y hace que éste se constituya como preferente al ser más cercano a las exigencias del Derecho penal de un Estado de Derecho.

El concepto restrictivo de autor no es nuevo, pues surgió con el sistema neoclásico de la teoría del delito. En este sistema, la metodología que se siguió para la configuración del concepto de autor fue de naturaleza binaria: por un lado, se utilizó la causalidad adecuada y, por otro, el juicio de previsibilidad objetiva. Con ello se buscó obtener un resultado diferente al conseguido por el concepto de autor elaborado por el sistema clásico (concepto unitario de autor). Ese resultado distinto consistió en restringir la causalidad pura - propia de la teoría de equivalencia de condiciones - como único elemento determinante de la autoría y construir ésta sólo en función de la causalidad adecuada. Con esto, la autoría no se configuró en virtud de cualquier causa o condición, sino únicamente en base a las causas o condiciones que ex post eran objetivamente idóneas para producir un resultado lesivo, lo que significa que la producción del resultado tenía que ser objetivamente previsible. Para ello se recurrió, precisamente, al juicio de valor conocido como pronóstico-posterior, según el cual el juez debe tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente (hombre medio), más las conocidas por el autor (saber ontológico), así como la experiencia común de la época sobre los nexos causales (saber nomológico). La consecuencia dogmática derivada de este planteamiento, fue la posibilidad de restringir el campo de imputación de los delitos calificados por el resultado en calidad de

autoría con la ayuda de la teoría de la causalidad adecuada. Ello significó que no siempre que se comprobara el nexo de causalidad entre un resultado lesivo y el comportamiento de un sujeto estaríamos, sin más, ante la configuración de la autoría. Sin embargo, este planteamiento fue rechazado por emplear como elementos estructurales de la autoría criterios como el del hombre medio y el de la previsibilidad objetiva. Efectivamente, se criticó que mediante su utilización se llegaba al extremo de homogeneizar a todos los individuos como si fueran instrumentos o maquinarias robotizadas y, por ende, a imputar – en forma automática e injusta – la realización de un injusto de autoría a todas las personas que no se han comportado, en forma abstracta, como ciudadanos medios o normales. Asimismo, se reprochó el que se atribuya la causación de un resultado en calidad de autoría, únicamente desde un punto de vista ex ante y sin tomar en cuenta los factores de diversa índole concurrentes en el caso concreto. A pesar de lo expresado en el párrafo precedente, en los últimos tiempos esta concepción propia del sistema neoclásico ha sido objeto de ciertas matizaciones que han transformado su rigidez originaria y la han hecho aceptable por la mayoría. En su formulación actual se sostiene que no todo el que es causa del delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza el tipo, pues para ello es preciso algo más que la causación. En esta misma línea de argumentación, si el simple apoyo a la realización de la acción típica resulta siendo algo objetivamente distinto que la realización de la acción típica, es evidente que tanto autoría como participación deben

ser diferenciadas de acuerdo con criterios objetivos: según la clase de contribución al hecho. Ello significa que el carácter determinante de la diferenciación se encuentra en los aspectos externos de la conducta, en su entidad material. Precisamente, la búsqueda de esta entidad ha dado lugar a que se formulen las siguientes teorías de base objetiva:

a. **Teoría objetivo-formal**⁴².

La principal característica de la teoría objetivo-formal es que en ella toma importancia la literalidad de las descripciones típicas. De esta manera, será autor quien ejecuta todo o algunos de los elementos de la acción típica descrita en los tipos de la PE; mientras que será partícipe quien realiza acciones meramente de auxilio, durante la preparación del delito o durante la ejecución del mismo. Ello significa que la distinción entre autor y partícipe radica en el aspecto exterior de los respectivos comportamientos, es decir, según si la acción se puede subsumir (lógico) formalmente bajo el tipo penal. Este planteamiento objetivo - formal que tiene a BELING como exponente más connotado, ha pretendido ser justificado desde diversas perspectivas. Por un lado, se sostiene que el ejecutar el delito revela una mayor peligrosidad y reprochabilidad que el cometer un mero acto preparatorio o de colaboración. Así, por ejemplo, en un delito de asesinato con intervención de varias personas, no sería ajeno al sentido común - sostienen los defensores de esta postura- castigar con mayor dureza a aquellos

⁴² DAVID EMANUEL ROSALES ARTICA, "LA COAUTORIA EN EL DERECHO PENAL" -¿ES EL COMPLICE PRIMARIO UN CAUTOR?, Tesis para Optar el Grado de Magister, 2012, Pág. 33.

que han atentado contra la vida de la víctima que a quienes sólo actuaron como vigilantes. Por otro lado, como ha expresado ROXIN, esta teoría - atendiendo a su núcleo, al margen de sus variantes- no solamente pretende evitar los defectos del planteamiento causal - concepto único de autor, sino que “se mantiene felizmente en el medio entre el modo de considerar exclusivamente valorativo y el simplemente captador de sentido”. Si bien la teoría en estudio presenta la ventaja de poner de relieve la vinculación entre autoría y tipo interpretado éste de un modo estricto, este planteamiento ha sido criticado y abandonado en la doctrina y legislación (por ejemplo, Alemana). Desde el punto de vista dogmático, la objeción más importante y contundente que se le ha planteado y que ha sido determinante para dejarla de lado en la discusión penal, señala que con ella se deja fuera de la autoría los supuestos de autoría mediata (pues en ésta, el “sujeto de atrás” no realiza actos típicos, sino que éstos son realizados por otro, al que se designa como “instrumento”) y los casos de coautores que no realizan un hecho típico, por ejemplo, los hechos en los cuales nos encontramos frente al jefe de una banda encargado únicamente de dirigir la realización de los delitos.

Además, las objeciones al planteamiento objetivo-formal han sido deducidas a partir de las soluciones que éste ha planteado en determinados casos. Así, en el supuesto en el cual A y B deciden envenenar a C, consistiendo la conducta de A en mezclar el veneno en el café de C; mientras que éste es distraído por B para que no

capte el extraño sabor de la bebida; para la doctrina en comentario A sería autor y B cómplice (¡!). Empero, será en el siguiente supuesto donde se podrá apreciar con mayor notoriedad los resultados contingentes y formales a los que arriba la fórmula objetivo formal: si en la realización de un delito de hurto agravado (art. 186° del CP peruano), dos sujetos penetran en una vivienda no cerrada con llave y uno de ellos toma la caja fuerte; mientras que el otro cubre las salidas, éste será sólo cómplice; pero si, en el mismo hecho, ambos han escalado por la ventana, serán coautores, porque entonces el segundo ha realizado un elemento del tipo (escalamiento). Asimismo, se le reprocha al planteamiento objetivo - formal el conducir a una expansión del comportamiento que fundamenta la autoría, pues si se reconoce la equiparación de todos los elementos típicos, habría que señalar como autor a un sujeto aun cuando sólo haya intervenido configurando un elemento subjetivo del tipo. De esta manera, por ejemplo, todo aquél que interviene en un hurto y que tiene ánimo de apropiación debería ser calificado como autor a pesar que su conducta en sí no implique una cooperación activa en la sustracción. Se critica también que el concepto objetivo - formal resulta ilimitado en los delitos meramente resultativos (sin medios legalmente determinados para producirlo) y, en cambio, excesivamente limitado en los delitos de medios determinados. Así, por ejemplo, en el delito de homicidio (art. 106° CP peruano) el tipo sólo describe el resultado que se ha de producir, pero no hace referencia alguna a los actos o medios que pueden llevar a aquel.

Según la teoría en comento, se tendrá que declarar autor del homicidio a todo aquél que ha contribuido causalmente al mismo con algún acto ejecutivo, aun cuando no sea típico. Finalmente, se afirma también que la concepción objetivo - formal presenta inconvenientes en los supuestos de delitos especiales propios, en los que la realización corporal de la acción típica no es suficiente para la tipicidad de la acción y, por lo tanto, para la autoría.

b. **Teoría objetivo-material**⁴³.

La teoría objetivo - material surgió como alternativa al planteamiento objetivo - formal que, como se pudo apreciar supra, presenta varias falencias. Si bien ambas teorías tienen como característica común el buscar la distinción entre autores y partícipes en función a las aportaciones objetivas, la fórmula objetivo - material no toma en consideración el criterio de la contribución ejecutiva típica (forma misma del comportamiento), sino el de la más importante. En tal sentido, esta propuesta se encuentra en la línea de las concepciones que defienden la idea de la causalidad eficiente, es decir, aquellas que distinguen entre condición y causa, considerando, en el viejo sentido de las teorías restrictivas de la causalidad, que sólo ciertas condiciones especialmente importantes son causa de un resultado.

Sin embargo, tampoco la concepción objetivo - material ha sido ajena a las críticas. Así, se le reprocha que sus defensores no

⁴³ DAVID EMANUEL ROSALES ARTICA, "LA COAUTORIA EN EL DERECHO PENAL"-¿ES EL COMPLICE PRIMARIO UN CAUTOR?, Tesis para Optar el Grado de Magister, 2012, Pág. 35.

señalan de qué modo se puede determinar la mayor o menor importancia del aporte de cada interviniente, pues puede ser que en algunos supuestos la contribución más relevante sea la de un cómplice o tenga la misma intensidad que la del autor. En tal sentido, la fórmula de la mayor importancia objetiva del aporte termina siendo vaga e imprecisa y no es válida como criterio delimitador de autoría y participación. Además, como ha señalado MIR PUIG, “una distinción precisa entre «causa» y «condición», o entre causas más o menos importantes no puede obtenerse en el mero terreno objetivo de la causalidad. Hoy se admite generalmente que todas las condiciones (necesarias) de un hecho son igualmente causales (teoría de la equivalencia)”.

Ahora bien, son diversas las variantes que tiene la concepción objetivo - material. Entre ellas, siguiendo lo expresado por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, resalta la teoría de la necesidad conforme con la cual será autor el sujeto cuya actuación se configure como condición necesaria e imprescindible del resultado. Destaca también la teoría de la simultaneidad por la cual serán autores todos los que actúan en la fase de ejecución del delito. Tenemos asimismo a la teoría de la supraordinación según la cual se debe atender a las circunstancias de cada caso concreto, a fin de determinar si un sujeto está en posición de superioridad frente a otro o de inferioridad o existe una posición de igualdad.

Empero, la principal variante de la formulación objetivo - material es la denominada teoría del dominio del hecho. Sin embargo, su

estudio en un apartado distinto al planteamiento objetivo - material pese a ser sustancialmente tal se debe, por un lado, a la importancia que ha conseguido en la ciencia penal moderna y, por otro, a que no se apoya fundamentalmente en criterios causales, lo que sí ocurre en el resto de propuestas. En esta misma línea, GIMBERNAT ha señalado la necesidad de diferenciar entre una “moderna teoría objetivo - material”, que incluye a la teoría del dominio del hecho; en contraposición a una “vieja teoría objetivo - material”, que engloba a las primeras fórmulas de dicho planteamiento.

c. **Teoría del dominio del hecho**⁴⁴.

Si bien fue AUGUST HEGLER el primero en utilizar la expresión dominio del hecho, el contenido que bajo ella se formuló nada tiene en común con su actual significado. Para HEGLER, el control del hecho se configuraba como un elemento del sujeto del delito (el autor), en tal sentido sólo era válido en referencia a los requisitos materiales de la culpabilidad jurídico - penal, es decir, a la imputabilidad, dolo e imprudencia, así como a la ausencia de causas de exculpación. En tal sentido, HEGLER sostenía que actuaba culpablemente “sólo el que tiene en este sentido «pleno dominio del hecho», esto es, quien como autor imputable y no coaccionado ha sido «señor del hecho en su concreta manifestación»”.

⁴⁴ DAVID EMANUEL ROSALES ARTICA, “LA COAUTORIA EN EL DERECHO PENAL”-¿ES EL COMPLICE PRIMARIO UN CAUTOR?, Tesis para Optar el Grado de Magister, 2012, Pág. 37.

Fue con ADOLF LOBE que tuvo lugar la primera formulación de la idea del dominio del hecho en sentido estricto. En su Einführung in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches (Introducción a la PG del Código penal) de 1933, LOBE deja apreciar una exposición concisa de las ideas básicas, aún válidas, de la teoría del dominio del hecho. Postula que lo esencial para la autoría “no es... sólo la existencia de una voluntad con el contenido de cometer el hecho como propio, sino que la realización de esta voluntad debe tener lugar de manera que el hecho se ejecute bajo su dominio; que la voluntad también domine y dirija la ejecución tendente a su realización. Quién es autor se determina, por tanto, con arreglo a estos dos elementos subjetivo – objetivo. Se posibilita así también una delimitación suficiente de la participación con respecto a la autoría. En la participación falta el dominio de la acción ejecutiva, encaminada a realizar el resultado, siendo esta acción más bien desencadenada y dominada por la voluntad de otro...”.

A pesar de lo interesante de la propuesta de LOBE, su propuesta no ejerció influencia alguna en su tiempo. Es recién con WELZEL que la doctrina del dominio del hecho comienza propiamente su desarrollo evolutivo, convirtiéndose posteriormente en la teoría dominante. El punto de partida metodológico del planteamiento welzeniano radica en su alejamiento del normativismo neokantiano (con su separación del ser y el valor) y el giro hacia lo ontológico, a la concepción de la autoría y la participación como “manifestaciones características del actuar final dentro del mundo social”. En tal

sentido, el dominio final del hecho se convierte en “la característica general de la autoría”.

Esta propuesta de WELZEL aparece en sus Estudios sobre el sistema de Derecho penal de 1939. En ella, por vez primera se enlaza la idea del dominio del hecho con la doctrina de la acción de la que surge una autoría final basada, precisamente, en el criterio del dominio del hecho. Como el mismo WELZEL precisó: “Autoría final es la forma más abarcadora de dominio final”. De esta manera, “el autor es el señor sobre el hecho, en cuanto él tiene el dominio sobre la decisión y su ejecución; quien lo instiga o lo ayuda en eso contribuye en el acto, pero no lo domina”. Sin embargo, ello nada tiene que ver con la autoría en los delitos imprudentes, pues para la perspectiva welzeniana, en aquellos casos no se diferencia entre autores y partícipes, porque “toda clase de concausación en la producción no dolosa de un resultado mediante una acción que lesiona el cuidado conforme al ámbito de relación, es ya autoría”. Sobre la base de esta comprensión, WELZEL expresó que “un concepto de autor conjunto para el tipo penal doloso e imprudente es dogmáticamente imposible”.

Debemos resaltar que de la idea formulada por WELZEL en el sentido que “la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho”, se puede verificar una aproximación de su teoría sobre el dominio del hecho con las teorías del dolo, pues la exigencia que el autor posea una voluntad incondicionada de realización del suceso equivale a sostener el no

reconocimiento de una voluntad superior a la suya. Precisamente, ROXIN ha manifestado al respecto que: “por su contenido material, la teoría del dominio del hecho de WELZEL se presenta, pues, como evolución ulterior de la teoría del dolo, lo que ha reconocido el propio WELZEL al llamar al principio a su concepción «teoría subjetiva ampliada»”.

Aun cuando el desarrollo de la teoría del dominio del hecho ha sido posible debido a los planteamientos de HANS WELZEL y a partir de él con las obras de REINHART MAURACH, WILHELM GALLAS y RICHARD LANGE, es con CLAUD ROXIN, desde la publicación de su obra titulada Autoría y dominio del hecho en 1963, que tal doctrina se ha impuesto en la dogmática, las legislaciones y la jurisprudencia penales.

La teoría del dominio del hecho de ROXIN parte por considerar al autor como “figura central del acontecer en forma de acción”. Este es el criterio orientador para determinar el concepto de autor e implica el recurso a un dato pre - jurídico: el autor, coautor y autor mediato se encuentran en el centro del hecho, del acontecimiento, en tanto el inductor y el cómplice están al margen.

Según la propuesta de ROXIN, en los delitos de dominio (tradicionalmente llamados delitos comunes) la intención del legislador es tipificar el dominio material del sujeto sobre las configuraciones fenomenológicas en las que se manifiesta el delito, con lo cual es autor quien tiene el dominio. En este planteamiento,

la idea del dominio del hecho debe ser entendida como un concepto abierto caracterizado por:

a) optar por una descripción en lugar de una definición exacta o de un concepto indeterminado del dominio del hecho. Este procedimiento tiene la ventaja de ajustarse a los cambiantes casos concretos, es decir, se amolda al contenido de sentido de los casos divergentes. De esta manera, señala ROXIN, “como la descripción no delimita el concepto de autor mediante fórmulas, nunca está definitivamente concluida”; y

b) la inclusión de principios regulativos, esto es, “cuando en la determinación del concepto de autor en cualquier ámbito vital que ha de captarse mediante la descripción, la multitud de elementos del supuesto de hecho con relevancia para la determinación del dominio del hecho es tan grande que se sustrae al enjuiciamiento anticipado generalizador, el legislador o bien el creador del concepto tienen que conformarse en este lugar con una directriz y para lo demás dejar al encargado de aplicar el Derecho el enjuiciamiento del caso concreto de la mano del principio regulativo dado”, el cual sólo si tiene adecuadamente delimitado su ámbito de aplicación, permite en éste una solución lo suficientemente segura, incluso cuando dependa de la consideración del suceso concreto.

Ahora bien, según ROXIN el dominio del hecho se manifiesta de tres formas: i) en el dominio de la propia acción típica, lo que ocurre cuando un sujeto realiza el hecho por sí solo; ii) en el dominio de la

voluntad de otro que realiza la acción típica, es decir, supuestos en los que el hecho delictivo se comete sirviéndose de otro que actúa como instrumento, ya sea porque el “sujeto de atrás” tiene el dominio de la voluntad mediante coacción, por aprovechamiento del error de otro, por la incapacidad de culpabilidad del instrumento, porque se utiliza un aparato organizado de poder, etc.; y, iii) en un dominio funcional del hecho, caso en el cual el ilícito es realizado de manera conjunta.

A pesar que la teoría del dominio del hecho constituye un importante avance en materia de autoría y participación, ello no significa que nos encontramos ante una tesis infalible para identificar al autor en todos los casos, aunque pueda ser útil en muchos. A esta doctrina se le ha reprochado que si bien permite explicar la autoría mediata, tiene dificultades para determinar la autoría en los delitos imprudentes, pues en éstos no existe control del curso causal de manera consciente y la responsabilidad proviene de la infracción de un deber de cuidado. En tal sentido, la capacidad limitada del criterio del dominio del hecho supondría la necesidad de contar como mínimo con dos conceptos de autor, uno para los delitos dolosos y otro para los culposos.

Por otro lado, existen reparos contra la doctrina del dominio del hecho cuando se intenta relacionar la coautoría con la definición que hace ROXIN del autor como “figura central de la acción determinante del suceso”, sobre todo cuando se pone atención a la

ejecución de propia mano como ejemplo próximo a ésta. En la coautoría no puede establecerse la presencia de una figura central, pues como correctamente señala LESCH, “en la ejecución delictiva en forma de división de trabajo no existe, por principio, varios hechos de cada uno de los (co)autores, sino un único hecho que se imputa a todos los intervinientes en conjunto”.

También se le puede criticar al planteamiento del dominio del hecho de ROXIN, el empleo de un concepto abierto como método de verificación de la autoría, pues ello supone que el contenido del dominio no se obtiene desde cláusulas generales, sino a partir de las respuestas que se brinden a los casos particulares. Como el mismo ROXIN sostiene, “no podemos dominar la problemática desarrollando «por anticipado» desde la directriz de la figura central un concepto de dominio del hecho; por decirlo así, no podemos, sin conocer el contenido del paréntesis, sacar el concepto delante del paréntesis y después aplicarlo a los casos concretos. Más bien tenemos que internarnos desde el principio en la diversidad de la materia, registrar las distintas formas de la intervención en el suceso delictivo que se encuentran empíricamente y describir para cada grupo de casos individualmente cómo surte efecto la idea del dominio del hecho. Si después estas descripciones muestran algún modelo estructural ello debe resultar del trabajo sobre la materia jurídica y ponerse de manifiesto al final de la investigación dedicada al concepto del dominio del hecho”.

A mi juicio, esta aseveración de ROXIN no es de recibo, pues toda solución dogmática entraña elaborar un sistema con perspectiva global a partir del cual resolver los problemas que se presentan y no actuar en sentido contrario, esto es, intentado encontrar la respuesta adecuada a partir de un grupo de casos. FEIJÓO SÁNCHEZ ha criticado acertadamente estas formas científicas de proceder, porque “no se trata de resolver casos particulares con criterios ad hoc, sino resolver problemas generales de imputación mediante fundamentos materiales que ofrezcan soluciones generales y, por consiguiente, cierta seguridad a la hora de aplicar el Derecho a todos los casos concretos que obedecen a un problema general común”, en esta medida, “«el sistema es un elemento irrenunciable de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho» y la renuncia al pensamiento sistemático supone un retorno al pensamiento tópico, al casuismo y a la solución ocasional; en definitiva, un retorno a la arbitrariedad, irracionalidad, improvisación e inseguridad jurídica, posibilitando con ello que hechos y situaciones valorativamente iguales sufran un trato desigual o viceversa”. Esto significa que con pura tópica y sin sistemática no se puede alcanzar seguridad jurídica.

A pesar de las críticas a las que ha sido expuesta la teoría del dominio del hecho, su adopción en la doctrina y los órganos jurisdiccionales es mayoritaria. En la justicia peruana, por ejemplo, la autoría y la participación en los delitos comunes o de dominio se

encuentra en función a dicho planteamiento, pues las diferencias entre las formas de intervención en el hecho punible se establecen a partir de elementos objetivos y materiales, en tanto éstos constituyen la esencia de la teoría del dominio del hecho. De esta manera, será autor quien domina el desarrollo del injusto (art. 23°) y partícipe quien no tiene tal dominio (arts. 24° y 25°).

Lo dicho en el párrafo precedente, puede corroborarse con las innumerables sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en las que se reconoce dicho planteamiento. Por ejemplo, una de ellas señala:

“Que los procesados (...), se encuentran en calidad de autores del hecho delictivo por cuanto han realizado de propia mano todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo penal del homicidio calificado, lo que permite afirmar a la luz de la moderna teoría del dominio del hecho que los citados encausados han sostenido las riendas del acontecer típico o la dirección final del acontecer, habiendo tenido a la vez la posibilidad de evitar el resultado”.

Así, también, en otra decisión judicial se indica:

“Para la vigente, clásica y mayoritaria doctrina denominada teoría del dominio del hecho, que surge de las determinaciones fundamentales de la teoría final de la acción y del concepto personal de lo injusto para la acción dolosa, autor es solamente

aquel que mediante una conducción consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo; en términos generales, considera que la voluntad determinante de la realización del hecho, es el momento general del dominio sobre el hecho, entonces será autor sólo el que tiene el dominio del hecho, vale decir aquella persona que tiene capacidad y poder de dirección de todos los actos y circunstancias del delito, de forma tal que tiene la potestad de encausarlos hacia la consumación y agotamiento del delito”.

También, en las decisiones del Tribunal Constitucional peruano se sigue la teoría del dominio del hecho:

“es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención; y es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyudar en su ejecución”.

En efecto, para el máximo intérprete de la Constitución peruana:

“el partícipe está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arriba al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad

ni instigación. Consecuentemente, el partícipe no tiene dominio del hecho”.

4. Autoría como Competencia por la Configuración del Hecho⁴⁵:

La teoría del dominio del hecho, en especial desde su formulación por ROXIN, ha conseguido un importante nivel de aceptación en la doctrina y justicia penales. Empero, en los últimos tiempos han surgido posiciones teóricas contrarias a aceptar dicho planteamiento como criterio delimitador de la autoría y la participación criminal. Dichas posturas concuerdan en sostener que con la doctrina del dominio del hecho se pretende calificar a un sujeto como autor, basándose en categorías ontológicas como el dominio material del hecho. Efectivamente, aun cuando de forma mayoritaria se considera que la tesis del dominio del hecho tiene un carácter objetivo - subjetivo, dicha doctrina como encontramos ya en WELZEL representa una continuación de las teorías subjetivas (lo que no necesariamente significa que la naturaleza de este planteamiento se haya podido fijar con claridad).

Uno de los mayores críticos del dominio del hecho es GÜNTHER JAKOBS, quien se muestra contrario a determinar la autoría en el Derecho penal mediante un dominio (hecho) y un deber. En ese sentido, plantea que detrás del dominio del hecho se ocultan elementos normativos como los que hay en la infracción del deber, es decir, que

⁴⁵ DAVID EMANUEL ROSALES ARTICA, “LA COAUTORIA EN EL DERECHO PENAL”-¿ES EL COMPLICE PRIMARIO UN CAUTOR?, Tesis para Optar el Grado de Magister, 2012, Pág. 43.

“la atribución normativa es de superior jerarquía que el dominio; éste en todo caso determina la cantidad de una intervención delictiva”. De esta forma, para la calificación de la intervención propone dejar de lado todo aquello que se encuentra orientado fácticamente y optar por un criterio netamente normativo: la competencia, pues según JAKOBS, “el dominio sin competencia no es de interés ni jurídico - penalmente ni en los demás aspectos de la vida social”, y al determinarse ésta a través del sinalagma: libertad por el comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, se constituye en una institución social que abarca, en principio, a todas las personas.

En efecto, la fijación de la competencia no es la misma en todos los contactos sociales, pues ésta se encuentra en estricta dependencia del tipo de roles que poseen los sujetos: en primer lugar tenemos el rol general, por el cual los ciudadanos se deben organizar libremente sin afectar a otras personas. En la propuesta de JAKOBS, la vulneración de este rol es calificada como delito de dominio o de organización, pues se trata del ámbito de la organización del comportamiento en general y del quebrantamiento o ruptura de un rol común. Frente al rol común o general se encuentran los denominados roles especiales, es decir, aquellos que solamente pueden ser infringidos por quienes están vinculados institucionalmente al poseer un determinado estatus (por ejemplo, un padre de familia o un juez). La infracción de estas relaciones especiales de deber, da lugar a los delitos de infracción de un deber o por competencia institucional.

De esta manera, para JAKOBS, la referencia a la infracción de ambos roles supone que “al principio de la imputación no está un dominio fáctico, sino una institución” y ello debe ser así no sólo en los delitos de infracción del deber, sino también en los por él denominados delitos en virtud de competencia por la organización. A partir de tal comprensión objetivo - normativa, para JAKOBS se corrobora que el dominio del hecho expresa únicamente la cantidad de intervención en el delito. En tal sentido, los intervinientes no pueden ser clasificados en función a la cantidad de dominio del hecho, sino del significado social del aporte: el interviniente ajusta su aporte de modo que conserva el sentido de posibilitar la ejecución o bien el aporte tiene desde un principio ese sentido.

Entonces, como cada interviniente sería competente respecto a la totalidad del hecho, la diferencia entre autoría y participación recaería sólo sobre los grados de gravedad que sirven para la medición de la pena. De esta forma, los intervinientes en los delitos de dominio responderían en razón de la comunidad con los demás y en relación con el hecho en su conjunto, pues a cualquiera de ellos como miembro del colectivo le incumbe la ejecución del delito.

Este es el parecer que también acoge la justicia peruana cuando señala:

«... y en el caso de la coautoría el hecho es realizado de manera “conjunta”, es decir, se está ante la presencia de una comunidad objetiva de intervinientes donde cada uno de ellos realiza una

aportación objetiva esencial fundada en un reparto de trabajo de tal forma que en la relación objetiva de los aportes “se produce una comunidad, pero tan sólo debido a la prestación de los aportes en un contexto que les acredita como referidos los unos a los otros, producidos colectivamente”».

Como expresa JAKOBS, se trata de una “infracción colectiva del deber”, la misma que debe ser entendida en un sentido normativo y no ontológico, porque puede suceder que la ejecución fáctica del delito no implique un mayor dominio del hecho y si bien hacia afuera puede configurar el quebrantamiento del Derecho (la arrogación de organización ajena), hacia adentro sigue siendo una prestación más aunque sea la última junto con otras que la han precedido en el tiempo. Ello no significa que en la mayoría de supuestos delictivos el autor no configure el delito con un dominio del hecho cuantitativamente mayor, esto suele ser así, y por eso aquél tiene una competencia preferente por el hecho.

Esta idea de JAKOBS de caracterizar la distinción entre autoría y participación como una mera cuestión de medición de pena a la que no corresponderían diferenciaciones concebibles cualitativamente ha sido duramente criticada por SCHÜNEMANN para quien con ella se pretende un regreso teórico al concepto unitario y extensivo de autor y sólo sería una reformulación de la teoría subjetiva en la que igualmente la diferenciación entre los intervinientes se trasladaba al ámbito de determinación de pena. En esta misma línea, se sostiene que JAKOBS

estaría siguiendo el camino marcado por la clásica distinción entre animus actoris y animus socii, pero no concibiéndola psicológicamente, sino a partir de una observación valorativa determinada por el significado del comportamiento que, a su vez, es comunicado mediante la estructura normativa de la sociedad.

Ahora bien, SCHÜNEMANN también refuta el uso del término significado social, pues con éste se remite ociosa y nuevamente al Derecho penal habida cuenta que la sociedad ya ha expresado en aquél lo que considera penalmente relevante. Además, pone de manifiesto que en la sociedad actual posmoderna no existen atribuciones fijas de significado, sino una infinidad “que dependen de la forma de vida que respectivamente se prefiera, y que en su variedad no poseen para el Derecho significación”.

Finalmente, para SCHÜNEMANN en la propuesta de JAKOBS sería notoria su reticencia a abandonar toda perspectiva ontológica, pues cuando distingue conceptualmente entre el interviniente que aporta sólo alguna contribución al hecho y el ejecutor que lleva a cabo la verdadera ejecución, partiría involuntariamente de una gradación de esencia ontológica.

Por otro lado, la desaprobación de la formulación propuesta por JAKOBS obedece a que en su búsqueda por hacer responsable al partícipe de un injusto propio y no ajeno, se manipula el principio de accesoriedad, pues éste ya no es considerado como una relación de dependencia del partícipe respecto del autor, sino de todos los

intervinientes con el hecho principal (el delito) en su conjunto. En este sentido, se le reprocha a la concepción jakobsiana sobre la accesoriadad el concebirla “como una relación de sentido de carácter objetivo y normativo que se produce entre los distintos intervinientes y que permite hablar de un único hecho que se imputa no individualmente, sino como colectivo”, lo cual poseería una estrecha relación con un sistema unitario de autor o uno extensivo, pues al fundamentar la responsabilidad de los intervinientes no se establece entre ellos ninguna diferencia cualitativa, incluso, cada uno de ellos posee una relación directa con el tipo. En tal sentido, la única posibilidad de diferenciar entre autores y partícipes radicaría en el plano cuantitativo al momento de imponerse la pena.

En esta misma línea, se señala que la propuesta de JAKOBS sería contraria a la adopción mayoritaria en los ordenamientos jurídico - penales del concepto restrictivo de autor y, por medio de éste, del principio de accesoriadad conforme al cual la imputación del partícipe debe ser de tipo indirecto, es decir, a través de los preceptos de la PG (extensión de la responsabilidad penal), lo que permite resguardar el principio de responsabilidad por el propio injusto para los intervinientes en el delito (autores y partícipes).

Precisamente, el principal reparo que se le dirige a planteamientos como el de JAKOBS realza el exiguo valor que se le otorga a la delimitación de los ámbitos de responsabilidad al momento de fundamentar la competencia de los distintos intervinientes. Se sostiene

que en formulaciones como la de JAKOBS, apenas se toma en consideración que interviene un tercero autorresponsable, pues lo importante es que el sujeto sea considerado competente del riesgo desaprobado.

Al margen de las críticas dirigidas contra la propuesta de JAKOBS, si bien su propuesta sustentada en el criterio normativo - objetivo de la competencia muestra una construcción muy prolija con parámetros generales a partir de los cuales es posible sustentar una adecuada imputación y determinación de la responsabilidad penal a título de autor o partícipe, no goza del mismo nivel de aceptación que tiene la doctrina del dominio del hecho de ROXIN en la justicia y doctrina penales. Empero, ello no desmerece su validez científica.

CAPITULO V

TRÁFICIO ILÍCITO DE DROGAS

(Desarrollo del Tipo Penal)

1. CONCEPTOS GENERALES:

De un vistazo de las diversas figuras delictivas que el legislador glosó en las primeras titulaciones del texto punitivo, observamos que los bienes jurídicos son de naturaleza individual, aquellos elementos vitales para posibilitar su participación en los diversos procesos sociales, Con ello, toma lugar aquello injusto que atentan contra la vida, el cuerpo, la salud, el honor, la libertad, etc. Empero, no sólo aquellos intereses jurídicos resultan importantes en el marco de un estado social y democrático de derecho, conforme se desprende de los

valores consagrados en nuestra ley fundamental.⁴⁶

Las estructuras de cualquier sociedad adquieren una descripción que rebasa una perspectiva o atomista o dígase personalista, que debe tomar en consideración el ordenamiento jurídico para poder otorgar una protección legal adecuada de los bienes jurídicos.

Valoraciones de políticas-sociales así como de política-criminal deben atender con reflexión la dinámica con que se mueven las estructuras sociales en la actualidad, las variadas actividades económicas, culturales, sociales que se desarrollan así como las repercusiones que éstas pueden generar en el contenido esencial de los derechos fundamentales. La visión criminológica es en esencia una lectura de cómo se generan los contactos sociales y, si de aquéllas, se gestan los denominados “comportamientos socialmente negativos”, para proceder a una reforma política-penal que tienda a incluir nuevas conductas típicas en el glosario punitivo.

De recibo, las codificaciones penales que se elaboraron desde el siglo XX, tomaron en cuenta lo anotado, en el sentido de penalizar no sólo comportamientos susceptibles de afectar los intereses jurídicos de orden personal, pues habría de entender los límites de la intervención del derecho penal a todos aquellos ámbitos de orden colectivo, que también son merecedores de tutela punitiva. Dicha orientación político-criminal habría de desencadenar nuevas herramientas de técnica legislativas, que desde el plano dogmático trajeron a colación la construcción de bienes jurídicos

⁴⁶ Alonso Raúl PEÑA CABRERA FREYRE, “Derecho PENAL PARTE ESPECIAL” Tercera Edición 2016, Tomo VI, Editorial Moreno S.A., Pág. 45.

“supraindividuales”, cuya titularidad ya no corresponde de una sola persona, sino a todo el colectivo, a la suma de todos los integrantes el sistema social. Estructura normativa que supuso a la vez la formulación de tipos de peligro; es decir, el derecho penal, en estos casos, no tiene por qué esperar que se produzca una efectiva lesión en la entidad material del bien jurídico, sino que ha de intervenir cuando se constate comportamientos idóneos y aptos, para poner en peligro dichos bienes jurídicos macro-sociales. Intereses jurídicos, cuya legitimidad y validez ha de ser explicitada conforme a la necesidad de intensificar la protección penal hacia los bienes jurídicos personalísimos. Por tales motivos, intereses jurídicos como la “salud Pública”, adquieren protección penal, en la medida que estén relacionados, dígase vinculados, con la esencia de los bienes jurídicos inherentes a la condición de persona humana; de modo que constituye técnicas abstractas de construcción normativa, develando una eminente funcionalidad, por cuando son indispensables para la propia conservación del individuo.⁴⁷

Enfoque que debe partir del hombre como un ser social, cuyas interacciones con el resto de sus congéneres debe realizar mediante cierto estándar, de calidad de vida, mediando el sostenimiento de un orden ecológico equilibrando.

En nuestra consideración⁴⁸, el Perú está muy lejos de poder adoptar una política criminal despenalizadora del tráfico de drogas; por lo que resulta aún necesario la criminalización de los más graves comportamientos, que en su

⁴⁷ Alonso Raúl PEÑA CABRERA FREYRE, “Derecho PENAL PARTE ESPECIAL” Tercera Edición 2016, Tomo VI, Editorial Moreno S.A., Pág. 45.

⁴⁸ Ibid. , “Derecho PENAL PARTE ESPECIAL” Tercera Edición 2016, Tomo VI, Editorial Moreno S.A., Pág. 51.

quehacer delictivo provocan perjuicios significativos al interés jurídico penalmente tutelado, en mérito al crecimiento del consumo de drogas y al emergente mercado internacional de consumo, que determina la aparición de una criminalidad muy sangrienta en sus acciones, que requiere ser frenada por la política criminal del estado. A la par, se deben articular políticas sociales destinadas a la propalación de campaña de difusión, sobre todo a la población más joven, para informar de los perjuicios que el consumo de drogas provoca en el ser humano y en sus relaciones con sus prójimos; para que cada quien sepa con exactitud los riesgos que está corriendo cuando se inserta en el consumo de los drogas.

Siguiendo a TAZZA^{49/50}, diríamos que el avance más significativo del consumo y tráfico de la estupefacientes obliga a las naciones y especialmente a las legislaciones preventivas y/o represivas a revisar constantemente sus disposiciones internas para ser ajustadas a las tendencias de actualidad y a la planificación de políticas preventivas en materia de drogas tóxicas, en forma paralela a la nueva visión económica y delictiva en aquellos países productores o fabricantes de novedosas formas de estimulación que ponen en riesgo la salud pública a nivel mundial, destacándose en algunos casos, representan políticas de estado en atención a constituir dichas actividades una gran porción de sus respectivas economías.

2. TIPIFICACIÓN DEL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.

El tráfico ilícito de drogas en nuestro país es un delito de grandes

⁴⁹ TAZZA A.O.; "El Comercio de Estupefacientes, cit, pág. 33

⁵⁰ Alonso Raúl PEÑA CABRERA FREYRE, "Derecho PENAL PARTE ESPECIAL" Tercera Edición 2016, Tomo VI, Editorial Moreno S.A., Pág. 52.

repercusiones que se reflejan en las estadísticas nacionales asociadas a la criminalidad, sobre todo en los actos de producción y comercialización de drogas ilegales, como el clorhidrato de cocaína, la pasta básica de cocaína y la marihuana, que son las drogas más comunes de nuestro medio. Además del comercio ilegal de los insumos para elaboración de drogas, así como la legislación de dinero y bienes provenientes del TID⁵¹.

El C.P., en la sección segunda del capítulo tercero del título decimo de la parte especial, trae previsto y sancionado el delito de tráfico ilícito de drogas, incluido dentro de los delitos contra la salud pública; es decir, lo que se protege sustancialmente son los intereses sociales como la vida, la libertad, el patrimonio y la seguridad dentro de la colectividad.

Sin embargo las normas penales solo pueden conseguir un mínimo de eficacia preventiva, si la prevención general intimatoria no va acompañada de otras medidas jurídicas y sociales de finalidad primordialmente preventiva especial, resocializadora y terapéutica.

Por otro lado, si bien se puede considerar el problema del TID a nivel internacional, requiere un análisis totalmente diferente a países desarrollados (los consumidores por excelencia de la droga ilegal, donde se encuentra la demanda) y países en desarrollo (por tradición, los productores por excelencia de droga ilegal), y aun dentro de ambos ámbitos, hay que considerar las situaciones específicas de cada país.⁵²

⁵¹ Alonso Raúl PEÑA CABRERA FREYRE, "Derecho PENAL PARTE ESPECIAL" Tercera Edición 2016, Tomo VI, Editorial Moreno S.A., Pág. 52.

⁵² Ibid. , "Derecho PENAL PARTE ESPECIAL" Tercera Edición 2016, Tomo VI, Editorial Moreno S.A., Pág. 53.

Si estamos hablando de un bien jurídico de orden “supraindividual”, la técnica de tipificación penal ha de tomar lugar mediante los tipos de peligro (concreto o abstracto), pues la punición de los comportamientos prohibidos que san glosado en esta sección del corpus punitivo no está supeditado a la causación de una lesión, pues ello es en realidad materialmente imposible, por la sencilla razón de que el bien jurídico “Salud Pública” es un interés de naturaleza inmaterial, no susceptible de percepción por los sentidos, importa un concepto normativo, espiritualizado si se quiere decir, cuya legitimidad reposa en su función de tutelar bienes jurídicos de orden personal, en este caso, la vida y salud de los miembros de la población nacional⁵³.

El concepto de salud ha sido considerado por el sistema penal como objetivo de tutela, de dos modos diferentes; uno la salud en relación la persona, con el individuo, que toca con la protección de la integrada personal, y otro, el que considera que debe mirarse la salud como un bien socialmente difuso, universal o colectivo, por la trascendencia que el bien posee y por la magnitud que los comportamientos tienen contra la integridad y seguridad del colectivo; es en relación con este segundo sector que los comportamientos que tienen que ver con estupefacientes encuentran a la salud pública como el objeto de vulneración⁵⁴.

Podría decirse que la Salud Pública es el bien jurídico, inmediatamente protegido y los bienes jurídicos personalísimos, tutelados de forma mediata.

⁵³ Alonso Raúl PEÑA CABRERA FREYRE, “Derecho PENAL PARTE ESPECIAL” Tercera Edición 2016, Tomo VI, Editorial Moreno S.A., Pág.. 53

⁵⁴ CORREDOR BELTRNA, D.; De los delitos contra la salud pública, En: Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, cit, pág., 292.

Como se expone en la doctrina, según una concepción moderna se entiende que algunos delitos de peligro pueden distinguirse dos bienes jurídicos, uno inmediato y otro mediato, son los delitos con bien jurídico intermedio espiritualizado o con bien intermedio con función representativa, como lo sería el tráfico de drogas, ello daría lugar a los delitos de peligro abstracto.^{55/56}

3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

La legislación penal al tipificar los delitos de tráfico ilícito de drogas regula una serie de conductas de disvalor antijurídico, como la producción, elaboración, tráfico, comercialización y microcomercialización; todas ellas se caracterizan por recaer sobre unas sustancias, productos u objetos peligrosos para la salud o, incluso, la vida de las personas.

En efecto la regulación jurídica penal de tales hechos responde a la necesidad de proteger estos bienes también frente a los riesgos derivados del uso o consumo de estos productos.^{57/58}

La salud pública, como bien jurídico de protección, puede catalogarse entre aquellos bienes necesarios para el funcionamiento del sistema. Por salud pública ha de entenderse “aquel nivel de bienes físico y psíquico que afecta a la colectividad, a la generalidad de los ciudadanos, o al conjunto de condiciones positivas a negativamente que garantiza y fomentan la salud de los ciudadanos. Según la OMS, la salud es un estado de completo bienestar

⁵⁵ FALCONE; R.A; Cuestiones Caítales de Derecho Penal, Cit., pág. 47

⁵⁶ ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE , “Derecho PENAL PARTE ESPECIAL” Tercera Edición 2016, Tomo VI, Editorial Moreno S.A., Pág. 53

⁵⁷ Ibid. , “Derecho PENAL PARTE ESPECIAL” Tercera Edición 2016, Tomo VI, Editorial Moreno S.A., Pág. 55

⁵⁸ IVVES ANTÓN, BOIX REIG, ORTS BERENGUER Y OTROS, 1999. Derecho Penal Parte Especial 3era edición, Valencia – España.

físico, mental y social, y no ha de entenderse solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades. Así también conforme se desprende de la convención única de 1961 y conferencia de naciones unidas para la aprobación de una convención única sobre estupefacientes, naciones unidas, Nueva Cork 1964, al estimarse la tutela de la salud de la población “en su aspecto físico y moral”

Desde la acepción gramatical, en efecto, carece de vigencia en el momento actual de clásica concepción clásica de la salud como opuesta a la de enfermedad. El diccionario de la RAE contrapone dicha acepciones al considerar por un lado a la salud como “el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente sus funciones” frente a la enfermedad, a la que define como una “alteración más o menos grave de la salud”.

Los diversos enfoques analizados confluyen en un concepto de salud público que puede integrarse desde dos ópticas:

- Una positiva: se identifica con la sensación de bienestar.
- Una negativa: se proyecta desde la existencia de causas o situaciones perturbadoras del equilibrio orgánico del colectivo⁵⁹.

Es por ello que para algunos autores, la salud como bien jurídico protegido se independiza en definitiva de la tutela propia que la salud individual tiene reconocida, configurándose como un ente con tendencia a la abstracción que proyecta su protección sobre “el conjunto de condiciones positivas y

⁵⁹ Alonso Raúl PEÑA CABRERA FREYRE, “Derecho PENAL PARTE ESPECIAL” Tercera Edición 2016, Tomo VI, Editorial Moreno S.A., Pág. 56

negativas que garantizan y fomentan la salud”.

Asimismo es importante indicar que al penalizarse las figuras delictivas relacionadas al tráfico ilícito de drogas se busca, a través de la tipificación, proteger al colectivo social de un mal potencial. Es por ello que se afirma que se trata de un delito de peligro abstracto debido a que no tutelan un bien o derecho concreto, sino la posibilidad que la salud del mismo se vea menoscabada por cualquiera de las conductas típicas en su articulado. En la legislación peruana según las hipótesis típicas contenidas en el primer párrafo del artículo 296° se infiere que la afectación de la salud pública se consuma con la simple amenaza potencial. Se trata, en suma, de un supuesto penal en el que, por imperio de la ley, se anticipa la protección del bien jurídico amparado.⁶⁰

Díaz Ripollés^{61/62}, es de la opinión que en los delitos de tráfico de drogas se protege como bien jurídico la salud pública, pero no entendida como un daño directo a la salud sino la pérdida de autonomía personal del consumidor. Lo cual se concreta en una pérdida de la libertad. De igual forma existen posturas que critican un exagerado paternalismo del estado, al proteger la salud pública en los delitos de tráfico ilícito de drogas, en razón de la autonomía de la salud cuyo calificativo de pública no atañe en sentido estricto más que a la plural afección que representan dichos delitos de peligro para la colectividad pero que en sustancia se contrae a la tutela de la salud individual.

⁶⁰ Alonso Raúl PEÑA CABRERA FREYRE, “Derecho PENAL PARTE ESPECIAL” Tercera Edición 2016, Tomo VI, Editorial Moreno S.A., Pág. 56

⁶¹ DIEZ RIPOLLES; CIT, pág 727.

⁶² VIDE, AL RESPECTO, BOIX REIG, J. y otro; Comentarios la Código Penal, IV, Cit., ps 1684-1685

Sin embargo, cuando el legislador habla de salud pública no lo hace de manera individual sino colectiva, entendida esta como la protección del conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan y fomentan la salud.

Para nuestro legislador, el bien jurídico protegido es la salud pública, entendida esta no de manera individual, sino global o colectivo para para tal efecto ostenta la potestad de asumir un control directo sobre el tráfico de drogas y otras sustancias similares.

Se dice que estamos ante pluriofensivos que, si bien es cierto que el legislador ha escogido un objeto de protección prevalente, de igual manera se perciben otros que así también se vulneran con la comisión de las conductas correspondientes (...), la economía nacional, el orden público, el patrimonio económico, la vida e integridad personal y hasta la propia seguridad estatal⁶³.

Vale decir, en consecuencia, que en forme mayoritaria es entendida la salud pública como el bien jurídico que se intenta preservar al sancionarse conductas vinculadas con el tráfico y posesión de drogas tóxicas que representan una posibilidad peligrosa para la difusión y propagación de los estupefacientes en el resto de la población en general, caracterizándose principalmente por la exigencia de un peligro común y no individual y la posible afectación a un sujeto pasivo indeterminado⁶⁴.

En la jurisprudencia nacional, ejecutoria recaída en el Exp. N° 2113-98-Lima, se sostiene que: “si bien es cierto que genéricamente este delito arremete a

⁶³ CORREDOR BELTRAN, D.; de Los delitos contra la salud pública, cit., pág., 292

⁶⁴ TAZZA, A.O.; El Comercio de estupefacientes, cit., pág. 37.

la salud pública como bien jurídico, no debe olvidarse que los efectos de esta agresión inciden directamente en la salud física y mental de la persona humana, con efectos mucha veces irreversibles, causando inclusive la degeneración genética con imprevisible consecuencias futuras para la humanidad y por el mismo motivo la incidencia de estos delitos también afecta la estructura social, política, cultural y económica de los estados⁶⁵.

Como expone VALENCIA M., en la doctrina colombiana, no es el riesgo a la salud individualmente considerada y si evidentemente la salud abstracta o general de la comunidad o la salud pública universal, como ente social, la preocupación se embarga al legislador al mantener la vigencia de conductos que incriminan el tráfico drogas. Esta tutela se ve gravemente comprometida por la agudización de peligros indeterminados que encierran para el desarrollo normal de la vida comunitaria, la expansión y el tráfico de sustancias nocivas⁶⁶.

En tal sentido, el tráfico de drogas sería un delito pluriofensivo en tanto protegería inmediatamente la salud pública y mediatamente la salud individual de cada uno de los ciudadanos.⁶⁷

4. PROMOCIÓN, FAVORECIMIENTO O FACILITACIÓN DEL CONSUMO ILEGAL DE DROGAS MEDIANTE ACTOS DE FABRICACIÓN O TRÁFICIO.

Como se verá, el legislador ha empleado una serie de terminologías en cuanto al verbo típico, haciendo de la delictiva, una de orden

⁶⁵ FRISANCHO APARICIO, M.; *Jurisprudencia Penal. Ejecutorias Supremas y Superiores*, cit., pág. 53

⁶⁶ VALENCIA M.; J.E.; *Del Tráfico Ilegal de Drogas y otras conductas*. En *Derecho Penal Homenaje de Raúl Peña Cabrera*. Ediciones Jurídicas, Lima 1991, cit, pág., 685

⁶⁷ PEÑA CABRERA, R., Vol. IV, cit., pág., 121.

“omnicomprensivas”; que de cierta forma se asemejan a conductas propias de instigación y de complicidad, pues promover importa determinar a otro a la realización de una determinada conducta, mientras que favorece quien contribuye de forma esencial para que se pueda alcanzar el fin ilícito. En tal entendido, se estarían vulnerando dos principios de proporcionalidad y de culpabilidad, al elevar conductas privativas de la participación delictiva a aquellas propias de la autoría.

“PROMUEVE”, todo aquel que de una u otra forma contribuye de forma decidida la “consumo ilegal de drogas a su circulación en el mercado”, se trata de aquella conducta que proporcionan una contribución esencial para que la droga ilegal puede ser repartida en el mercado de consumidores, a su vez, para poder ser distribuida, para su posterior comercialización. La promoción puede tomar lugar a través del financiamiento, o mediante la entrega de elementos necesarios (insumos químicos) para su elaboración; es quien da un aporte imprescindible para que se puedan conseguir los resultados descritos en la norma.

“FAVORECE”, quien participa activamente en los actos de elaboración de la droga, sea previendo una instalación para su procesamiento, sea ejecutando los actos directos para su producción o distribuyendo la droga para que sea comercializada en el mercado ilegal.

“FACILITAR”, implica un comportamiento destinado a hacer posible los cometidos propuestos en la descripción tipifica; v. gr., allanado el camino de cualquier obstáculo y/o impedimento para la elaboración de la droga o su circulación en el mercado; puede ser también, aquel que negocia con los

custodios del orden, para que ciertos locales no sean fiscalizados por la autoridad administrativa, o proveyendo de ciertos instrumentos y/o equipos necesarios para la elaboración. En realidad, no se advierte gran distinción entre los actos de favorecimiento con los de facilitación.

Respecto a la “fabricación o elaboración”, con dicha expresión se da entrada, como modalidad punitiva, al proceso a través del cual se obtiene la droga o estupefaciente, se refiere estrictamente al proceso de su obtención para que sea apta al consumo humano y así introducida al mercado. Dicho proceso, plantea como primera hipótesis a posibilidad de que se vea interrumpido no llegando a transformarse los productos utilizados en drogas por causas independientes de la voluntad del autor. Asimismo con la expresión tráfico se culmina un proceso en el que el cultivo y la elaboración serían sus antecedentes históricos. En el orden penal comprende toda actividad susceptible de trasladar el dominio o posesión, de una cosa, de una persona a otra, con contraprestación o sin ella.

Elaborar significa manejar y acondicionar mediante procedimientos adecuados e idóneos de manufacturación, preparación, extracción y recolección, materias primas de manufacturación, preparación, extracción y recolección, materias primas para transformarlas en productos que originen dependencia^{68/69}.

El legislador criminaliza conductas que posibilitan el consumo indebido de drogas por terceros. Sin embargo, se precisa de modo concreto que debe

⁶⁸ VALENCIA M., J.E.; *Del Tráfico Ilegal de Drogas..*, Cit., Pág., 692; Así, CORREDOR BELTRAN, D.; *De Los Delitos Contra la Salud Pública*, Cit., Pág., 295.

⁶⁹ VIDE, al respecto, FONTÁN BALESTRA, C.; *Derecho Penal. Parte Especial*, Cit., Pág., 658

tratarse de actos de fabricación o tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Por tanto el sujeto activo debe ejecutar actos de fabricación o tráfico, y con ellos promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de drogas a potenciales usuarias. Cabe precisar que el tipo favorecimiento requiere para su consumación un favorecimiento real del consumo ilegal⁷⁰.

Ahora bien, debe decirse que si el legislador hubiera querido conformarse con un peligro abstracto para el bien jurídico, hubiera agotado la descripción en las acciones de cultivo, fabricación o tráfico que puede considerarse en sí mismas como peligrosas en relación al bien jurídico. Pero si ha circulado estas acciones con ciertos resultados (promoción, favorecimiento, etc., del consumo ilegal), es porque ha querido incidir en un momento que está más allá del peligro general (abstracto) de la acción y, por tanto, en una zona más cercana a la lesión del bien jurídico. Esa zona más cercana no puede ser sino aquella en la que el peligro representado por la acción se concretó respecto del bien jurídico; es decir, se requiere de un peligro de naturaleza “potencial”, que ha de ser acreditado tanto ex - ante como ex – post, de que la promoción y/o facilitación a la elaboración y/o circulación de droga prohibida puede colocar en real peligro a la salud de la población. Es por ello que dichas conductas deben ir acompañadas con ciertos elementos de sustantividad, en cuanto al criterio cuantitativo habitual, que debe caracterizar el comportamiento para ser merecedor y necesitado de pena.

⁷⁰ ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE. , “Derecho PENAL PARTE ESPECIAL” Tercera Edición 2016, Tomo VI, Editorial Moreno S.A., Pág. 79

5. TRANSPORTE DE DROGAS.

Sobre la actividad típica del “transporte de drogas”, resulta importante referirnos a un supuesto del injusto que ocurre con mucha frecuencia en nuestro país, a la figura de los burriers o como se los denominó recientemente por la judicatura como los “correos de la drogas”. Incidencia criminal que cuando nuestros tribunales de justicia, así como abarrotan nuestros establecimientos penitenciarios. Individuos que en muchas ocasiones pone en peligro su propia vida, al colocarse los estupefacientes en determinados órganos del cuerpo; agentes, que pueden ser tanto nacionales como extranjeros, que aceptan llevar consigo la droga ilícita por sumas de dinero que no se comparan con los dividendos económicos que reportan las transacciones comerciales a los líderes de estas estructuras criminales. En tal entendido, debemos distinguir con corrección aquellos que de forma habitual transportan los estupefacientes prohibidos de un lugar a otros, quienes son los que se exponen en mayor medida a ser descubiertos por la policía, de quienes dirigen, controlan y organizan todas las actividades a tomar lugar en el seno de la organización. Sobre estos últimos debe recaer la mayor severidad del resorte punitivo, conforme los fines preventivos generales de la pena; en cambio, la actuación delictiva de los llamados “correos de la drogas, debe ser ajustado a los marcos penales previstos en el primer párrafo del artículo 296° del Código Penal, en consonancia con los fines preventivos – especiales de la pena. Por consiguiente, dichos criterios han de ser analizados por el juzgador al momento de la determinación judicial

de la pena⁷¹.

6. POSESIÓN DE DROGAS CON FINES DE TRÁFICO ILÍCITO.

Las modalidades del injusto se van modulando conforme a auténticas necesidades de políticas criminales, en el sentido de que el legislador extienda la construcción típica a todos aquellos comportamientos, susceptibles de lesionar y/o poner en peligro el bien jurídico tutelado. Como se ha sostenido en este apartado de la criminalidad, es más visible la intervención punitiva a través del adelantamiento significativo que se manifiesta a partir de la punición de meros actos preparatorios o de conductas de mera actividad, sin necesidad de verificar que la droga legalmente sea efectivamente adquirida o comercializada por el agente. Punto en cuestión que ha de verse claramente en la incriminación de la presente conducta típica.

Es de verse, del contenido normativo, que el disvalor de la conducta refiere a una acción de mera “actividad”, es decir, no resulta necesario acreditar que la tenencia del estupefaciente ilegal haya sido destinado a la comercialización, a la circulación del objeto material del delito en el mercado de consumidores. Un precepto penal así concebido puede dar a aplicaciones antojadizas de la norma, en el sentido de penalizar comportamiento de consumidores, de personas que poseen la droga para su consumo personal o para compartirla con sus allegados, los cuales según el corpus punitivos son impunes⁷². Por tales motivo, resulta indispensable formular criterios de

⁷¹ Alonso Raúl PEÑA CABRERA FREYRE, “Derecho PENAL PARTE ESPECIAL” Tercera Edición 2016, Tomo VI, Editorial Moreno S.A., Pág. 81

⁷² VALENCIA, M., J.E., Del Tráfico Ilegal de Drogas..., cit., pág., 704.

interpretación de la norma, que encuentren asidero con el bien jurídico protegido, y con la ratio de la ley penal, de imponer una pena a aquellos que se dedican al TID y no extender la sanción punitiva a cualquier situación, en el que a un individuo se le encuentre droga entre sus pertenencias⁷³.

En conclusión, la posesión de drogas sólo será punible si concurre en ella la intención de traficar y, en consecuencia, para su sanción, deberá probarse la concurrencia de dicho elemento subjetivo del tipo. Por lo que admitir un régimen de presunciones basado en la modalidad “iuris tantum”, comportaría, consecuentemente, una inversión de la carga de la prueba, lo que sería inadmisibles en un proceso penal y contrario al principio de la presunción de inocencia, así en su vertiente del *in dubio pro reo*⁷⁴. De manera, que la perfección delictiva se agota con la mera realización de la acción, no admitiéndose la posibilidad de un delito tentado. Como escribe TAZZA, la previsión legal aludida no importa un acto tentado puesto que todavía no se han cometido actos constitutivos de comienzo de ejecución, es decir, no se ha comenzado todavía a ejecutar el tráfico de estupefacientes⁷⁵.

⁷³ Alonso Raúl PEÑA CABRERA FREYRE, “Derecho PENAL PARTE ESPECIAL” Tercera Edición 2016, Tomo VI, Editorial Moreno S.A., Pág. 87.

⁷⁴ FALCONE, R.A., Cuestiones Captales de Derecho Penal, Cit., Pág., 77.

⁷⁵ TAZZA, A.O., El Comercio de Estupefacientes, Cit., Pág., 80.

CAPITULO VI

ITER CRIMINIS Y SU NO DESARROLLO POR COMPLETO EN CUARTO

PÁRRAFO DEL ART. N° 296

FAVORECIMIENTO Y PROMOCIÓN AL TID.

Artículo 296.- Promoción o favorecimiento al TID.

CUARTO PARRÁFO:

El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta a ciento veinte días - multa.

1. APLICACIÓN DEL CUARTO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 296° “AL INTERCRIMINIS”.

1.1. Fases del iter criminis:

Anteriormente del producto del resultado típico, en el elemento activo aparece la idea o creación del delito. Se ha precisado que la ley castiga la intención solo cuando se manifiesta de forma objetiva en el mundo externo, sin embargo, es menester conocer el delito, aun esa fase interna, para comprender mejor, asimismo, en la opinión del suscrito la conspiración como delito para desarrolle el ITER CRIMINIS, se desarrollaría en meras ideaciones que a continuación explicaremos:

El inter criminis consta de dos fases: interna (que tendría que ser necesariamente el inicio de una idea) y externa.

1.1.1. Fase interna:

La fase interna se constituye por el procedimiento interno que ocurre en la mente de sujeto activo, sujeto activo que en la opinión del suscrito vendría a ser en la conspiración para el TID, la reunión de dos a más personas.

La fase interna abarca las siguientes etapas:

- **Ideación:** es el origen de la idea criminal, o concepción intelectual de cometer el delito surge por primera vez.
- **Deliberación:** la idea surge se rechaza o acepta. El sujeto piensa en ella, de modo que concede las situaciones favorables y desfavorables. Así, en el interior del sujeto, surge una pugna entre valores distintos.

- **Resolución:** el sujeto decide cometer el delito o sea, afirma su propósito de liquidar.

A la opinión del suscrito esta fase interna se cumpliría cabalmente con el delito de conspiración para el tráfico ilícito de drogas, pero que para el derecho penal no es sancionable y si sería mucho más importante la ciencia de la criminología⁷⁶.

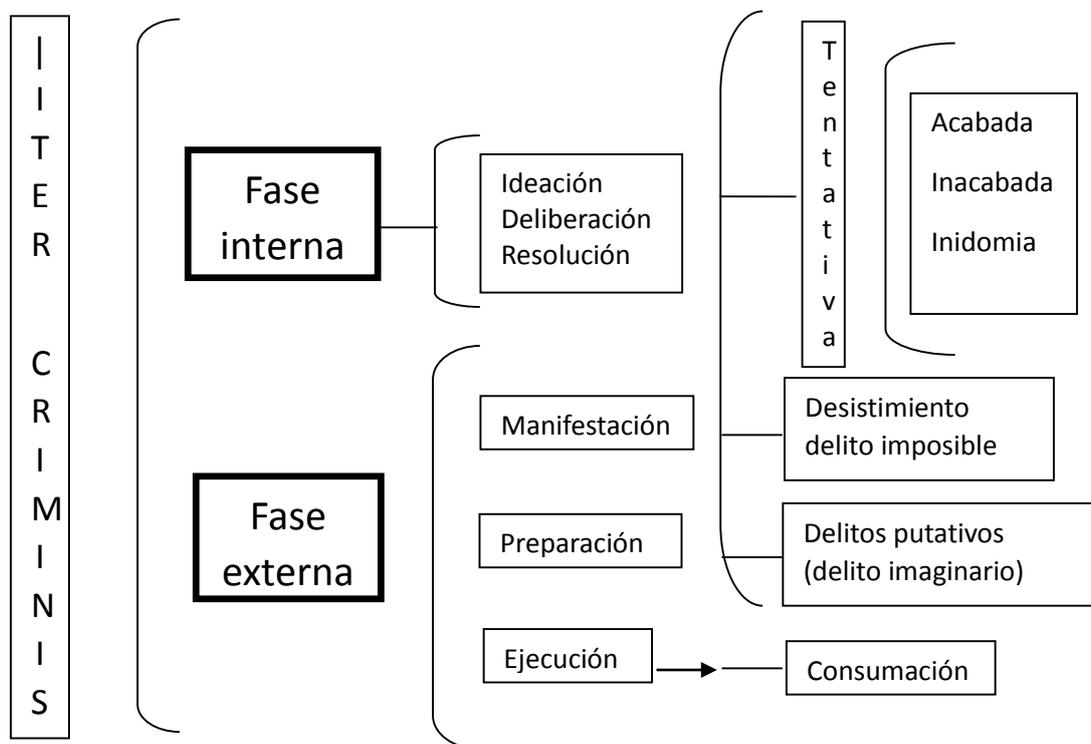
1.1.2. Fase externa: La fase externa surge al terminar la resolución y consta de 3 etapas:

- **Manifestación:** la idea para el exterior, es decir, la idea criminal emerge del interior del individuo. Este fase, no tiene todavía trascendencia jurídica ya que solo se manifiesta la voluntad de delinquir, pero mientras no se comete el ilícito, no se puede castigan al sujeto.
- **Preparación:** se forma por los actos que realiza el sujeto con el propósito directo de cometer el delito, es decir, actos preparatorios que por sí solos pueden no ser antijurídicos y, en consecuencias, no revelaran la intención delictuosa, a menos que por sí solo constituyan delitos.
- **Ejecución:** constituye en la realización de los actos que se dan origen propiamente al delito. Tentativa y consumación.

⁷⁶ *La criminología es una ciencia penal autónoma cuyo objetivo es el estudio de la conducta social y psicológica de un sujeto involucrado en actos delictivos, además de interpretar los indicios en el lugar de los hechos.*

- **Tentativa:** se constituyen por los actos materiales tendientes a ejecutar el delito, de modo que este no se produzca por causa ajena a la voluntad del agente. Pudiendo ocurrir mediante actos positivos (hacer) o negación (abstenciones u omisiones)

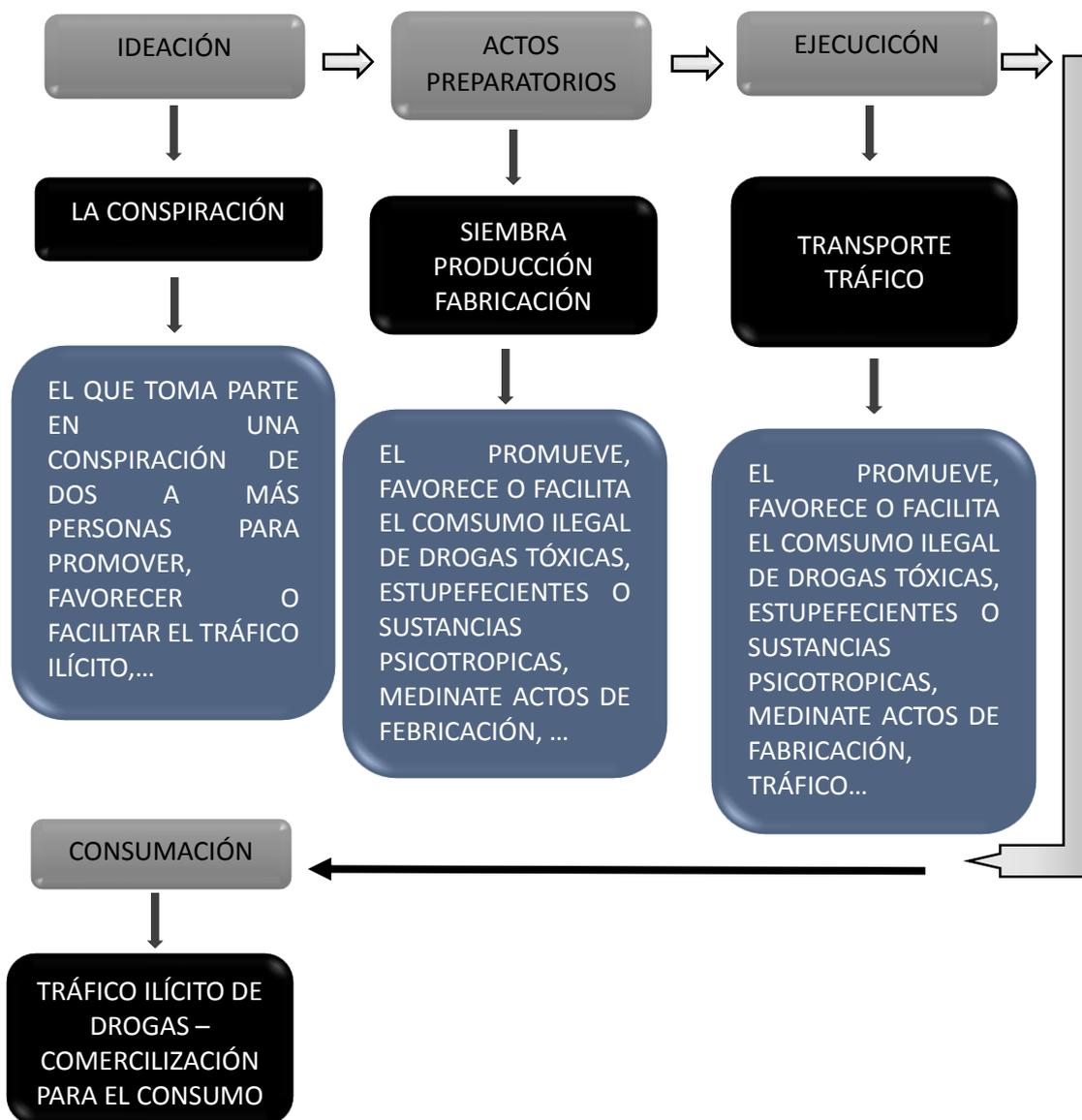
Por lo general en el análisis y opinión del suscrito en la etapa externa del iter criminis, se desprende una sub etapa que son los actos preparatorios, que por lo general son: las proposiciones, la provocación, la incitación, la inducción, las amenazas y en este caso específico la conspiración, que en la aplicación del delitos de conspiración prevista y sancionado en el cuarto párrafo del artículo 296° del Código Penal Vigente, no son punibles⁷⁷.



⁷⁷ IRMA G. AMUCHATEGUI REQUENA "DERECHO PENAL", Editorial Harla, México 1993, Pág., 40.

EL DESARROLLO DE ITER CRIMINIS APLICADO EN LA

CONSPIRACIÓN



EN LA OPINIÓN DEL SUSCRITO SE PUEDE VERIFICAR EN EL CUADRO DEL DESARROLLO DE LA CONSPIRACIÓN QUE EL ITER CRIMINIS SOLO ALCALZA LA ETAPA DE INTERNA LLEVANDO A UN IDEACIÓN QUE PARA EL DERECHO PENAL NO ES PUNIBLE, CONSECUENTEMENTE NO CUMPLIRIA, EN DESARROLLAR LAS ETAPAS DEL INTER CRIMINIS.

CAPITULO VII

LA TEORÍA DEL DELITO Y SU APLICACIÓN AL CUARTO PÁRRAFO DEL ART. N° 296

1. TEORÍA DEL DELITO

La teoría del delito se encarga del estudio de las características que debe reunir la conducta desviante para ser subsumida como delito. Aparecen características iguales de todos los delitos que solo se dan en algunos de ellos. Tal como se dice el profesor MUÑOZ CONDE, “la teoría general del delito se ocupa de las características comunes que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, sea este en el caso concreto una estafa, homicidio o una malversación de caudales públicos; el estudio de las concretas figuras delictivas, de las particularidades específicas, del hurto, de la violación, de la estafa, etc”.

1.1. Significación de la teoría del delito.

Esquemáticamente en derecho penal se divide en parte general y especial. Mientras la parte especial se ocupa del estudio de los delitos en concreto, la parte general analiza las características comunes en todos los delitos. La teoría general del delito se centra en la parte general, por tanto, ve las características comunes de los delitos para así poder interpretar cualquier delito de la parte especial.

La teoría general del delito proporciona seguridad jurídica sujeto, dado que, proporciona los lineamiento validos de análisis de cada una de la figuras contenidas en la parte especial, en este sentido el profesor **LUZON PEÑA**, *“un concepto general de delito bien estructurado y sistematizado favorece no solo la seguridad jurídica, y por lo consiguiente libertad ciudadana, sino una mayor justicia en la respuesta penal al delito”*.

Además de acuerdo al profesor **BACIGALUPO**, *“la ciencia del derecho penal es una ciencia práctica y la teoría del delito tiene también un finalidad práctica”*. Su objeto es, en este sentido, establecer un orden racional y, por lo tanto fundamentado, de los problemas y soluciones que se presentan en la aplicación de la ley penal en un caso dado la teoría jurídica del delito es, en consecuencia, una propuesta, apoyada en un método científicamente aceptado, de cómo fundamentar las resoluciones de los tribunales en materia de aplicación de la ley penal.

Todas las personas realizan conductas por acción u omisión. Sin embargo, el derecho penal solo sanciona aquellas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos de mayor valor, los que han sido

establecidos en forma taxativa en el código penal. En otras palabras, el centro de análisis de la teoría general del delito está en los comportamientos concretos del agente, los cuales sean realizado en un determinado tiempo y espacio, a esto se denomina derecho penal de acto, a diferencia a lo que sucedía en la antigüedad que consideraba como su centro al derecho penal de autor.

1.2. Concepto y estructura del delito.

A lo largo de nuestro código penal no encontramos una definición exacta de lo que se debe considerar como delito, pero tenemos una aproximación en el ART.11º del Código Penal, donde se dice que: son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley. Es decir, las características de los delitos son:

- a)** Tiene que ser una omisión o acción.
- b)** Dicha acción u omisión tiene que ser dolosa o culposa.
- c)** Dicha conducta debe estar penada por la ley.

Esta es la definición general que nos da el código penal, sin embargo la doctrina amplia nos da los elementos del delito:

- a)** Conducta.
- b)** Tipicidad.
- c)** Antijuricidad.
- d)** Culpabilidad
- e)** Pena (consecuencia de los presupuestos a+b+c+d).

Al analizar un delito, se sigue el orden descrito anteriormente, es decir, primero se analiza la conducta, segundo la tipicidad, tercero la antijuricidad y cuarto la culpabilidad, y como resultado de los cuatro

anteriores la pena. En ningún caso se puede obviar uno de ellos porque, cada uno de ellos es un pre-requisito del siguiente. Pero, esto es el aspecto eterno del delito, conviene recordar las palabras de **IBERING**, el delito (y comprendemos bajo esta denominación general los delitos graves, menos graves y faltas), es un acto contrario a la ley penal y amenazado con una pena pública. La definición es exacta, da el criterio exterior por el cual se reconoce el delito; pero no se refiere más que a la forma. Nos lleva hasta clasificar las acciones del hombre con arreglo a un derecho positivo determinado y reconocer si constituye o no infracciones penales. Pero es muda acerca del punto capital, saber que la infracción y porque la ley castiga con una pena; en un palabra, nos enseña el rasgos distintivos exteriores de la infracción y nos deja en la ignorancia de su esencia interna”.

En este sentido los profesores **NUÑOZ CONDE** y **GARCIA ARAN**, *“desde el punto de vista jurídico, delito esto da conducta que el legislador sancione con una pena. Esto es una consecuencia del principio **“mullum crimen sine lege”** que rige en el moderno derecho penal y que impide considerar delito toda conducta que no caiga en los marcos de la ley con una pena, sin embargo, un concepto puramente formal que nada dice sobre los elementos que debe tener esa conducta para ser castigada por la ley con una pena”*. Conforme a lo señalado, el profesor **BACIGALUPO** nos dice, “la definición de un delito de un derecho penal de hecho podría encararse, en principio desde dos puntos de vista. Si lo que interesa saber lo que el derecho positivo considera delito (problema característico del juez), la definición podría lograrse recurriendo a las consecuencias

jurídicas del hecho concreto; en este sentido, será delito todo comportamiento cuya realización tiene previsto una pena en la ley. Por el contrario, si lo que interesa saber si determinado hecho debe prohibirse bajo la amenaza de una pena (problema característico del legislador) esa definición no servirá, pues no podrá referirse a la pena, sino al contenido de la conducta. Dicho de otra manera; la definición del delito dependerá, en principio, de si lo que quiera caracterizarse son los comportamientos punibles o los merecedores de pena, el primer concepto dio lugar a un llamado concepto “formal” del delito, mientras el segundo como concepto “material” del mismo, sin embargo, en la medida en que se impuso el método teleológico, la línea divisoria deja de tener la significación atribuida y las cuestiones del comportamiento punible y del merecedor de pena se relacionaron estrechamente en el campo de la dogmática jurídica (o sea en el momento de aplicación de la ley)”. Actualmente, la tendencia del derecho penal es no estudiar la conducta separada sino como elemento más de la tipicidad, por eso se dice que el delito es **TRIPARTITO** (en el esquema se ha separado la conducta de la tipicidad solo para fines didácticos)

- a) **Conducta:** Es el comportamiento del sujeto tanto por acción como por omisión.
- b) **Tipicidad:** Es la adecuación del comportamiento real al tipo penal abstracto.
- c) **Antijuricidad:** Es analizar si el comportamiento típico está en contra del ordenamiento jurídico en general antijuricidad formal y material.

d) Culpabilidad: nuestro código penal habla hoy de responsabilidad, es el reproche que se le hace al sujeto por haber realizado ese comportamiento.

Todos están de acuerdo en que los elementos antes mencionados forman la estructura del delito, la discusión está en cuál es el contenido de cada uno de estos elementos. Esta es una discusión ya superada en otros países pero que sobrevive en el Perú. Existen diversas teorías del delito:

- a) Teoría casualista.
- b) Teoría finalista.
- c) Teoría de los elementos negativo a del tipo.
- d) Teoría funcionalista.

2. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO AL CUARTO PÁRRAFO DEL ART. N° 296.

En el análisis del suscito de la acción en la aplicación del delito conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del artículo 296° de código penal con una corriente finalista, se analiza lo siguiente:

Como podemos ver en la teoría del delito, la acción en sentido amplio, es decir que comprende tanto la acción como la omisión, es el sustantivo del delito, es decir es lo más importante, una vez identificada la acción, se deberá someterse a un análisis respecto a sus adjetivos, es decir que la acción tendrá que ser típica, antijurídica y culpable, entonces lo primero que debemos de identificar es la acción que se atribuye a los autores (acusado), pues sin acción no hay nada.

En el presente caso utilizaremos un caso práctico que la fiscalía antidrogas

con sede La Merced – cuenta en la actualidad, que es la Carpeta Fiscal N° 33-2015, que como representante de la legalidad el Ministerio Público y al ser el titular de la acción debe de imputar o realizar su teoría del caso de acuerdo a los parámetros de la ley.

A continuación los hechos relacionados a la Carpeta Fiscal N° 33-2015:

Se le atribuye a los acusados José Juárez Arroyo, Edwin Jaime Taipe Quispe, Teófilo Aguilar Meneses y María Gonzales Pareja la conducta ilícita prevista y sancionada por el artículo 296° último párrafo del Código Penal Vigente en razón de que sus propias acciones realizadas favorecieron al Tráfico Ilícito de Droga, mediante actos de conspiración, encontrándose a los acusados José Juárez Arroyo y Edwin Jaime Taipe Quispe a diez metro de la Pista, de la pista de aterrizaje clandestina denominada “PAC PRIMAVERA” donde posteriormente, en los alrededores de dicha PAC. Se halló el peso neto de trescientos cuarenta y nueve kilos con ciento veintiséis gramos de cocaína listos para ser transportados vía aérea al mercados internacional; (...)al continuar con la patrullaje en las coordenadas geográficas (S12°03’08.70” – W74°01’21.50”), a diez metros de la PAC (entre el centro y el pie de la PAC), intervinieron a José Juárez Arroyo y Edwin Jaime Taipe Quispe, quienes refirieron que el propietario del predio donde se encuentra ubicado la PAC eran las personas de Teófilo Aguilar Meneses conocido como “CUBILLAS” junto a su esposa Marisa Gonzales Pareja y su hijo Jhon Arlin Aguilar Gonzales; (...).

Como podemos ver del contenido de la acusación el fiscal pretende incriminar el delito de tráfico ilícito de drogas en la modalidad de actos de “conspiración”, pero no atribuye la acción en la que habría consistido la

conspiración y si así fueran la conspiración se basa en ideación o pensamiento que para el derecho penal es irrelevante; puesto que lo único que señala la fiscalía es que los señores fueron encontrados a 10 metros de la pista de aterrizaje clandestino, por lo que es una tipificación deficiente, que no contiene ni siquiera una acción concreta, y si hubiera una acción concreta esta tendría que ser subsumida por acto de “FAVORECIMIENTO O TRÁFICO” para la elaboración o consumo de delitos de tráfico ilícito de drogas.

Y para seguir desglosando y analizar adecuadamente, desarrollaremos la conspiración en la teoría de delito; al respecto de la forma sucinta y clara se tiene que dentro del estudio de la tentativa, se tiene que existe la fase interna y fase externa del ITER CRIMINIS; como se desarrolló en líneas precedentes la fase interna se divide en ideación interna, deliberación, resolución judicial, cabe indicar que por la general esto no es punible; por otro lado, se tiene que dentro de la fase externa se tiene los actos preparatorios, la ejecución y la consumación; ahora bien dentro de los actos preparatorios punibles se tienen ciertas modalidades, dentro de la cual se tiene a la conspiración, en este punto es necesario señalar que por lo general los actos preparatorios no son punibles, sin embargo conforme a la teoría mixta, estas son sancionadas en los ordenamientos jurídicos que se ha logrado adelantar la punición a dichos actos, siempre estén tipificados en los cuerpos jurídicos penales, esto tiene su fundamento en la mayor peligrosidad para el bien jurídico; por ejemplo la conspiración es una coautoría anticipada, es decir hay un conjunto de sujetos que cometerán un delito, pero se castiga antes de la ejecución; puesto que dos o más personas conciertan sobre un delito

y deciden consumarlo, esto no es castigar el pensamiento, puesto que esto ha sido pensado por varios y hay más posibilidad que se ejecute, respeto a la fase interna todos tienen que estar en la fase de resolución criminal.

En tal sentido la imputación realizada por el ministerio público, no tiene relación alguna con el tipo penal acusado, y es más así se quiere forzar la figura, pretendiendo indicar que los señores tenían conocimiento de la existencia de la drogas y demás objetos comisados, no hay un solo medio de prueba que los vincule.

Pues incluso dentro de la carpeta fiscal existen declaraciones testimoniales de Fernando Rony Lucero Rodríguez y Felix Mayta Romero, en los cuales no hay señalado ninguna acción que pueda estar direccionada a una conspiración, es decir una manifestación de voluntad destinada a delinquir, así mismo no han indicado ningún acto que hayan ejecutado los acusados, que permitan entender un favorecimiento al tráfico ilícito de drogas.

Por otro lado, el representante del ministerio público, intento crear el hecho que los señores acusados, estaban manteniendo en buen estado de la PAC, a través de limpieza de hierba con machetes, sin embargo, en las actas de registro personal, no se consignó ningún machete encontrado a ningún de los acusados; ahora si bien es cierto que los acusados indicaron que llevaban un machete, estos dijeron que era para su trabajo en la chacra, y que eran machetes pequeños, además en la declaración testimonial de un efectivo policial (Félix Mayta Romero) dijo que no había un machete, que el presumió que había, por la que hay duda de su existencia.

Finalmente cabe indicar que si bien es cierto en el escrito acusatorio en el acápite V. respecto a la participación de roles que se atribuyen a los

acusados, el representante del Ministerio Público indica que los señores acusados, eran las encargados de custodiar y vigilar la PAC; en primer término debemos de indicar que dicho argumento es la teoría del caso del representante del Ministerio Público , es decir es netamente valorativo, más no es una imputación concreta, pues como hemos señalado los hechos imputados fueron el ser capturados a 10 metros de la PAC, lo cual no es típico; en segundo término que dicha acción de “custodiar y vigilar” no configura el verbo rector “conspirar”, pues en todo caso ya sería una materialización de la conducta criminal, cuando la conspiración es únicamente la decisión criminal, por lo tanto estaría fuera del tipo penal de conspiración. Y tercero no hay ningún elemento de prueba que indique que los señores estaban cuidando la PAC; y esto posiblemente se debería a una mala intervención policial, puesto que en cuanto tuvieron contacto visual con los acusados los intervinieron, destino distinto tal vez se hubiera dado si previa a su intervención, hubieran dejado que los señores se desenvuelvan en el terreno y ver si se acercaban o manipulaban los materiales ilícitos incautados; sin embargo no se hizo y por ende no se estará analizar dicho extremo.

CAPITULO VIII

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LESIVIDAD AL CUARTO PÁRRAFO DEL ART. N° 296

1. PRINCIPIO DE LESIVIDAD.

El Estado Social / Democrático la potestad normativa penal del Estado está sujeta a límites materiales, estos límites al **IUS PUNIENDI** se expresan en forma de principios que tienen base constitucional.

Existía consenso sobre la necesidad de limitar el poder penal del Estado en función del principio de exclusiva tutela de bienes jurídicos. Se aceptaba la vigencia del principio **NULLUM CRIMEN SINE INJURIA**, según el cual todo

delito debe comportar la lesión o puesta en peligro para un bien jurídico penalmente protegido.

Sin embargo en la actualidad entre algunos tratadistas tenemos al jurista alemán **Gunther JAKOBS**, citado por **DINO CARLOS CARO CORIA**, quien niega que la misión del Derecho Penal consista en proteger bienes jurídicos y entiende que el verdadero objeto de tutela es la vigencia o estabilización de la norma⁷⁸.

Conceptuar materialmente el bien jurídico penal es doblemente importante de cara a su función crítica: como descripción y cuestionamiento del Derecho vigente (sentido dogmático, de lege lata) y como guía para construir el modelo penal que se desea alcanzar (sentido político-criminal, de lege ferenda)⁷⁹.

La construcción de un concepto material de un bien jurídico penal debe asentarse en determinados presupuestos básicos, el profesor **CARO CORIA** considera que la dogmática debe orientarse no por la línea de las definiciones negativas, que no logran precisarlo con certeza y fiabilidad. El Derecho Penal no debe renunciar a su esencia de Carta Magna, y debe continuar en el camino de hallar una definición positiva de bien jurídico penal y como segundo presupuesto el hecho de no desvincular dicho concepto de la realidad axiológica en la que debe operar. Si se espera que el bien jurídico limite racionalmente la obra del legislador y de los jueces (función crítica), en

⁷⁸ **DINO CARLOS CORA CORIA**, "PRINCIPIO DE LESIVIDAD DE BIENES JURÍDICOS PENALES", Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2004, Pág., 94.

⁷⁹ "PARA UNA FUTURA REFORMA DE LA LEY"

los procesos de criminalización primaria y secundaria, ello presupone que debe ser coherente y funcional a un específico sistema de valores que relacionan directamente con la realidad histórica - social que se vive y la que se desea alcanzar, pues el bien jurídico penalmente protegido está sujeto al cambio histórico y condicionado por las estructuras socio - culturales de una comunidad que ocupa un espacio y tiempo determinado. Juzga como punto de referencia el sentido político criminal del modelo de Estado social y democrático de Derecho. Desde esta base mínima, se requieren ulteriores desarrollos del concepto material para determinar tanto los bienes que merecen una valoración positiva por parte del ordenamiento punitivo, como las conductas que deben ser desvaloradas por este.⁸⁰

Es de destacar lo anotado por el jurista **MIR PUIG** citado por **CARO CORIA** al expresar que si el Derecho Penal solo protege bienes jurídicos, ello no significa que todos estos deban ser tutelados penalmente, ni tampoco que todo ataque en su contra deba determinar la intervención punitiva, pues ambas pretensiones se opondrían, respectivamente al principio de subsidiaridad y al carácter fragmentario del Derecho Penal.⁸¹

En el contexto que bien jurídico - penal como expresión del merecimiento y necesidad de pena, si un determinado comportamiento le es imputable un resultado socialmente dañoso que no afecta directamente al individuo en sus posibilidades de participación social, queda sin lugar la intervención penal,

⁸⁰ DINO CARLOS CORA CORIA, "PRINCIPIO DE LESIVIDAD DE BIENES JURÍDICOS PENALES", Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2004, Pág., 130.

⁸¹ DINO CARLOS CORA CORIA, "PRINCIPIO DE LESIVIDAD DE BIENES JURÍDICOS PENALES", Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2004, Pág., 131.

pero está justificado el uso del derecho administrativo. En consecuencia, la síntesis de los aspectos de afectación a los individuos y dañosidad social, a través del entendimiento del bien jurídico como posibilidad de participación individual en la sociedad, constituye una primera e importante delimitación que permite excluir la sanción de las conductas lesivas tan solo para cierta forma de moralidad, valores, funciones o estrategias político sociales. Esta construcción refuerza el fundamento de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos, como la salud pública, el ambiente natural o la ordenación del territorio que, en menor medida que los individuales pero de manera trascendental, constituyen medios importantes para la autorrealización social del individuo⁸².

Para satisfacer la necesidad de una mayor concreción del concepto material de bien jurídico - penal, debe acogerse la idea de plasmación constitucional, en sentido amplio y no como vinculación estricta, por la máxima jerarquía y el carácter consensual que se atribuye a la Carta Magna, lo que dispensa al bien jurídico una mayor legitimidad en términos normativos. No obstante, aun entendido el bien jurídico - penal a partir de la dañosidad social de las agresiones, la referencia individual y su plasmación constitucional, esta orientación solo permite determinar que bienes ameritan una valoración penal positiva, es decir el juicio sobre el merecimiento de pena, pero no señala que comportamientos deben incriminarse por ser oportuna o útil la intervención punitiva, extremos que debe enfrentar una teoría del bien

⁸² DINO CARLOS CORA CORIA, "PRINCIPIO DE LESIVIDAD DE BIENES JURÍDICOS PENALES", Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2004, Pág., 132.

jurídico - penal que aspira a ejercer una función crítica y rectora de los procesos de criminalización y descriminalización⁸³.

Como expresa **SILVA SANCHEZ** citado también por **Caro Coria** para que un bien jurídico, en cuanto a su protección, revista la calidad de merecedor de pena, debe de aglutinar, simultáneamente la referencia al individuo, la dañosidad social de las agresiones y su plasmación constitucional.⁸⁴

A decir del profesor **Carlos Caro Coria** debe tomarse distancia de aquellas posturas donde la afectación individual no es una condición sustantiva para la conformación del bien jurídico - penal, esquema en el que hay lugar para formulas imprecisas como afectación individual indirecta o afectación individual próxima a las que ampliamente entendidas pueden tolerar la incriminación de conductas de bagatela o remotamente peligrosas para las condiciones de participación del individuo en la vida social, casos que tienen el acento en la funcionalidad del sistema.⁸⁵

El principio de lesividad tuvo como fuente directa el artículo 4° del CP Colombiano de 1980, según el cual para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley. La doctrina colombiana que interpreta esta norma y su equivalente en el CP colombiano del 2000⁸⁶, considera unánimemente que

⁸³ DINO CARLOS CORA CORIA, "PRINCIPIO DE LESIVIDAD DE BIENES JURÍDICOS PENALES", Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2004, Pág., 133.

⁸⁴ DINO CARLOS CORA CORIA, "PRINCIPIO DE LESIVIDAD DE BIENES JURÍDICOS PENALES", Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2004, Pág., 135.

⁸⁵ DINO CARLOS CORA CORIA, "PRINCIPIO DE LESIVIDAD DE BIENES JURÍDICOS PENALES", Editorial Gaceta Jurídica, Lima 2004, Pág., 136.

⁸⁶ *CÓDIGO PENAL COLOMBIANO DEL 2000, mantiene la estructura de la formula anterior en el artículo 11° "Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesiones o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal"*

la expresión lesión o puesta en peligro idéntica a la que utiliza el código penal peruano que hace referencia únicamente a la lesión o puesta en concreto peligro del bien jurídico. Así en estricto no se incluye en estas categorías el peligro abstracto, en donde no se aprecia la puesta en peligro de un bien jurídico como resultado del comportamiento del autor sino un simple comportamiento con idoneidad lesiva en el que no se observa un resultado peligroso, de concreto o efectivo peligro.

Por tanto en armonía al referido principio solo será considerado como un ilícito penal aquellos comportamientos que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico determinado.

a) DELITOS DE PELIGRO.

Cuando se dice que un comportamiento lesiona un bien jurídico es porque dicho acto u omisión provoca un daño efectivo al objeto material que representa dicho valor. Por ejemplo, en el delito de lesiones (artículo . 121 CP) la salud se ve afectada si es que se le desfigura a una persona o en el caso del delito de hurto (artículo 185 CP) el acto recae en el bien mueble que es sujeto de sustracción por parte del autor afectando la propiedad (expresión del bien jurídico patrimonio). En otras palabras, generalmente en los bienes jurídicos individuales se presenta un daño efectivo (lesión) provocado por la conducta delictiva.

Por otro lado, de acuerdo a nuestra normativa, se pueden sancionar comportamientos peligrosos (delitos de peligro). Y es que se dice que una sola conducta no puede dañar efectivamente un bien jurídico con

características especiales (colectivos e institucionales).^{87/88} Por ejemplo, el delito ambiental (artículo 304 CP) sanciona el acto contaminante que pueda causar daño al medio ambiente; también tenemos el delito de manejar en estado de ebriedad (artículo 274 CP) que sanciona el mero acto de manejar un vehículo bajo el estado de embriaguez suficiente (mayor a 0.5 gramos litro de alcohol en la sangre) sin exigir un daño efectivo a bienes jurídicos individuales de terceros o también el delito de fraude tributario (artículo 1 del D. Leg. 813) ya que dicha conducta por sí sola no va a crear una situación de descalabro al sistema de hacienda pública, solo la pondrá en peligro.

Desde el plano político criminal, ello se explica debido al avance tecnológico y a fenómenos tales como la globalización que ha provocado que nuestra sociedad experimente una serie de cambios, tanto positivos como negativos. Así por ejemplo, la constitución de distintas empresas ha generado nuevas oportunidades de desarrollo profesional para muchas personas; sin embargo, en la cara opuesta de este desarrollo, también se

⁸⁷ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL", Editorial Ariel, Barcelona 1986, Pág., 18.

⁸⁸ *BUSTOS RAMIREZ JUAN, sostiene que resulta necesario considerar una ordenación de los delitos en vista a los bienes jurídicos, no sobre la base de una atomización de la sociedad, sino del todo que implica un sistema. En consecuencia existen bienes jurídicos, que están referidos a las bases de existencia del sistema y aquellos que están en conexión con el funcionamiento del sistema. Los primeros, son los que tradicionalmente se les han llamado bienes jurídicos individuales, como es el caso de la vida humana, la salud individual, la libertad, etc., en cambio, los segundos, son aquellos que inciden en relaciones macrosociales. Dentro del funcionamiento del sistema hay que distinguir, a su vez, en tres diferentes niveles: aquello bienes jurídicos denominados colectivos, que están presentes en forma constante en el quehacer cotidiano de cada uno de los sujetos o grupos en que éste se integra, como el medio ambiente, libre competencia, la política de ingresos y egresos del Estado, y los delitos contra el orden económico. Cualquier atentado a estos bienes repercuten en la integridad física, la libertad y la vida misma. El segundo nivel, se trata de bienes jurídicos institucionales, como la fe pública, administración de justicia, garantías constitucionales, etc., en tercer nivel están los bienes jurídicos de control como es el caso de la seguridad interior y exterior del estado.*

puede observar la presencia de nuevas formas de criminalidad, que obliga al Estado a cambiar sus formas de intervención penal, lo que ha generado controversia con el principio de lesividad.

Dentro de estos cambios, podemos encontrar la opción por flexibilizar diversos principios penales en aras de la protección de bienes jurídicos. Así, uno de los principios sujetos a esa relajación punitiva es el Principio de lesividad dando cabida a los llamados tipos de peligro, como hemos visto anteriormente.

Una de las características del moderno Derecho penal, es precisamente la aparición de bienes jurídicos colectivos e institucionales, que supone una forma de adelantamiento de la barrera criminal, pues legitima la sanción de comportamientos peligrosos.

Por otro lado, los delitos de peligro pueden ser de peligro abstracto o de peligro concreto. Según Caro Coria, la diferencia entre uno y otro se encuentra en lo siguiente: que los ilícitos de peligro concreto constituyen delitos de resultado, razón por la cual se exige en cada caso una verificación ex post sobre la puesta en peligro del bien jurídico. Antes bien, **las infracciones abstractas de peligro se concentran en una acción peligrosa, aquí el peligro no se configura en un resultado sino que es inherente a la realización de la conducta, de modo que su constatación precisa de un análisis ex ante, es decir la verificación**

de si al momento de ejecutar la conducta el agente podía prever el contenido peligroso de la misma. ⁸⁹

Así, mientras en los delitos de peligro concreto se necesita que la conducta haya puesto en real peligro al objeto material que representa el bien jurídico colectivo, por ejemplo, en el delito ambiental (artículo 304 CP) que el acto contaminante haya recaído entre otros en el suelo o en aguas terrestres (se requiere de una verificación ex post); **en cambio, en los delitos de peligro abstracto, solo basta el mero comportamiento, sin la verificación posterior de la situación de peligro en relación a los objetos materiales que representan al bien jurídico,** por ejemplo, delito de tenencia ilícita de armas (artículo 279 CP) sanciona la sola posesión ilegítima de dichos instrumentos. Ese solo hecho ya pone en peligro la seguridad pública y merece sanción.

Así, siguiendo una vez más a Caro Coria podemos decir que: el único criterio que nos permite diferenciar las infracciones de peligro abstracto y concreto radica en si para la tipicidad es suficiente un mero disvalor de acción, o si es necesario además un disvalor de resultado.⁹⁰

El carácter excepcional de los tipos de peligro ha sido afirmado en el artículo IV del Título Preliminar del Anteproyecto de la Parte general del Código Penal del 2004 que señala lo siguiente: Solo en casos excepcionales, por razones de estricta necesidad para la protección de un

⁸⁹ DINO CARLOS CARO CORIA, "DERECHO PENAL DEL AMBIENTE DELITOS Y TÉCNICAS DE TIPIFICACIÓN", Editorial Grafica Horizonte, Lima 1999, Pág., 468.

⁹⁰ DINO CARLOS CARO CORIA, "DERECHO PENAL DEL AMBIENTE DELITOS Y TÉCNICAS DE TIPIFICACIÓN", Editorial Grafica Horizonte, Lima 1999, Pág., 469.

bien jurídico colectivo o institucional, se sancionaran comportamientos idóneos para producir un estado de peligro para el referido bien jurídico.

De otro lado, es innegable la influencia que tienen las nuevas corrientes europeas que buscan criminalizar el estadio previo a la lesión de un bien jurídico lo cual es denominado en el texto de Jakobs como das vorfeld. Es previo con relación a la realidad objetiva y por ello, a la conducta punible objetiva y pertenece, exclusivamente a la esfera de la subjetividad; se trata ni más ni menos, que del fuero interno, lo que genera un desbordamiento del poder punitivo del Estado, porque con ello, como lo expresa Jakobs: Es definido por el simple hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar, potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro. El autor no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito para una conducta-todavía-no-socialmente-relevante, sino que es solo fuente de peligro o, con otras palabras, enemigo del bien jurídico.⁹¹

b) ANÁLISIS DE TIPOS PENALES QUE CONSTITUYEN DELITOS DE PELIGRO.

En nuestro sistema a raíz del nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana existe una política criminal que pretende dar respuesta a esa moderna sociedad del riesgo incrementando la criminalización de comportamientos mediante la proliferación de nuevos bienes jurídicos de naturaleza colectiva, con predominio de las estructuras típicas de simple

⁹¹ GÜTHER JAKOBS, "FUNDAMENTO DEL DERECHO PENAL"- Traducción de Cancio Malia y Peñaranda Ramos, Editorial AD-HOC, Buenos Aires 1996, Pág., 185.

actividad, ligadas a delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico en detrimento de las estructuras que exigen un resultado material lesivo, dentro de esa tendencia, los delitos de peligro concreto ceden terreno frente a los de peligro abstracto, y se consolidan los delitos de acumulación y de obstaculización de funciones de control, anticipación del momento en que procede la intervención penal: se penan abundantes ilícitos antes solo administrativos, civiles o mercantiles, se generaliza el castigo de actos preparatorios específicamente delimitados, es decir criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, se autonomiza la punición de la asociación delictiva, se hace una interpretación generosa de la lesividad real o potencial de ciertos comportamientos. Que analizando nuestro ordenamiento penal tenemos:

El delito de CA.⁹² tipificado en el art. 304° del CP, “El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruidos, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental”.

⁹² **Contaminación Ambiental**

Es de naturaleza supraindividual por lo que la tipificación penal ha de tomar un cauce distinto mediante la inclusión de los tipos penales de peligro, donde el adelantamiento de las barreras de punición.⁹³

Desde el punto de vista de su consumación, basta con la creación de una situación de peligro para el bien jurídico protegido, bien jurídico que altera la flora, fauna y recursos hidrobiológicos. Esto es, la consumación del tipo no requiere una efectiva vulneración del medio ambiente, lo que significa aventajar las barreras de protectoras al bien jurídico.

c) EL AGENTE PONE EN PELIGRO LA SEGURIDAD NACIONAL.

El delito de TID., art. N° 296° del CP “El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupeficientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de *fabricación*, o *tráfico*”.

En el segundo y tercer párrafo del art. N° 296° de CP., y el cuarto párrafo del mismo artículo, que al letra dice:

El que toma parte de una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta a ciento veinte días multa”.

Las conductas de posesión de drogas con fines de tráfico ilícito tipifican una hipótesis de peligro abstracto, los actos de tenencia que se sitúan en

⁹³ FREYRE ALONSO RAUL PEÑA CABRERA, “DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL T. VI”, Editorial Moreno S.A., Lima 2010, Pág., 240.

un etapa anterior a la consumación, sistemática seguida por las Convenciones Internacionales.

El segundo párrafo del art. N° 296°, la conducta desviante tiene una estructura de peligro abstracto, esto es porque para su consumación solo se requiere que el sujeto activo lo materialice, de cualquier modo, la tenencia o posesión de la droga fiscalizada no se requiere la afectación al bien jurídico salud, comprometiendo el bien jurídico tutelado en el supuesto.

En los delitos contra la tranquilidad pública tenemos el art. N° 317° del Código Penal Vigente

“El que forma parte de una organización de dos o más personas destinadas a cometer delitos será reprimido por el solo hecho de ser miembro de la misma, con pena privativa de libertad no menor de 03 ni mayor de 06 años”.

Aquí el congresista protege el bien jurídico supraindividual, optando por establecer tipos penales de peligro abstracto, donde el peligro es artificial, mediante la reflexión de abstracción ubicua, propiciando un adelantamiento de los obstáculos de intervención del ***IUS PUNIENDI*** estatal, que para que uno de ello puede resultar funesto al derecho penal mínimo y al principio de ofensividad.⁹⁴

⁹⁴ FREYRE ALONSO RAUL PEÑA CABRERA, “DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL T. VI”, Editorial Moreno S.A., Lima 2010, Pág., 51.

d) ANÁLISIS DEL DELITO DE CONSPIRACIÓN Y EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD.

Habiendo analizado el principio de lesividad, en necesaria la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, surge el momento de analizar la aplicación del delito de conspiración para el TID.

Si bien es cierto surge la interrogante donde está ubicado el delito de conspiración para el TID, ya que recordemos que la doctrina desarrolla los delito concreto y abstractos, que está inmerso dentro del análisis del principio de lesividad.

Recordemos que el delito abstracto de peligro se concentra en una acción peligrosa, muy por el contraria el delito concreto de peligro se concentra en un resultado general una lesión al bien jurídico.

Siendo así, el delito de peligro abstracto solo contempla la mera conducta, no necesitando la revisión posterior del bien jurídico, revisión que si genera los delitos concretos.

Ahora bien como lo desarrollamos en líneas precedentes con el segundo párrafo del artículo 296°, podemos analizar que no es necesaria lesionar el bien jurídico que vendría a ser la Salud Publica, ya que solo es necesaria ser poseedor de la sustancia ilícita sin llegar a comercializarlo y lesiones en bien jurídico protegido, con el comportamiento de la posesión de la droga.

Sin embargo hablar del cuarto párrafo de artículo 296°, estamos hablando que para que exista el comportamiento del delito abstracto en la cuarto

párrafo del artículo citado debe existir una manifestación corporal como en el segundo párrafo que sería en el caso la posesión, pero en el cuarto párrafo estaríamos hablando de la conspiración que significa jurídica planear en secreto dos o más personas actos contra el estado, en consecuencia significa idear, plantear una ideal, que como lo desarrollamos líneas precedentes para el derecho la ideación no es punible, ya que la reunión de dos o más personas para conspirar contra el estado no estaría penado ya que al reunirse y planificar el tráfico ilícito de drogas no sería penado, con el cual se de nuestra que el delito de conspiración tampoco cumple con el requisito de delito abstracto ni mucho menos el delito concreto.

CONCLUSIONES

- Que el delito de conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del artículo 296° de código penal vigentes, no cumple en la totalidad con las etapas o fases del ITER CRIMINIS, ya que como mencionamos líneas precedentes dentro de la fase interna existe la etapa de ideación que vendría a ser el inicio del esbozo del criminal, siendo una creación ideal de realizar un delito, y aplicándola a la conspiración que vendría a ser un acuerdo secreto de dos o más personas de realizar actos contra el estado (estado peruano), y si así cumpliría la etapa de deliberación y resolución, para el derecho penal esta fase no es punible, y solo sería importante para la criminología como ciencia.
- Por otro lado, si cumpliera con las fases del **ITER CRIMINIS**, la conducta desviante del delitos de conspiración estaría siendo subsumida por el primer párrafo del artículo 296° la que a la letra dice “Favorecimiento o Promoción al TID.” que desarrolla: El que promueve, favorece o facilita el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, mediante actos de fabricación o tráfico será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años de pena privativa de libertad y con 180 días a 375 días multas, e inhabilitación conforme al artículo 36° incisos 1,2,4”; por ello los actos de conspiración de dos o más personas tendría que cumplir los actos de *promover, facilitar el tráfico*

Ilícito de Drogas, que ya habiendo un acto se subsumiría en el primer párrafo del artículo citado líneas precedentes.

- Por otro lado, tenemos la **“TEORÍA DEL DELITO”** que cuenta con sus elementos los cuales son conducta, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y pena, y que el suscrito llega a la conclusión que la conspiración para el tráfico Ilícito de Drogas, son ideas o concepciones intelectuales que no generan una conducta que dañe o mucho menos ponga en peligro bien jurídico, y si no hay nada de ello no habrá conducta alguna la cual podría encajar en algún tipo penal descartándose de esa manera la tipicidad, ni mucho menos se podría hablar de antijuricidad, culpabilidad ni de pena, entonces el delitos de conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del artículo 296° del Código Penal Vigente, no cumpliría con los elementos que para el suscrito son esenciales para obtener una teoría del delito, y haría aparición en termino latino **“NULUN CRIMEN SINE LEGE”** .
- En consecuencia podemos afirmar que el Código Penal Vigente tiene una corriente finalista, y que su fin estaría en un sistema garantista con el objetivo de proteger un bien jurídico relevante para el derecho, habiendo cumplido con el ITER CRIMINIS y LA TEORIA DEL DELITO.
- Sin embargo podemos analizar qué las normas adjetivas de Nuestro Código Penal Vigentes están hecho para la reparación del daño causado al bien jurídico protegido, ya que en el catálogo tenemos por ejemplo: el que mata, el que viola, el que usurpa, el roba, el que hurta, **el que Favorece o Promueve el Tráfico Ilícito de Drogas**, etc., y

que necesariamente hay una acción que ya trasgredió al bien jurídico protegido, entonces podemos afirmar que para nuestros legisladores necesariamente debe haber una acción para que accione el derecho penal.

- Habiendo analizado el principio de lesividad y llegado a la conclusión que el delito de conspiración para el tráfico ilícito de drogas no cumple con el requisito indispensable de los delitos abstractos, que sería en comportamiento para cometer el delito, obviamente sin lesionar el bien jurídico protegido; ya que se debe tomar en cuenta que la conspiración de dos a más personas, es la reunión para idear e ir contra el estado, situación que para el derecho no es penado, ya que en nuestra Constitución Política del Estado, están tipificados en el inciso 7 y 13 la libertad de conciencia y la reunión de dos o más personas en un ambiente privado o abiertos público, que para el derecho penal no es punible y para que delitos de conspiración cumpla con el elemento esencias de los delitos abstractos tendría que generar indicios fehacientes como videovigilancia o medidas excepcionales de investigación como la intervención de las comunicaciones y postales, etc., que en transcurso se conviertan en elementos de convicción de una acusación que pueda sustentar o someterse a juicio oral.

RECOMENDACIÓN

La recomendación que genera este trabajo de investigación es que se suprima el cuarto párrafo del artículo 296° del Código Penal, ya que el delito de conspiración está plasmado como actos secreto que genera desmedro al estado, desmedro que se tendría que probar utilizando medidas más exhaustivas para llegar a configurar este tipo penal, medidas que son utilizadas en el marco del delito de una organización criminal subsumida en la ley 30077, donde se utilizan procedimientos específicas de indagación citadas en el artículo 9 y 10 de la ley citada, en las cuales, se tendría que utilizar las interceptaciones de las comunicaciones y postales que estas están regidas por la ley 27697 “ley de intervención y control de la comunicación y documentos”, y sobre todo la vigilancia que ésta prescrito en el art. N° 14 de la “ley contra la criminalidad organizada”, siendo de esta manera que la conducta de conspiración sea subsumida por este tipo ya que para tipificar el delito de criminalidad organizada se sabe que cada integrante tiene una función específicas tal como lo desarrollo **PRADRO SALDARRIAGA**, en el delito de TID:

- a. **DAÑADITOS**, son pobladores que surcar y siembran la coca.
- b. **TRAQUETEROS**, son los pobladores que se encargan de trasladar la drogas producida el citado pactado.

- c. **JEFE PAÑACO**, la persona de acopiar y determinar la droga a comprar y también es aquel de da la cara.
- d. **FINANCISTA**, es el garante y representa a la firma en el sitio donde se adquiere la droga.
- e. **DURO**, es el ejecutor y la cabeza visible de la firma y quien dispone la compra de drogas, y representa al duro de duro, además que le corresponde controlar las avionetas de transporte y contratar sicarios.
- f. **DURO DE LOS DUROS**, es el inversionista de la firma y el puente con las organizaciones extranjeras. No tiene contacto directo con la mercancía ni se conoce su identidad, reside en las ciudades.

Y ello con la característica esencial para reconocer a una organización criminal es la finalidad que debe ser netamente **ECONÓMICO** más no de vulnerar en bien jurídico protegido que en este caso sería la Salud Publica.

Es así que esta recomendación surge debido a que la aplicación del delitos de conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del artículo 296° del Código Penal con una corriente finalista, no está creada para su desarrollo en un sistema penal finalista como es nuestro sistema penal peruano, ya que nuestro sistema penal acogió el sistema finalista, y que durante todo en desarrollo del capítulo II de este trabajo de investigación se demostró que el delito de

conspiración para el TID no cumple con los parámetros para ser considerado delito en el sistema penal finalista sistema que acogió el sistema penal peruano.

BIBLIOGRAFÍA

- ARTICA, D. E. (2012). LA COAUTORIA EN EL DERECHO PENAL "ES EL COMPLICE PRIMARIO UN AUTOR". *TESIS PARA OPAATR EL GRADI DE MAGISTER*.
- BARJA, J. L. (2010). *TRATADO DE DERECHO PENAL* . PAMPLONA - ESPAÑA: CIVITAS.
- CONDE, M. (s.f.). *DERECHO PENAL PARTE GENERAL*. 4TO EDICIÓN.
- CORIA, D. C. (1999). *DERECHO PENAL DEL AMBIENTE DELITOS Y TÉCNICAS DE TIPIFICACIÓN*. LIMA: GRAFICA HORIZONTE.
- CORIA, D. C. (2004). "*PRINCIPIO DE LESIVIDAD DE BIENES JURÍDICOS PENALES*", EN *CÓDIGO PENAL COMENTADO*. LIMA: GACETA JURÍDICA.
- FREYRE, A. R. (2009). *TID. Y DELITOS CONEXOS*. LIMA: JURISTAS E.I.R.L.
- FREYRE, A. R. (2010). *DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL, T. IV*. LIMA: MORENO S.A.
- HERRERA, M. R. (2004). *DERECHO PENAL PARTE GENERAL* . TIRANT LO BLANCH 2a EDICIÓN.
- JAKOBS, G. (1996). *FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL - traducción de Cancio Meliá y Peñaranda Ramos*. BUENOS AIRES: AD-HOC.
- NÚÑEZ, R. C. (1999). *MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL*. CORDOVA: MAECOS LERNER.
- QUIROGA, J. L. (2004). *LOS SISTEMAS PENALES*.
- RAMÍREZ, J. B. (1986). *MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL* . BARCELONA: ARIEL.
- REQUENA, I. G. (1993). *DERECHO PENAL*. MEXICO: HARLA.
- SALDARRIAGA, V. R. (1993). *COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL DEL 1991*. LIMA: ALTERNATIVAS.
- SALDARRIAGA, V. R. (2006). *CRIMINALIDAD ORGANIZADA*. LIMA: IDEMSA.
- TORRES, L. M. (1998). *LECCIONES DE LA PARTE GENERAL Y DEL CÓDIGO PENAL*. LIMA: SAN MARCOS.
- TORRES, L. M. (s.f.). *MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL*.
- TRATADO DE DERECHO PENAL* . (2010). PANPLONA - ESPAÑA: CIVITAS.
- VELASQUEZ, F. V. (2002). *MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL*. BOGOTA: TEMIS.
- www.alcaldiademonteriatriplo.com. (s.f.).
- WWW.cedro.org.pe. (s.f.). Obtenido de WWW.cedro.org.pe.

PLANTEAMIENTO DE PROBLEMA	OBJETIVO GENERAL	MARCO TEORICO	HIPÓTESIS	VARIABLE DE HIPÓTESIS	INDICADORES
<ul style="list-style-type: none"> ¿Se puede aplicar el delito de conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del artículo 296° del Código Penal vigente con una corriente finalista? 	<ul style="list-style-type: none"> Analizar si la conducta desviante para que se configure el delito de conspiración pueda ser subsumido o en su defecto sustraída del Art. N° 296° del Código Penal vigente con una corriente finalista. 	<p><u>A NIVEL NACIONAL.</u></p> <ul style="list-style-type: none"> El ensayo titulado: “Ensayo sobre conspiración en el Código Penal Peruano” (OLAECHEA, 2011). La investigación titulada “Asociación Ilícita, Coautoría y Agravante de Crimen Organizado” (EDWIN GARCIA MATAYANA Y OTROS, 2010). La investigación titulada “La Penalización del Cultivo Excesivo de la Hoja de Coca” (ZAIRA CATALINA PEREZ ESCALANTE, 2011). La investigación “El Delito Previo en el Delito de Lavado de Acivo” (VARGAS, 2016). 	<ul style="list-style-type: none"> Que la conducta desviante del delito de conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del Art. 296° de Código Penal no cumpliría con la fase externa y si con la fase interna del (ITER CRIMINIS), para ser considerado delitos y estar previsto y sancionado en la norma sustantiva, toda vez que se trata de ideaciones el cual lo convertiría en un delito abstracto, más un no existirían indicios ni elementos de convicción los cuales permitan colegir el cumplimiento de la 	<ul style="list-style-type: none"> La conducta desviante del delito de conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del Art. 296° del Código Penal. Cumplir fase interna y externa del ITER CRIMINIS, a efectos de ser considerado delito. Que el delito de conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del Art. 296° de Código Penal, se basa en una conducta abstracta, convirtiéndola en un delito de peligro abstracto y no en un delito de peligro concreto. Que el principio lesividad no se cumpliría en el 	<ul style="list-style-type: none"> La conducta desviante para cometer el delito de conspiración. La fase interna y externa del ITER CRIMINIS, a efectos de ser considerado delito. Delito abstracto y delito concreto. Lesividad del principio jurídico protegido (salud pública).

			<p>fase externa al ejecutar la ideación.</p> <ul style="list-style-type: none">• Que el delito de conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del Art. 296° de Código Penal, se basa en una conducta abstracta, convirtiéndola en un delito de peligro abstracto y no en un delito de peligro concreto, el cual no requiere de la lesividad del bien jurídico protegido sino que su fundamento sería de castigar la puesta en peligro el bien jurídico (salud pública) protegido vulnerando el principio de lesividad.	<p>delitos de conspiración toda vez que la acción se basaría en castigar la puesta en peligro el bien jurídico (salud pública), vulnerando el principio de lesividad.</p>	
--	--	--	--	---	--

PROBLEMAS ESPECIFICOS	OBJETIVO ESPECÍFICOS		HIPOTESIS ESPECIFICA	VARIABLES DE LAS HIPOTESIS ESPECIFICAS	INDICADORES DE LAS HIPOTESIS ESPECIFICAS
<ul style="list-style-type: none"> ¿De qué manera el ITER CRIMINIS influye en el desarrollo del delito de conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del Art. N° 296 del CP., a efectos de considerarlo delito de Tráfico Ilícito de Drogas? 	<ul style="list-style-type: none"> Analizar si existen fundamentos doctrinarios y jurídicos para que el delito de conspiración cumpla con los requisitos para el desarrollar en su plenitud EL ITER CRIMINIS y LA TEORIA DE DELITO, y ser considera delito, a efectos de que cumpla con el tipo de la Promoción o Favorecimiento al Tráfico Ilícito de Drogas. 		<ul style="list-style-type: none"> Que el delito de conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del Art. N° 296 del código Penal, aplicado en diversos casos se analizaron en la presente investigación, sin embargo es prácticamente nulas la acumulación de elementos de convicción para iniciar con la formalización de investigación preparatoria, resultando que se llega luego de cumplir fehacientemente con la investigación preliminar, y que la fiscalía 	<ul style="list-style-type: none"> Que el delito de conspiración previsto y sancionado en el cuarto párrafo del Art. N° 296 del código Penal, aplicado en diversos casos se analizaron en la presente investigación. Sin embargo es prácticamente nulas la acumulación de elementos de convicción para iniciar con la formalización de investigación preparatoria, resultando que se llega luego de cumplir fehacientemente con la investigación preliminar, y que la fiscalía especializada en delitos de tráfico 	<ul style="list-style-type: none"> Los casos analizados en giro en la Fiscalía Especializada de Tráfico Ilícito de Drogas. Elementos de convicción para formalizar investigación preparatoria. Subsunción de la conducta desviante al tipo legal Art. N° 317, del código Penal Vigente (crimen organizado). Estructura piramidal del delito de crimen organizado.

			<p>especializada en delitos de tráfico ilícito de drogas de La Merced – Chanchamayo solo le quedaría sobreseer la causa.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Que la conducta desviante para cometer el delito de conspiración previsto y sancionado en cuarto párrafo del Art. N° 296 del Código Penal puede ser subsumida por el tipo legal Art. N° 317, del código penal vigente (crimen organizado) ya que cuando hablamos de tráfico ilícito de drogas estamos hablando de una estructura piramidal o jerarquiza, en el cual cada integrante 	<p>ilícito de drogas de La Merced – Chanchamayo solo le quedaría sobreseer la causa</p> <ul style="list-style-type: none"> • Que la conducta desviante para cometer el delito de conspiración previsto y sancionado en cuarto párrafo del Art. N° 296 del Código Penal puede ser subsumida por el tipo legal Art. N° 317, del código penal vigente (crimen organizado). • Ya estamos hablando de tráfico ilícito de drogas calificada como una estructura piramidal o jerarquiza, en el cual cada integrante de la organización realiza funciones específicas. 	
--	--	--	--	--	--

			realiza funciones específicas.		
--	--	--	--------------------------------	--	--