



FACULTAD DE DERECHO
SECCIÓN DE POSGRADO

**LOS DELITOS PRETERINTENCIONALES Y
CUALIFICADOS POR EL RESULTADO, Y EL
CONCURSO IDEAL DE DELITOS**

**PRESENTADA POR
JORGE LUIS POLAR CADILLO**

**ASESOR
EMÉRITO RAMIRO SALINAS SICCHA**

TESIS

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO
EN CIENCIAS PENALES**

LIMA – PERÚ

2019



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

La autora sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



**FACULTAD DE DERECHO
SECCIÓN DE POSTGRADO**

**LOS DELITOS PRETERINTENCIONALES Y CUALIFICADOS POR EL
RESULTADO, Y EL CONCURSO IDEAL DE DELITOS**

**TESIS PARA OPTAR
EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO EN CIENCIAS PENALES**

**PRESENTADA POR:
JORGE LUIS POLAR CADILLO**

**ASESOR:
MAG. EMÉRITO RAMIRO SALINAS SICCHA**

**LIMA, PERÚ
2019**

**LOS DELITOS PRETERINTENCIONALES Y CUALIFICADOS POR EL
RESULTADO, Y EL CONCURSO IDEAL DE DELITOS**

***A Leslie y Adriana por ser
la energía y el estímulo
que mueven mi vida.***

ÍNDICE

RESUMEN – ABSTRACT	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS	
1.1 Descripción de la situación problemática	16
1.2 Formulación del problema.....	19
1.3 Objetivos de la investigación.....	20
1.4 Formulación de hipótesis.....	21
1.5 Justificación de la investigación.....	22
1.5.1 Importancia de la investigación.....	22
1.5.2 Viabilidad de la investigación.....	23
1.6 Limitaciones de estudio.....	23
1.7 Diseño metodológico.....	23
1.8 Aspectos éticos.....	24
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	
2.1. Antecedentes de la Investigación.....	25
2.2 Bases teóricas.....	30
2.2.1 Unidad de hecho.....	30
2.2.2 Concurso auténtico de delitos.....	31
2.2.2.1 Concurso Ideal.....	31
2.2.2.2 Concurso Real.....	34

2.2.3	Concurso aparente de leyes: Unidad de ley.....	37
2.2.3.1	Principio de especialidad.....	37
2.2.3.2	Principio de subsidiariedad.....	37
2.2.3.3	Principio de consunción.....	38
2.2.4	Estructuras típicas complejas o compuestas.....	38
2.2.4.1	Delito cualificado por el resultado.....	40
2.2.4.2	Delito preterintencional.....	43
2.2.4.3	La preterintención o combinación dolo-culpa no cualificada.....	45
2.2.5	Limites al Ius Punendi en un Estado democrático.....	46
2.2.5.1	El principio de legalidad.....	47
2.2.5.2	El principio de culpabilidad.....	51
2.2.5.3	El principio de proporcionalidad.....	52
2.2.5.4	El principio de lesividad.....	53
2.3	Definición de términos básicos.....	54
2.3.1	Definición de términos básicos establecidos en el Código Penal Tipo para Latinoamérica.....	54
2.3.2	Definición de términos básicos establecidos en precedentes vinculantes.....	55
2.3.3	Definición de términos básicos utilizados en el presente trabajo de investigación.....	57

CAPÍTULO III: EXEGESIS DE LOS DELITOS PRETERINTENCIONALES CUALIFICADOS POR EL RESULTADO

3.1	Definición de delito cualificado por el resultado.....	69
3.1.1	Los delitos cualificados por el resultado y el principio “versari in re illicita”	70
3.1.2	Los delitos cualificados por el resultado en la dogmática actual.....	71

3.1.3	Los delitos cualificados por el resultado y las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave.....	72
3.1.4	Los delitos cualificados por el resultado y los delitos preterintencionales.....	73
3.1.5	Definición de delito preterintencional.....	75
3.2	Posiciones dogmáticas a favor de la conservación de los delitos cualificados por el resultado y preterintencionales: La teoría del contenido adicional del injusto.....	76
3.3	Posiciones dogmáticas a favor de la abolición de las estructuras típicas complejas.....	79
3.4	Los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado en la legislación nacional.....	81
3.5	Los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado en el derecho comparado.....	82
3.5.1	Código Penal alemán.....	83
3.5.2	Código Penal español.....	85
3.5.3	Código Penal italiano.....	87
3.5.4	Otros códigos penales europeos.....	88
3.5.5	Códigos penales de Sudamérica.....	89
3.6	Los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado el Código Penal peruano.....	91
3.6.1	Tipo básico doloso y resultado cualificado doloso (Delito cualificado por el resultado)	92
3.6.2	Tipo básico doloso y resultado cualificado imprudente (Delito preterintencional).....	94
3.6.3	Tipo básico imprudente y resultado cualificado imprudente.....	96
3.6.4	Tipo básico imprudente y resultado cualificado doloso.....	98
3.6.5	Estructura típica ecléctica: Combinación Dolo-Dolo y Dolo-Imprudencia.....	100

3.7	Problemática de los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado.....	101
3.7.1	Los delitos cualificados por el resultado ¿Constituyen un solo delito o dos delitos distintos?	102
3.7.2	Respecto a la abolición de todo rezago de responsabilidad objetiva por el mero resultado.....	104
3.7.3	La tipicidad subjetiva del resultado ulterior más grave.....	105
3.7.4	La imprudencia inconsciente en el resultado ulterior más grave.....	106
3.8	Factores que permiten identificar y diferenciar los delitos preterintencionales o cualificados por el resultado de otros supuestos típicos.....	109
3.8.1	Relación de identidad: Principio de especialidad o subsidiariedad.	109
3.8.2	Relación secuencial: Principio de consunción.....	110
3.8.3	Relación de conexión (medio-fin): Principio de consunción.....	112
3.8.4	Relación de progresión: Delito preterintencional (Dolo – imprudencia).....	112
3.8.5	Relación de inmediatez: Delitos cualificados por el resultado.....	115
3.8.6	Relación de sucesión: Concurso auténtico de delitos.....	116

CAPÍTULO IV: LOS DELITOS PRETERINTENCIONALES Y CUALIFICADOS POR EL RESULTADO EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA

4.1.	Desarrollo jurisprudencial.....	119
4.2.	Respecto al delito de asesinato.....	119
4.3.	Respecto al delito de violación sexual.....	124
4.4.	Respecto al delito de robo agravado.....	126
4.5.	Los problemas interpretativos del Acuerdo Plenario N° 8-2008/CJ-116.....	133
4.5.1	Postura adoptada en el Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116.....	133

4.5.2	Criticas al Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116.....	135
4.6	Toma de posición.....	137

CAPÍTULO V LAS REGLAS GENERALES DEL CONCURSO IDEAL DE DELITOS

5.1	Consideraciones generales.....	139
5.2	La unidad de hecho.....	140
5.3	Supuestos de concurso auténtico de delitos.....	141
5.4	El Concurso Ideal de delitos.....	142
5.4.1	Antecedentes y evolución legislativa.....	142
5.4.2	Clasificación.....	143
5.4.3	Requisitos.....	144
5.4.4	Tratamiento punitivo.....	145
5.5	Los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado como supuestos típicos específicos del concurso ideal de delitos.....	149

CAPÍTULO VI: LAS ESTRUCTURAS TÍPICAS COMPUESTAS Y LA VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL

6.1	El Estado Social y Democrático de Derecho Constitucional como fundamento del Ius Puniendi y sus límites.....	151
6.2	Primer antecedente: La afectación al Principio de Culpabilidad.....	154
6.3	Respecto al supuesto de hecho: La afectación al principio de legalidad.....	157
6.3.1	Análisis de la exigencia “lex certa” del principio de legalidad.....	157
6.3.2	Problemas de aplicación de ambas estructuras típicas compuestas.....	160
6.3.3	La ausencia de referencia expresa en cuanto al tipo subjetivo de los delitos cualificados por el resultado.....	161
6.3.4	Posiciones dogmáticas contradictorias respecto a la tipicidad subjetiva del resultado ulterior.....	164

6.3.5	Posición asumida por la jurisprudencia en el Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116.....	168
6.4	Respecto a la consecuencia jurídica: La afectación al principio de proporcionalidad.....	171
6.4.1	La prohibición de exceso en los marcos penales.....	171
6.4.2	La ausencia de coherencia penológica en cuanto a las penas abstractas (márgenes máximos) de ambas estructuras típicas compuestas.	177
6.4.3	La ausencia de coherencia penológica en cuanto a las penas abstractas (márgenes mínimos) de ambas estructuras típicas compuestas.....	179
6.4.4	La exigencia de igualdad o justicia: Supuestos eclécticos.....	181
6.4.5	La determinación de las mismas penas abstractas para ambas estructuras típicas compuestas.....	184

CAPÍTULO VII: LAS ESTRUCTURAS TÍPICAS PRETERINTENCIONALES Y CUALIFICADAS POR EL RESULTADO: EL TRÁNSITO DE LA ESENCIALIDAD A LA INNECESARIEDAD

7.1	Las estructuras típicas compuestas y la ausencia de justificación político criminal.....	187
7.1.1	La supresión de las estructuras típicas compuestas y la consecuente aplicación del concurso ideal de delitos.....	188
7.1.2	Supuestos en los que es necesario la conservación de estructuras típicas compuestas.....	191
7.2	La ausencia de contingencias ante la eventual supresión de las estructuras típicas preterintencionales y cualificadas por el resultado.....	194
7.2.1	Las estructuras típicas compuestas y la consecuente doble tipificación de conductas.....	195
7.2.2	La modificación del tratamiento punitivo del concurso de delitos: La ausencia de supuestos de impunidad.....	196
7.3	Criterios para la determinación de la consecuencia jurídica.....	198
7.3.1	Criterios para la determinación del límite superior de la pena abstracta.....	198

7.3.2	Criterios para la determinación el límite inferior de la pena abstracta.....	200
7.4	El concurso ideal de delitos y su compatibilidad con los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad.....	202
	CONCLUSIONES.....	204
	RECOMENDACIONES.....	207
	FUENTES DE LA INFORMACIÓN.....	210
	ANEXOS.....	215

RESUMEN – ABSTRACT

El presente trabajo de investigación analiza si los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado generan una afectación a los principios constitucionales penales, y si aún es necesario su conservación en el Código Penal peruano.

El problema incide en la vulneración del mandato *lex certa* del principio de legalidad, en cuanto su ausencia en la parte general del Código Penal ha generado posiciones incongruentes entre los operadores del derecho, y el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, respecto a la falta de equivalencia entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena. Esta situación problemática suscita el análisis de la supresión o conservación de ambas estructuras típicas compuestas, así como de los efectos normativos que ello implica.

La primera parte del trabajo de investigación evidencia su parte metodológica, para después ingresar a describir la situación problemática, el análisis de la afectación de los principios de legalidad y proporcionalidad, así como los efectos de suprimir los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado.

El trabajo arriba como conclusión la innecesariedad de los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado, aunado a su colisión con los principios de legalidad y proporcionalidad, determinando su supresión y la consecuente adopción de las reglas generales del concurso ideal de delitos.

Palabras claves: Delitos cualificados por el resultado; delitos preterintencionales; concurso de delitos.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación reviste importancia pues tiene como fin analizar si aún es necesario conservar las estructuras típicas preterintencionales y cualificadas por el resultado en nuestro Código Penal, a pesar de su eventual incompatibilidad con los principios de legalidad (al infringirse la prohibición de crear tipos indeterminados) y proporcionalidad (al establecerse sanciones exageradas que no se corresponden con el contenido de lo injusto de los dos delitos que los conforman), o si reviste mayor utilidad -y se encuentran superadas- mediante la aplicación de las reglas generales del concurso ideal de delitos.

Desde la promulgación del Código Penal de 1863, nuestro legislador utilizó estructuras típicas cualificadas por el resultado para el supuesto de conductas cuyo segundo momento ocasione la muerte de la víctima; ello en vez de utilizar la regla general del concurso de delitos. Dicha técnica legislativa también fue considerada por nuestro legislador de 1924 y 1991, incorporándose paralelamente las estructuras típicas preterintencionales. La finalidad del legislador fue evitar supuestos de impunidad puesto que desde siempre acogimos el principio de absorción como consecuencia jurídica para los casos de concurso de delitos, mediante el cual la pena más grave absorbía a las demás, quedando indefectiblemente impune los otros delitos con penas inferiores.

Actualmente, el tratamiento punitivo para los casos de concurso ideal de delitos (artículo 48° del Código Penal) ha sido modificado mediante el artículo 3° de la Ley N° 28726 (publicada el 04 de mayo de 2006), adoptándose el principio de exasperación, el cual evita cualquier supuesto de impunidad en caso devenga un segundo resultado lesivo. Dicha modificación legislativa es la que genera el presente trabajo de investigación puesto que reviste especial importancia analizar la utilidad práctica de conservar las estructuras típicas preterintencionales o cualificadas por el resultado o si -por el contrario- resulta conveniente su supresión atendiendo a sus problemas de aplicación.

Durante el desarrollo del presente trabajo hemos tenido dificultades para recabar información o legislación comparada de algunos países europeos pues su normativa penal sólo se encuentra en idioma extranjero, esto hubiese sido de gran ayuda a efectos de tener muestras o márgenes comparativos, no obstante, ello no fue óbice pues se obtuvo lo necesario en libros y artículos jurídicos publicados o traducidos en español.

El trabajo de investigación comprende seis capítulos. En el primer capítulo, se estudia la parte metodológica del trabajo de investigación y se evidencia aspectos como el planteamiento del problema, dentro de la misma la descripción de la realidad problemática de los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado, asimismo, la formulación del problema, los objetivos, formulación de hipótesis, entre otros aspectos vitales para el desarrollo del trabajo.

En el segundo capítulo se desarrolla las bases teóricas del trabajo de investigación, antecedentes y las posiciones a favor y en contra de la supresión de los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado.

En el tercer y cuarto capítulo, el lector evidencia la exégesis de los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado tanto desde la dogmática como la jurisprudencia. En cuanto al quinto capítulo, se desarrolla las reglas generales del concurso ideal de delitos.

En el sexto capítulo, se trabaja todo lo relacionado a las garantías constitucionales que se analizan en la presente tesis y los límites que tiene el estado dentro de su función tuitiva, y -por último, el séptimo capítulo se explica porque es preferible optar por la supresión de los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado, y adoptar las reglas generales del concurso ideal de delitos.

CAPÍTULO I ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1 Descripción de la situación problemática

Desde la promulgación del Código Penal de 1863, nuestro legislador utilizó estructuras típicas calificadas por el resultado para el supuesto de conductas cuyo segundo momento ocasione la muerte de la víctima; ello en vez de utilizar la regla general del concurso de delitos. Dicha técnica legislativa también fue considerada por nuestro legislador de 1924 y 1991, incorporándose paralelamente las estructuras típicas preterintencionales, para los supuestos de conductas cuyo segundo momento ocasione la muerte o lesión de la víctima. La finalidad del legislador fue evitar supuestos de impunidad puesto que desde siempre acogimos el principio de absorción como consecuencia jurídica para los casos de concurso de delitos, mediante el cual la pena más grave absorbía a las demás, quedando indefectiblemente impune los otros delitos con penas inferiores.

No obstante, si bien la aplicación de los delitos preterintencionales y calificados por el resultado pretenden evitar que el autor resulte privilegiado por el concurso de delitos, y maximizar su efecto agravatorio a consecuencia del resultado lesivo ulterior, su conservación al presente conlleva la afectación de los principios constitucionales de legalidad y proporcionalidad.

En efecto, es menester indicar que a diferencia de la modalidad preterintencional en las que existe referencia expresa a la previsibilidad del agente, en los delitos calificados por el resultado no se suele hacer referencia alguna respecto a los elementos cognitivo ni volitivo del dolo, lo cual estimamos redundante si

aplicamos correctamente los criterios de la parte general del Código Penal. Sin embargo, este hecho ha generado gran discusión y contradicción no sólo entre los operadores del derecho quienes no precisan acertadamente cuando se encuentran ante una u otra estructura típica, sino también en el legislador penal quien ha llegado a equipar el mismo tratamiento punitivo para los casos de un resultado ulterior doloso o imprudente. Lo expuesto aunado a que en el caso de ambas estructuras típicas compuestas las penas abstractas sean superiores a la correspondiente de la suma de las penas básicas de los dos delitos que la integran, evidencia también una probable afectación al principio de proporcionalidad de las penas.

Actualmente, el tratamiento punitivo para los casos de concurso ideal de delitos (artículo 48° del Código Penal) ha sido modificado mediante el artículo 3° de la Ley N° 28726 (publicada el 04 de mayo de 2006), adoptándose el principio de exasperación, el cual evita cualquier supuesto de impunidad en caso devenga un segundo resultado lesivo. Dicha modificación legislativa es la que genera el presente trabajo de investigación puesto que reviste especial importancia analizar la utilidad práctica de conservar las estructuras típicas preterintencionales o cualificadas por el resultado o si -por el contrario- resulta conveniente su supresión atendiendo a sus problemas de aplicación.

En atención a ello, el desarrollo de la investigación tiene como fin analizar si aún es necesario conservar las estructuras típicas preterintencionales y cualificadas por el resultado en nuestro Código Penal, a pesar de su eventual afectación a los principios de legalidad (al infringirse la prohibición de crear tipos indeterminados) y proporcionalidad (al establecerse sanciones exageradas que no se

corresponden con el contenido de lo injusto de los dos delitos que los conforman), o si reviste mayor utilidad -y se encuentran superadas- mediante la aplicación de las reglas generales del concurso ideal de delitos.

1.2 Formulación del problema

Problema general:

- ¿Cuáles son los efectos de suprimir los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado y adoptar las reglas del concurso ideal de delitos en el Código Penal Peruano?

Problemas específicos:

- ¿Cuáles son los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado previstos en el Código Penal peruano?
- ¿Qué efectos genera la ausencia de regulación expresa de los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado en la parte general del Código Penal peruano?
- ¿Cuáles son las consecuencias de asignar marcos penales elevados a los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado previstos en el Código Penal peruano?
- ¿Es necesario conservar los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado en el Código Penal Peruano?

1.3 Objetivos de la investigación

Primer objetivo general:

- Explicar la utilidad que genera la supresión de los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado y la consecuente aplicación de las reglas generales del concurso ideal de delitos en el Código Penal peruano.

Objetivos específicos:

- Identificar los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado previstos en el Código Penal peruano.
- Explicar los efectos genera la ausencia de regulación expresa de los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado en la parte general del Código Penal peruano.
- Analizar las consecuencias de asignar marcos penales elevados a los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado previstos en el Código Penal peruano.
- Explicar la innecesariedad de conservar los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado en el Código Penal peruano.

1.4 Formulación de hipótesis

Hipótesis general:

- La conservación de los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado en el Código Penal peruano genera una afectación a los principios de legalidad y proporcionalidad que podrían solucionarse de manera pacífica a través de la regla general del concurso ideal de delitos.

Hipótesis específicas:

- El Código Penal Peruano regula cuatro posibles combinaciones entre delito base y consecuencia especial o resultado más grave.
- La ausencia de regulación expresa de los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado en la parte general del Código Penal peruano afecta el mandato de taxatividad del principio de legalidad.
- Los marcos penales elevados de los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado previstos en el Código Penal peruano vulneran el principio de proporcionalidad de las penas y carecen de coherencia penológica.
- Los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado constituyen supuestos típicos específicos de concurso ideal deviniendo innecesaria su conservación.

1.5 Justificación de la investigación

1.5.1 Importancia de la investigación

La investigación será de suma importancia teórica y generará un impacto en el sistema jurídico puesto que insta suprimir las estructuras típicas preterintencionales y cualificadas por el resultado de nuestro Código Penal después de ciento cincuenta y cinco años de continua aplicación.

En ese sentido, la presente investigación pretende analizar la ineficacia práctica de ambas estructuras típicas compuestas y -por otro lado- justificar la mayor utilidad de las reglas generales del concurso de delitos, siendo que este último escenario permitirá brindar indudablemente una solución pacífica y coherente a los operadores del derecho en el desarrollo de casos prácticos.

Lo expuesto también se justifica ante la presunta afectación de los principios constitucionales de legalidad y proporcional por parte de ambas estructuras típicas compuestas. En cuanto al primero por infringirse la prohibición de crear tipos indeterminados y no establecer pautas de interpretación que ayuden a diferenciar los delitos preterintencionales de los restantes delitos cualificados por el resultado. Respecto al segundo, al establecerse sanciones exageradas que no corresponden con el contenido de lo injusto de los dos delitos que los conforman, ni mucho menos establecer criterios penológicos coherentes.

Finalmente, la investigación es de suma importancia puesto que nos permitirá establecer criterios de aplicación coherente con el principio de legalidad en cuanto al supuesto de hecho y el principio de proporcionalidad respecto a la

consecuencia jurídica, en todos aquellos supuestos típicos cuyo segundo momento ocasione un resultado lesivo doloso o imprudente.

1.5.2 Viabilidad de la investigación

El investigador cuenta con la experiencia académica, los recursos humanos, financieros y de tiempo; así como el acceso a la información y otros necesarios para desarrollar la investigación en relación a la necesidad de regular en nuestro código sustantivo reglas que faciliten tanto la interpretación de los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado como la determinación de penas proporcionales y justas en ambos delitos compuestos.

1.6 Limitaciones de estudio

Durante el desarrollo del presente trabajo hemos tenido dificultades para recabar información o legislación comparada de algunos países europeos pues su normativa penal sólo se encuentra en idioma extranjero, esto hubiese sido de gran ayuda a efectos de tener muestras o márgenes comparativos, no obstante, ello no fue óbice pues se obtuvo lo necesario en libros y artículos jurídicos publicados o traducidos en español.

1.7 Diseño metodológico

El estudio es uno de tipo teórico basado en información de nivel descriptivo analítico, sustentado en revisión sistemática de doctrina, jurisprudencia y normas mediante el método deductivo y exegético.

El investigador desarrollará una investigación teórica con método dogmático pues de manera deductiva desarrollará la problemática existente respecto a la compatibilidad de las estructuras típicas preterintencionales y cualificadas por el resultado con los principios de legalidad y proporcionalidad; concluyendo la viabilidad de su supresión o la consecuente adopción del concurso ideal de delitos.

1.8. Aspectos éticos

El investigador declara que respetará los derechos de autor y todos los aspectos éticos necesarios para desarrollar la investigación.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la Investigación

En cuanto al tema de tesis, el investigador ha identificado los siguientes antecedentes a la investigación propuesta:

Suárez Montes (1981). *La preterintencionalidad en el Proyecto de Código penal de 1980*. Madrid, España: Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

El autor aborda el tema de la preterintencionalidad en el delito de lesiones seguidas de muerte en los códigos penales de España, Alemania e Italia, haciendo énfasis en su tratamiento jurídico penal y las diferentes posiciones dogmáticas sobre el tema. El autor considera que en el delito preterintencional no existen dos delitos, sino uno sólo que expresa un contenido autónomo de disvalor en consideración de su diferente elemento psicológico, y presenta por ello características peculiares respecto a un delito doloso o imprudente; precisando que se produce una situación sustancialmente análoga a la que se verifica en el homicidio culposo, más no idéntica, porque el antecedente causal del resultado es una acción intencionalmente agresora al objeto material de delito, lo que permite así hablar de una progresión delictiva. En tal sentido concluye que si los actos van dirigidos a ofender el objeto material, debe ofrecerse a la mente del reo como una posibilidad no tan remota un resultado letal, por lo que se debe fijar una pena de modo autónomo respecto a la

hipótesis culposa y, en la medida, mucho mayor que la derivada del concurso. Así, finaliza que no es viable resolver el supuesto preterintencional aplicando las reglas del concurso de delitos pues daría lugar a una grave e innegable insuficiencia punitiva pues siempre resultará una penalidad excesivamente benigna e injusta.

Diez Ripolles (1983). *Los delitos cualificados por el resultado y el artículo 3º del proyecto de Código penal español de 1980 (II)*. Madrid, España: Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

El autor centra el problema de su investigación en determinar qué argumentos existen para justificar los elevados marcos penales de los delitos cualificados por el resultado pues son superiores a las que resultarían de añadir a la pena del delito doloso la del delito culposo. En ese sentido, hace un recuento de las posturas de Rudolphi y Schroeder quienes justifican una mayor sanción en estos casos amparándose en un contenido de lo injusto adicional que no concurre si sólo nos limitamos a sobreponer los injustos del delito doloso y culposo. En contrapartida, se cita a Hirsch quien rechaza la posibilidad de considerar un mismo elemento del tipo objetivo dos veces en relación a un mismo tipo penal, situación que ocurriría cuando el tipo básico doloso exige la presencia de una situación de peligro concreto respecto al resultado más grave, y exige a continuación, en cuanto a la configuración del tipo imprudente, la previsibilidad objetiva respecto a ese mismo resultado más grave, valorándose así la misma circunstancia objetiva dos veces para configurar el injusto de una conducta, lo cual es inaceptable. Posteriormente, cita otros autores como

Radbruch quien defiende la hipótesis de aplicar el concurso ideal de delitos entre la conducta básica dolosa y el resultado ulterior imprudente, siempre y cuando se deje atrás el principio de absorción. El autor colige que no es posible realizar una doble consideración del desvalor de acción de una única y exclusiva conducta causante de un solo resultado más grave, pues tal razonamiento no hace más que valorar un contenido de lo injusto adicional al que corresponde a los tipos doloso e imprudente que lo conforman, situación que resulta inaceptable toda vez que se trata de supuestos específicos de concurso de delitos y la sanción a imponer no podría ser superior a la adición de las consecuencias jurídicas de ambos delitos, por más que estemos ante un tipo básico doloso con dolo de peligro respecto al resultado más grave, y un delito culposo respecto a ese mismo resultado. Para finalizar, el autor propone como alternativa constituir un tipo básico doloso de resultado material y un tipo doloso de peligro concreto, afirmando que ello no imposibilitaría que existiera un tipo básico doloso sin unirse a tal tipo de peligro, así como un tipo culposo de resultado referido a la efectiva realización del resultado a que alude el peligro, siendo que en ambos casos estos dos tipos serían independientes del tipo compuesto precedente.

Cardenal Murillo (1989). *Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado*. Madrid, España: Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

El autor es partidario del mantenimiento de los delitos cualificados por el resultado y considera que las penas impuestas superiores a las que resultarían de añadir a la pena correspondiente al delito doloso la del delito culposo en

relación de concurso ideal, se debe a la presencia e ellos de un injusto adicional que no puede ser abarcado con la mera aplicación de la normativa concursal, reconociendo, sin embargo, que a veces las asignadas por el legislador resultan del todo excesivas.

Asimismo, sostiene que la solución actual del concurso ideal se revelaría insuficiente, y la introducción en el mismo criterio de asperación conllevaría una agravación generalizada del marco penal del concurso ideal, no justificada para todos los demás casos a los que resulte aplicable dicha normativa. En tal sentido, considera que el recurso por parte del legislador a la técnica de los delitos cualificados por el resultado permite, ante todo, una determinación más precisa del desvalor de injusto de estas conductas. De este modo, el autor concluye que es correcto conservar los delitos cualificados por el resultado pero habría que reajustarse el marco penal en estos delitos para evitar la infracción de los principio de proporcionalidad y culpabilidad.

Boldova Pasamar (1994). *La imputación subjetiva de resultados "más graves" en el Código penal español*. Madrid, España: Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

El autor realiza un análisis exhaustivo a la expresión "ulterior resultado más grave" utilizado en el Código Penal español. La investigación trata la diferencia entre el delito cualificado por el resultado y aquellas figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave, indicando que en el primer grupo estamos ante dos infracciones independientes (cada uno con vida jurídica propia) que se hayan plasmados bajo una estructura típica compuesta, por lo

que su consecuencia jurídica debe ser necesariamente superior debido a la adición del segundo delito, mientras que en el segundo grupo, se debe al añadido de una simple circunstancia agravante o accidental del tipo, cuya función es graduar el injusto y la culpabilidad. De este modo, el autor concluye que en los delitos cualificados por el resultado -al admitirse las combinaciones dolo-dolo y dolo-culpa- se atenta contra el principio de proporcionalidad pues en ocasiones daría lugar al establecimiento de la misma consecuencia jurídica tanto para los casos de producción dolosa o culposa del mismo ulterior resultado más grave, debiéndose fijar diferentes sanciones conforme a su propio injusto. Ambos (2006). Preterintencionalidad y cualificación por el resultado. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/365_es.pdf

El autor analiza la situación jurídica de los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado en Italia, España, Alemania y hace referencia a otros países de Europa. En el desarrollo de la investigación se advierten los efectos de abolir los delitos cualificados por el resultado y adoptar las reglas del concurso de delitos, como son: (i) Descartar una responsabilidad objetiva por el resultado, (ii) Establecer una mayor sencillez de las disposiciones legales, y (iii) Efectuar un cómputo de la pena adecuado a las reglas del concurso. Finalmente, el autor concluye que no se ha demostrado que los delitos cualificados por el resultado sean indispensables pues tanto España, Finlandia y Suecia han optado por su supresión y la adopción de las reglas del concurso de delitos, no obstante, precisa que tal alternativa aún no es posible en Alemania pues su técnica concursal reside en el principio de absorción.

2.2 Bases teóricas

Cuatro son los objetivos centrales de este capítulo: en primer lugar, determinar cuándo concurre unidad y cuándo pluralidad de hechos, en segundo lugar, precisar cuándo estamos frente a un supuesto de concurso aparente o concurso auténtico de leyes penales, en tercer lugar, establecer aquellos supuestos de concurso auténtico que constituyen estructuras típicas calificadas por el resultado o preterintencionales, y -finalmente- fijar cuales constituyen los límites al ius puniendi en un estado democrático.

2.2.1 Unidad de hecho

Nuestro Código Penal utiliza el término “hecho” o “hecho punible” para referirse a una conducta merecedora de pena. Así, previo a abordar el concurso de delitos, es necesario dilucidar el problema de cuándo concurre «un hecho» y cuándo «varios hechos».

Para tal efecto, se ha propuesto diversos criterios para establecer la unidad de hecho o conducta, debiéndose descartar el criterio natural (basado en el número de movimientos fisiológicos) para dar paso al criterio jurídico (basado en un factor final y otro normativo). Respecto al criterio jurídico-normativo, Zaffaroni, Aliaga, & Slokar (2006) afirman que: “Los movimientos que siguen un plan común (factor final) necesitan ser abarcados por un sentido unitario a los efectos de la prohibición (factor normativo), que sólo puede dársele el tipo penal” (p. 672).

Respecto a la terminología, Mir Puig (2016) sostiene que: “«unidad de hecho» tiene ventaja, sobre la de «unidad de acción», que permite vincularla a la unidad típica sin desconocer que el tipo describe a menudo varias «acciones»: toda unidad típica supondrá unidad de hecho, aunque implique en ciertos casos pluralidad de actos típicos” (p. 668).

2.2.2 Concurso auténtico de delitos

En la legislación nacional, el concurso de delitos se ubica en el capítulo correspondiente a la aplicación de la pena, comprendido en la parte general del código sustantivo, el cual regula el concurso ideal (artículo 48), concurso real (artículo 50) y concurso real retrospectivo (artículo 51). En el concurso de delitos, un mismo sujeto realiza una conducta que constituye dos o más delitos (concurso ideal) o varias conductas que constituyen otros tantos delitos (concurso real), siempre que ninguno haya sido cometido después de haber recaído condena por alguno de ellos (concurso real retrospectivo).

2.2.2.1 Concurso Ideal

- **Antecedentes:** Nuestro primer antecedente de concurso ideal se encuentra en el Código Penal de 1924, el cual estableció lo siguiente:

“Artículo 105°.- Cuando varias disposiciones penales sean aplicables al mismo hecho, se reprimirá éste con una de ellas, y en caso de diferencia, con la que se establezca la pena más grave.

Las penas accesorias y las medidas de seguridad podrán ser aplicadas aunque no estén previstas más que en una de esas disposiciones”

Posteriormente, el Código Penal de 1991 reguló de manera similar el concurso ideal, cuyo tenor fue el siguiente:

“Artículo 48º.- Concurso ideal de delitos

Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá con la que establezca la pena más grave.

Las penas accesorias y medidas de seguridad podrán ser aplicadas aunque sólo estén previstas en una de esas disposiciones.”

- **Normativa vigente:** El artículo 48º del Código Penal fue modificado por el Artículo 3 de la Ley Nº 28726, publicado el 09 mayo 2006, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 48º.- Concurso ideal de delitos

Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años. (Subrayado agregado)

- **Concepto:** El concurso ideal ocurre cuando un mismo hecho constituye dos o más delitos, siendo sus elementos: (i) unidad de conducta, y (ii) pluralidad de delitos.

- **Clasificación:** Será homogéneo cuando se realizan las exigencias del mismo tipo delictivo o heterogéneo cuando se realizan las exigencias de dos o más tipos delictivos.
- **Tratamiento punitivo:** Hasta el año 2006 la consecuencia jurídica prevista para este tipo de concurso no era coherente con una perspectiva retribucionista, puesto que su tratamiento descansaba bajo el principio de absorción cuya pena menor era absorbida por la pena más grave, transgiriéndose evidentemente el principio de proporcionalidad.

No obstante, ese no era el único problema dogmático, pues concurría otro más, por ejemplo, en los supuestos que el delito con la pena más grave tuviera a su vez la pena mínima menos grave. En estos casos, la pluralidad de infracciones penales no puede tener un resultado beneficiante del autor, así Bacigalupo (1997) afirma que: “debe asignarse al mínimo más alto una función de clausura, según la cual el autor no puede ser sancionado a una pena menos grave que la que le hubiera correspondido si hubiera violado sólo una ley (la del mínimo más alto).” (p. 435)

Actualmente, el tratamiento punitivo aplica el principio de exasperación o asperación consistente en la agravación del delito más grave. En cuanto a este principio, Oliver Calderon (2003) sostiene que es una regla de determinación de penas de los concursos de delitos propia del sistema de acumulación jurídica, que conduce a la imposición de una sanción más severa que la correspondiente al delito más grave, pero inferior a la suma de las penas de todos los cometidos. Concretamente, con dicha denominación se alude al mecanismo consistente en

agravar la sanción asignada a la figura más grave, por ejemplo, imponiendo la pena superior en un grado.

Sobre el particular, Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga (2011) afirman que el artículo 48 que regula el concurso de delitos se basaba en el principio de la absorción, según el cual la pena más severa impuesta sirve al mismo tiempo de castigo por las otras infracciones más leves que se han cometido (poena major absorbe minorem), siendo que el juez -en el momento de individualizar la pena- debía tener en cuenta las otras leyes en concurso para escoger la que prevé la pena más severa. Sin embargo, esta situación ha cambiado según la modificación operada por la Ley N° 28726, del 09 de mayo de 2006, del 09 de mayo de 2006. El nuevo texto establece que la pena “podrá incrementarse hasta en una cuarta parte, sin que pueda extenderse a treinta y cinco años”. Esto se justificaría, en la medida en que una sola de las disposiciones en conflicto no cubre toda la realidad del acto cometido. (pp. 211-212).

2.2.2.2 Concurso Real

- **Antecedentes:** Nuestro primer antecedente de concurso real se encuentra en el Código Penal de 1924, el cual estableció lo siguiente:

“Artículo 108º.- Cuando ocurran varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se impondrá la pena del delito más grave, debiendo el juez tener en cuenta los otros, conforme al artículo 51º, para fijar la más severa represión.”

Posteriormente, el Código Penal de 1991 reguló de manera similar el concurso real, cuyo tenor fue el siguiente:

“Artículo 50.- Concurso real de delitos

Cuando concurren varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes, se impondrá la pena del delito más grave, debiendo el Juez tener en cuenta los otros, de conformidad con el artículo 48.”

- **Normativa vigente:** El artículo 50º del Código Penal fue modificado por el Artículo 3 de la Ley Nº 28730, publicado el 13 mayo 2006, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 50.- Concurso real de delitos

Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta." (Subrayado agregado)

- **Concepto:** El concurso real ocurre cuando dos o más hechos constituyen dos o más delitos, siendo sus elementos: (i) pluralidad de conductas, y (ii) pluralidad de delitos. Será homogéneo cuando se realizan las exigencias del mismo tipo delictivo o heterogéneo cuando se realizan las exigencias de dos o más tipos delictivos.

- **Clasificación:** La doctrina es unánime en distinguir dos tipos de concurso real:
(i) Concurso real homogéneo cuando los delitos cometidos son iguales; y (ii) Concurso real heterogéneo cuando los delitos cometidos son distintos.
- **Tratamiento punitivo:** En cuanto a la redacción original, no hubo acuerdo en la doctrina respecto a su consecuencia jurídica pues un sector hacía alusión al principio de absorción (Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga, 2011, p. 214), otro sector al principio de combinación (Bramont Arias & Bramont-Arias Torres, 2001, p. 263) y -finalmente- otro al principio de asperación (Villavicencio Terreros, 2006, p. 707).

Sin embargo, al presente, el tratamiento punitivo responde al “principio de acumulación jurídica” cuya técnica sancionadora parte de la suma de las penas individuales en que se incurrió, pero fijando límites absolutos o relativos al cumplimiento de las penas impuestas.

La normativa vigente requiere que el juez identifique una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso; y luego sumar las penas concretas parciales para obtener la pena concreta total. La pena concreta total del concurso real no debe exceder de 35 años, ni el doble de la pena concreta parcial del delito más grave. Si algunos de los delitos están sancionados con cadena perpetua, deberá aplicarse solo ésta (límite absoluto) dejándose de lado las restantes.

2.2.3 Concurso aparente de leyes: Unidad de ley

Respecto a la unidad y pluralidad de leyes, Villavicencio Terreros (2006) sostiene que: “La adecuación de una conducta a un tipo legal exige establecer previamente si existe una relación entre diversos tipos aplicables (concurso aparente de leyes), y determinar si hay unidad o pluralidad de acciones realizadas (concurso de delitos)” (p. 680). Esto es de vital importancia, puesto que cabe la posibilidad que un tipo penal excluya a otro mediante la aplicación de los siguientes principios:

2.2.3.1 Principio de especialidad: La técnica legislativa de cada capítulo de la parte especial del código sustantivo se inclina por empezar con la redacción de un tipo básico y posteriormente los tipos agravados como atenuados que dieran lugar. Ello hace que no sea posible realizar uno de ellos sin realizar también otro, siendo que la aplicación de la ley general retrocede ante la especial. Al respecto, Mir Puig (2016) afirma que: “Un precepto es más especial que otro cuando requiere, además de los presupuestos igualmente exigidos por este segundo, algún otro presupuesto adicional.” (p. 683)

2.2.3.2 Principio de subsidiariedad: Cuando no se cumple con todos los requisitos de un tipo especial se aplica el general, el cual se encuentra tipificado de modo auxiliar. A decir de Stratenwerth (2005): “Con el fin de ampliar o intensificar la protección jurídico-penal, en muchas ocasiones se conmina con pena

determinadas conductas que se presentan como estadio o forma previa, o como variante menos intensa”. (p. 544)

2.2.3.3 Principio de consunción: Significa que un tipo penal descarta a otro porque consume o agota su contenido prohibitivo. Al respecto, Stratenwerth (2005) sostiene que ocurre: “cuando la realización de un tipo delictivo (más grave) incluya, al menos por regla general, la realización de otro (menos grave). En estos casos cabe suponer que el marco penal más grave ya tiene en cuenta esa constelación típica”. (p. 543)

A decir de Velásquez V. (2009), el legislador ya ha considerado los eventos del tipo más benigno al redactar la descripción típica más severa, pudiendo ocurrir dos situaciones: (i) el acto copenado posterior cuando la acción típica de carácter subsiguiente al hecho punible se encuentra destinada a asegurar la ganancia antijurídica obtenida por el agente por medio del primer delito, y (ii) el hecho acompañante cuando el legislador al redactar la descripción típica tiene en cuenta que el hecho respectivo va acompañado de otro que, independientemente considerado, también sería punible pero con un nivel de gravedad bastante inferior al de hecho principal. (pp. 1008-1009)

2.2.4 Estructuras típicas complejas o compuestas

Nuestro Código Penal regula algunas estructuras típicas que agrupan dos supuestos de hecho ya previstos en otros artículos en un solo tipo penal, así

podemos reconocer a priori, desde un plano formal, cuatro posibles combinaciones entre el delito base y la consecuencia especial o resultado más grave: (i) Tipo básico doloso y resultado cualificado doloso, (ii) Tipo básico culposo y resultado cualificado culposo, (iii) Tipo básico doloso y resultado cualificado culposo, y (iv) Tipo básico culposo con resultado cualificado doloso, aun cuando esta última modalidad es de imposible ejecución y no ha sido considerada en la mayoría de cuerpos normativos, los códigos penales de Perú, Bolivia y Colombia hacen una deplorable excepción a la regla al tipificar el homicidio culposo agravado por conducción en estado de ebriedad (art. 111 último párrafo)¹.

Al respecto, Zaffaroni, Aliaga, & Slokar (2006) afirman que:

“Para evitar la increíble confusión generada en torno de estas figuras y sus gravísimas consecuencias, en homenaje a la claridad es preferible optar por reconocer que existen figuras complejas entre las cuales: (a) algunas combinan tipicidades dolosas y culposas, (b) otras califican tipos dolosos en razón de resultados dolosos más graves y, por último, (c) otras califican tipos culposos por resultados culposos más graves. Esta regla básica que en ninguna hipótesis puede admitirse una pena más grave en razón de un resultado que no haya sido causado por dolo o culpa, porque violaría el principio de culpabilidad, consagrando una inadmisibles responsabilidad objetiva.” (pág. 441)

¹ Ver apartado 3.6.4 sobre tipo básico imprudente y resultado cualificado doloso.

No cabe duda que las estructuras típicas más utilizada por el legislador se encuentran configuradas por un tipo doloso, como delito base, y otro tipo doloso o imprudente, en cuanto a la consecuencia ulterior, siendo aquellas de las que la doctrina habitualmente se ha ocupado, no existiendo mayor análisis doctrinario de las restantes modalidades.

2.2.4.1 Delito cualificado por el resultado

El delito cualificado por el resultado en su concepción actual requiere que la consecuencia ulterior necesariamente se encuentre abarcada por el dolo o la imprudencia, quedando excluido conceptualmente el resultado fortuito o cualquier núcleo de responsabilidad objetiva y doblegándose a las exigencias del principio de culpabilidad.

Respecto a la atribución de responsabilidad penal por el mero resultado objetivo, Muñoz Conde & García Arán (2007) indican que: “Su origen más inmediato se encuentra en el principio *versari in re ilícita*, procedente del Derecho canónico medieval, según el cual bastaba con que se iniciara la ejecución de un acto ilícito para que se imputase a su autor el resultado producido, aunque dicho resultado fuese fortuito totalmente alejado de la finalidad y de la previsibilidad del sujeto” (pág. 293). Cardenal Murillo (1989) nos indica que el concepto de delito cualificado por el resultado fue elaborado por la dogmática tradicional atendiendo a la concreta realidad positiva en que se hallaban descritos. Y es éste, sin duda, el motivo de que fuesen entendidos inicialmente, tanto el Derecho Comparado como en el Derecho español, a modo

de construcción típica en la que se aceptaba que el resultado más grave pudiera ser imputado a título fortuito.

No obstante, dicha teoría ha evolucionado en el tiempo a consecuencia de la constitucionalización del derecho penal, así Mir Puig (2016) sostiene que: “El principio de dolo o culpa -tradicionalmente la expresión más clara del principio de culpabilidad- considera insuficiente la producción de un resultado lesivo o la realización objetiva de una conducta nociva para fundar la responsabilidad penal” (pág. 97); por lo que no basta la causación de un resultado lesivo para atribuir responsabilidad por el resultado, siendo necesario que la conducta sea imputable a título de dolo o imprudencia. Así, Rodríguez Delgado (2007) señala que: “Lo que no puede dejar de reconocerse es que la reducción de las modalidades de delitos cualificados por el resultado obedecede a reglas de proscripción de la responsabilidad penal objetiva (entendida como responsabilidad por el resultado).” (p. 172)

En cuanto a la atribución de responsabilidad por el ulterior resultado doloso o imprudente, Roxin (1997) afirma que: “Los delitos cualificados por el resultado son delitos dolosos sometidos a un marco penal especial, cuya comisión trae consigo un ulterior resultado más grave (...). Múltiples delitos cualificados por el resultado son combinaciones dolo-imprudencia (...); pero también pueden presentarse incluso combinaciones dolo-dolo como delitos cualificados por el resultado” (pág.330). El desarrollo dogmático de esta figura ha dado lugar a una posterior clasificación dogmática, siendo que la combinación dolo-imprudencia

se denomina delito preterintencional y la combinación dolo-dolo se denomina delitos cualificados por el resultado.

- **Problema interpretativo:** En cuanto a su regulación e interpretación de nuestra normativa penal, respecto a las combinaciones dolo-imprudencia y dolo-dolo, García Caveró (2007) afirma que:

“Para finalizar quisiéramos hacer mención a un problema interpretativo que se presentará con seguridad en la aplicación de las reglas establecidas por nuestro Código penal respecto a los delitos cualificados por el resultado. El artículo 12 del Código penal exige que en los delitos culposos el tipo penal de la parte especial establezca de manera expresa la punición culposa, de manera que si no se establece nada, se entenderá que el delito es imputable solamente a título de dolo. Ocurre que muchos delitos cualificados por el resultado no mencionan la posibilidad de previsión del resultado más grave (artículo 305 segunda parte del Código Penal, por ejemplo), lo que debería llevar a la conclusión de que se trata de una combinación dolo-dolo.” (p. 577)

- **Clasificación:** En cuanto a la clasificación de los delitos cualificados por el resultado, García Caveró (2007), afirma que:

“El delito cualificado por el resultado puede presentarse de dos formas. En determinados casos, el delito base entra ya en el ámbito de lesión que cualifica el resultado (p.e. el delito de lesiones seguidas de muerte). En estos casos, la imputación subjetiva culposa se muestra como un error cuantitativo respecto del mismo riesgo en relación con el mismo bien jurídico o con otro vinculado o dependiente de éste. En otros casos, el delito cualificado por el

resultado se presenta por riesgos ulteriores no controlables respecto del mismo bien o de otros bienes normalmente vinculados. La culpa se configura aquí como el conocimiento de la posible evolución típica del peligro. No hay un conocimiento cierto sino solamente del peligro abstracto para el mismo bien o para bienes vinculados.” (p. 575)

- **Denominación:** En cuanto a su denominación, Velásquez V. (2009) los denomina “figuras de carácter especial”, Zaffaroni, Aliaga, & Slokar (2006) prefiere denominarlos “figuras complejas”, Villavicencio Terreros (2006) por su parte “estructuras típicas compuestas”, mientras que en la dogmática alemana el problema se reduce a las “combinaciones de dolo y culpa” sean propias (la preterintención) o impropias (los delitos cualificados por el resultado)”.

2.2.4.2 Delito preterintencional

La figura preterintencional no se encuentra definida por nuestro derecho positivo, pero sí por la doctrina. Esta figura se presenta cuando el evento típico supera la voluntad del sujeto, provocando que el daño ocasionado con la acción sea cualitativamente mayor que el buscado o aceptado por éste, proveniente de su actuación imprudente. En ese sentido, Villavicencio Terreros (2006), afirma que: “El llamado **delito preterintencional** es un supuesto de tipificación simultánea, dolosa y culposa, de una misma conducta, sea que, de no hallarse así tipificada, el caso se resuelve por concurso ideal” (p. 409). Asimismo, Mir Puig (1996) afirma que: “Si el tipo doloso se caracteriza porque el autor quiere -con matices contemplados- realizarlo, y el tipo imprudente presupone que no

hay voluntad de ejecutar dicho tipo doloso, la preterintencionalidad se da cuando el autor quiere realizar un tipo doloso de distinta significación penal al que resulta (“praeter intentionem” = más allá de la intención).” (pág. 287)

En cuanto la teoría de los delitos preterintencionales, Kai Ambos (2006) nos indica: “Preterintencionalidad significa 'más allá de la intención', tomando el termino latino praeter, más allá, e intentio-onis, intención, propósito. El autor causa un resultado que va más allá de su intención” (p. 03). De este modo queda perfectamente excluido cualquier línea de la teoría versari in re illicita, la cual sostiene que “quien quiso la causa, quiso el resultado”, abriendo la posibilidad de imputación por la mera causación de un resultado.

- **Problemática:** Según propone Mir Puig (2016) lo conflictivo de la preterintencionalidad se plantea en dos distintos niveles: “a) en general y b) en relación a ciertos tipos legales previstos en la Parte Especial del Código Penal. En el primer aspecto se habla de «preterintencionalidad» en sentido estricto; en el segundo, de los llamados «delitos cualificados por el resultado»” (p. 310). El primer nivel se plantea en los casos que no exista una estructura típica expresa que encuadre ambos supuestos típicos dolo e imprudencia y el caso se resuelva con las reglas generales del concurso de delitos, mientras que el segundo nivel consiste en aquellos casos de previsión legal expresa en los que se prevea una sanción más grave como consecuencia del segundo delito imprudente.
- **Clasificación:** En cuanto a la clasificación de los delitos preterintencionales, Villavicencio Terreros (2006) afirma que:

“Tomando en cuenta su ubicación típica, podemos distinguir una *preterintencionalidad homogénea* y una *preterintencionalidad heterogénea*. La primera se presenta cuando el mal pretendido (delito doloso) y el más grave producido (delito imprudente) pertenecen al mismo tipo. La segunda se produce cuando el delito pretendido (delito doloso) y el producido (delito imprudente) pertenecen a tipos distintos, es decir, cuando el resultado perseguido y el causado, subsumibles en distintos tipos, afectan a bienes jurídicos distintos, pero estos están íntimamente relacionados en el caso concreto.” (pp. 409-410)

2.2.4.3 La preterintención o combinación dolo-culpa no cualificada

En estos casos, el sujeto realiza una falta, contravención o infracción administrativa, más no un delito, la misma que produce un resultado imprudente típicamente relevante. Nos encontramos frente a una conducta cuya naturaleza es eminentemente imprudente, no siendo de aplicación las reglas generales de la tentativa y la participación.

Lo expuesto se diferencia del delito preterintencional en el que yace una descripción típica simultánea dolo-culpa, la cual se presenta cuando el evento típico (tipo base doloso) supera la voluntad del sujeto provocando un daño cualitativamente mayor que el buscado o aceptado por éste (resultado imprudente), teniendo como consecuencia una inminente cualificación de la pena.

Sobre el particular, García Caveró (2007) afirma que: “consiste en un combinación entre dolo y culpa que no cualifica la pena, sino que la fundamenta. (...) La acción dolosa no realiza aún el injusto penal, sino, en todo caso, una contravención, una falta o una infracción administrativa” (pp. 572-573). En ese sentido, señala el autor que tal figura es contemplada en el artículo 118º del Código Penal, donde se sanciona al que realiza actos dolosos de violencia sobre una mujer embarazada que le producen un aborto imprudente.

En ese mismo sentido, Galvez Villegas & Delgado Tovar (2011) afirman que:

“(…), corresponde a un ABORTO CULPOSO con ciertas exigencias típicas, pues, se encuentra referenciado un determinado comportamiento típico. No se trata de un aborto preterintencional en razón de que este delito no absorbe la falta o el delito inicial (lesiones u homicidio) en que pudiera constituir la violencia, a diferencia de lo que sucede en las formas agravadas de los arts. 115º y 116º, cuando se causa de manera culposa la muerte de la gestante; por lo que en este supuesto necesariamente se tendrá que apreciar un concurso ideal de delitos, siendo que para los efectos de la penalidad se deberá recurrir a las normas de la parte general.” (p. 611)

2.2.5 Límites al *Ius Puniendi* en un Estado democrático

El legislador no posee una discrecionalidad absoluta en la configuración de las leyes en general por lo que no puede primar su buena voluntad o sentido protector. En ese sentido, Villavicencio Terreros (2006), afirma que: “El Estado

ya no tiene un poder absoluto, como antes lo tuvo, sino que al ejercer su poder punitivo lo hace de acuerdo a determinados límites que lo rigen. Estos límites se expresan en forma de principios, la mayoría de los cuales, tienen nivel constitucional” (p. 88).

En ese sentido, lo cierto es que legislador goza de discrecionalidad relativa para establecer las conductas que pueden resultar punibles o los límites máximos o mínimos de la pena; por lo cual -previo de adoptar cualquier posición dogmática- siempre debemos respetar las garantías materiales contenidas en los principios de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, lesividad, entre otros bienes constitucionales, los mismos que se constituyen en el fundamento y límite del poder punitivo del Estado². A continuación, analizaremos el contenido de cada uno de estos principios:

2.2.5.1 El principio de legalidad:

Es considerado el principio más importante del Derecho Penal y tiene su base en la frase de Feuerbach: “Nullum crimen, nullum poena sine lege” que significa no hay delito, no hay pena sin Ley. Así la principal fuente del Derecho Penal es la Ley, la cual debe cumplir con las siguientes exigencias:

² En la *sentencia recaída en el Expediente 0012-2006-AI/TC*, el Tribunal Constitucional estableció en el fundamento 16 lo siguiente: “En efecto, si bien ha sido común entender que el Legislador penal, en función al contexto social y dentro de la política criminal del Estado, gozaba de la más absoluta discrecionalidad para establecer qué conductas debían resultar punibles, cuáles debían ser las penas que correspondían a estas conductas, cuales podían ser las circunstancias agravantes o cuáles las atenuantes de las conductas penalizadas, entre otros aspectos, hoy en día, debido a la fuerza vinculante de la Constitución, el Legislador ve disminuida su discrecionalidad debido a la consagración constitucional de garantías tales como el principio de legalidad penal, el principio de igualdad, el principio de lesividad o el ya mencionado principio de proporcionalidad”.

- **Principio de irretroactividad (exigencia *lex praevia*):**

Polar Cadillo (2008) afirma que la exigencia “*lex praevia*” o prohibición de retroactividad de la ley penal impide al juez castigar o agravar la punición del agente por la comisión de nuevos delitos o recientes supuestos agravados, de aquí que la ley penal sólo tenga efectos para aquellos hechos ocurridos con posterioridad a su entrada en vigencia y no para hechos ocurridos con antelación. Debemos tener presente que la norma penal tiene como fundamento motivar la conducta del autor, por lo que es necesario que éste previamente tenga conocimiento de la ley a efectos que pueda advertir el carácter delictivo de su conducta y, así, tener la oportunidad de actuar de manera distinta. Por tanto, no cabe duda que ello sólo podrá hacerlo una ley preexistente a la decisión del autor (p. 89).

En ese sentido, Villavicencio Terreros (2006), afirma que: “Se excluye la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal (penas, características de los tipos de lo injusto, etc.) cuando son desfavorables al inculpado. Por el contrario, si son favorables, la Constitución ordena aplicarlas retroactivamente (retroactividad benigna)” (p. 89).

- **Principio de ley escrita (exigencia *lex scripta*):**

Este mandato excluye el derecho consuetudinario como fuente de delito y concibe a la ley como única fuente. No obstante, el devenir de los estados requirió precisar aún más cuales son las normas de carácter legal que permiten crear delitos y faltas.

Polar Cadillo (2009) afirma que la exigencia “*lex scripta*” o mandato de ley escrita constituye el primer requerimiento del principio de legalidad, y consiste

en que se describan las conductas delictivas y se fijen las sanciones únicamente mediante una ley, considerando a ésta como única fuente del derecho penal. Así, mediante esta garantía se logra consolidar la seguridad jurídica, pues es la ley, y no otra fuente, la que representa la voluntad jurídica popular de la sociedad. Esta es la fundamentación democrática representativa del principio de legalidad.

En tal sentido, se velará por la protección de esta exigencia cuando: i) Se prohíba una conducta o se establezca una sanción únicamente mediante normas con rango de ley positivamente reconocidas; y ii) Se prohíba cualquier otra fuente de incriminación que no sea la ley, como es el caso de la costumbre, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, etc. (p.89)

En ese sentido, Mir Puig (2016), sostiene que: “Mas tampoco basta cualquier norma escrita, sino que es preciso que tenga rango de ley emanada del Poder Legislativo, como representación del pueblo” (p. 117).

Cabe precisar que esta exigencia puede satisfacerse tanto a través de normas legales en sentido formal (emitidas por el Poder Legislativo), como material (aquellas normas emitidas por el Poder Ejecutivo que tienen rango legal, como es el caso de los Decretos Leyes y Decretos Legislativos).

- **Principio de prohibición de la analogía (exigencia *lex stricta*):**

La aplicación de la ley penal requiere que el intérprete establezca el sentido de las normas, no pudiendo desbordar los límites de los términos de la ley y aplicarla a supuestos no previstos en la misma.

Así, Polar Cadillo (2008) afirma que constituye una flagrante vulneración a esta expresión del principio de legalidad, el uso de la analogía en la solución de casos penales, pues la analogía no es propiamente una forma de interpretación legal, sino de aplicación. Cabe decir que la diferencia entre interpretación (no sólo permitida, sino necesaria) y analogía (prohibida únicamente si perjudica al reo) radica en que la *primera* es la búsqueda del sentido o significado del texto legal que se halle comprendido en el precepto legal (de ahí que para ser considerada como tal deba permanecer dentro de los límites del “sentido literal posible” del texto legal), mientras que la *segunda* desborda los límites que permiten su interpretación, suponiendo la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otro sí comprendido en el texto legal (p. 89).

En ese sentido, Villavicencio Terreros (2006), afirma que: “La analogía puede ser entendida como el proceso por el cual son resueltos los casos no previstos por la ley, extendiéndoles a ellos las disposiciones previstas para casos semejantes (analogía legis) o están deducidos de los principios generales del derecho (analogía iuris)” (p. 88).

- **Principio de determinación (exigencia lex certa):**

Este principio radica en la necesidad de otorgar certeza a la ley, lo cual sólo es posible si las prohibiciones penales se consagran de manera clara y precisa. No obstante, ello no es óbice para que la ley tenga un cierto grado de generalización, la cual sólo se torna inadmisibles cuando ya no permite al ciudadano conocer qué está prohibido y que está permitido.

En ese sentido, Mir Puig (2016), sostiene que: “El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado «mandato de determinación» que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear.” (p. 117).

Asimismo, Polar Cadillo (2008) afirma que el mandato de determinación exige que la ley establezca de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles de modo que se permita reconocer que características ha de tener cada supuesto de hecho; ello a efectos que éste pueda ser reconocido por el ciudadano medio sin mayores esfuerzos. Para ello, es necesario establecer con precisión suficiente tanto el comportamiento típico como la sanción, por cuanto resulta necesario precisar la pena a imponer y su cuantía. No obstante, tenemos que el grado de determinación siempre es más intenso en cuanto al supuesto de hecho que en la consecuencia jurídica (p. 89).

2.2.5.2 El principio de culpabilidad:

Previo a su análisis es necesario hacer un distingo previo en cuanto a dos conceptos que suelen ser confundidos: primero, el principio de culpabilidad como límite de cualquier política criminal, y segundo, la categoría dogmática de culpabilidad. De modo sencillo, Mir Puig (2016), agrupa sus exigencias y contenidos de la siguiente manera:

“Para ello es preciso, en primer lugar, que no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos: **Principio de personalidad de las penas**. En segundo

lugar, no pueden castigarse formas de ser, personalidades, puesto que la responsabilidad de su configuración por parte del sujeto es difícil de determinar, sino sólo de conductas, hechos: **Principio de responsabilidad por el hecho**, exigencia de un «Derecho Penal del hecho». Mas no basta requerir que el hecho sea materialmente causado por el sujeto para que pueda hacerse responsable de él; es preciso además que el hecho haya sido querido (doloso) o se haya debido a imprudencia: **principio de dolo o culpa**. Por último, para que pueda considerarse culpable del hecho doloso o culposo a su autor ha de poder atribuírsele normalmente a éste, como producto de una motivación racional normal: **principio de imputación personal** (también denominado de culpabilidad en sentido estricto). Ello no sucede cuando el sujeto del delito es inimputable, como lo son, por ejemplo, el menor de edad penal y el enfermo mental.” (p. 135)

2.2.5.3 El principio de proporcionalidad:

Responde a la idea de evitar una utilización desmedida de las sanciones penales, para lo cual se limita su uso a lo imprescindible que no es otra cosa que establecerlas o imponerlas exclusivamente para proteger los bienes jurídicos más importantes bajo los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En ese sentido, Mir Puig (2016), sostiene: “**Dos aspectos o exigencias** hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte, la necesidad misma de que la pena sea proporcionada al delito. Por otra parte, la

exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca en base a la importancia social del hecho (a su «nocividad social»)" (p. 139). Velásquez V. (2009) sostiene: "En relación con las consecuencias jurídico penales, abarca tanto la sanción penal abstracta -plano legislativo- como la concreta -plano judicial-, sea que se atienda a razones de justicia o consideraciones de tipo utilitario" (p. 76).

2.2.5.4 El principio de lesividad:

Este principio constituye un límite al poder punitivo ordenando pues exige para la configuración de un ilícito penal la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Al respecto, Zaffaroni, Aliaga, & Slokar (2006) sostienen que: "si hay un bien jurídico lesionado y si por ello hay delito y se impone una pena, quiere decir que la ley penal protege ese bien jurídico y, con este razonamiento se pasó del bien jurídico lesionado al bien jurídico tutelado." (pág. 111)

2.3 Definición de términos básicos

2.3.1 Definición de términos básicos establecidos en el Código Penal Tipo para Latinoamérica

- **Dolo:** Para el dolo se requiere la voluntad del agente o aceptación del hecho si se preveía como posible.
- **Clases de culpa:** La culpa inconsciente queda reservada a las acciones por inobservancia del deber de cuidado que le incumbe al actor. También en el caso de representarse el hecho como posible y se conduce con la confianza de poder evitarlo; esto es la culpa con previsión o consciente.
- **Error:** Si por error del agente, el hecho realizado fue diferente del que se propuso, se le impondrá la pena correspondiente al hecho menos grave.
- **Concurso ideal:** Cuando un solo hecho sea constitutivo de dos o más delitos se aplicará una pena no menor del máximo de la prevista por la ley para el delito más grave; así claramente, se expresa el Concurso Ideal.
- **Concurso real:** En caso de pluralidad de delitos reprimidos con penas de igual naturaleza, el mínimo será el correspondiente a la más alta de las penas previstas para los delitos concurrentes, y el máximo de la pena aplicable será el que corresponda a las dos terceras partes de la suma de los máximos previstos para tales delitos.

2.3.2 Definición de términos básicos establecidos en precedentes vinculantes

- **Concurso real de delitos:** Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 sobre “Determinación de la pena y concurso real de delitos”, fundamento jurídico 6°:

“El agente en el concurso real de delitos debe ser objeto de enjuiciamiento en un mismo proceso penal –enjuiciamiento conjunto-, lo que, por consiguiente, da lugar a una imputación acumulada al agente de todos los delitos perpetrados en un determinado espacio de tiempo [GARCÍA CAVERO, PERCY: Lecciones de Derecho Penal Parte General, Editorial Grijley, Lima, 2008, página 655]. La comisión de varios delitos en concurso real crea los presupuestos de su enjuiciamiento simultáneo en función a la conexidad material existente entre ellos.”
- **Concurso real retrospectivo:** Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 sobre “Determinación de la pena y concurso real de delitos”, fundamento jurídico 8°:

“El concurso real retrospectivo o posterior se configura cuando los delitos que componen el concurso no fueron juzgados simultáneamente en un solo proceso penal. Es decir, al autor de esa pluralidad concursal de delitos independientes se le fue sometiendo a juicio u condenando secuencialmente por cada hecho punible, según la oportunidad en que tales ilícitos se fueron, sucesivamente descubriendo.”
- **Principio de absorción y asperación:** Recurso de Nulidad N° 2116-2014-Lima, fundamento jurídico 11:

“Para la determinación de la pena concreta en el concurso real de delitos el texto original del artículo cincuenta, del Código Penal, regulaba el siguiente procedimiento: primero, para la determinación de la pena básica se elegía la pena más grave de las conminadas para los delitos integrantes del concurso. Regía, pues, en esta primera fase, el Principio de Absorción. Luego, los demás delitos de menor gravedad eran considerados como circunstancias agravantes específicas que hacían posible definir la extensión de la pena concreta. Esto es, con ellos se podía graduar dicha pena, a fin de alcanzar la más severa represión. En esta operación complementaria primaba, pues, el denominado Principio de Asperación.”

- **Principio de acumulación:** Recurso de Nulidad N° 2116-2014-Lima, fundamento jurídico 12:

“Ahora bien, la reforma introducida en el artículo cincuenta, por la Ley veintiocho mil setecientos treinta, del trece de mayo de dos mil seis, incorporó como principio rector de la determinación judicial de la pena en el concurso real de delitos al Principio de Acumulación. En consecuencia, para estos casos, en la actualidad la pena se determina desarrollando el procedimiento siguiente: primero se debe definir una pena básica y una concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Esto es, inicialmente se señalará la pena básica, en atención a la penalidad conminada para el ilícito. Posteriormente, se definirá la pena concreta que corresponda para ese delito y las circunstancias concurrentes en su comisión. Finalmente, se sumarán las penas concretas parciales obtenidas para cada delito, lo que aportará

como resultado la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, la pena resultante deberá someterse a un examen de validación, a fin de verificar que no exceda de treinta y cinco años si es pena privativa de libertad.”

2.3.3 Definición de términos básicos utilizados en el presente trabajo de investigación

- **Concurso medial:** Debemos tener claro dos puntos, primero, si bien esta figura no está establecida en nuestro código sustantivo -para los efectos del presente trabajo- conviene precisar su definición; y, segundo, no estamos frente a un supuesto de unidad de acción, pues en este caso hay dos acciones y dos infracciones delictivas claramente diferenciadas. En ese sentido, Muñoz Conde & García Arán (2007) sostienen que:

“Realmente es este tipo de concurso no hay un solo hecho, sino dos perfectamente diferenciados; pero la conexión íntima entre los delitos cometidos, que es una relación teleológica de medio a fin, hace que el legislador los equipare al concurso ideal propiamente dicho (...). Por eso la jurisprudencia y doctrina exigen, con razón, que este precepto sólo sea aplicable cuando exista una relación de necesidad, que debe ser entendida en un sentido real, concreto y restrictivo; de tal forma que no bastará el plan subjetivo del autor” (p. 463)

En cuanto a la doctrina nacional, léase en ese mismo sentido a Bramont-Arias Torres (2002, p. 394) y Villavicencio Terreros (2006, p. 707) quienes sostiene estamos frente a un concurso real.

A efectos de precisar su contenido, consideramos necesario diferenciar esta figura concursal de aquel supuesto de unidad de ley que se resuelve bajo el principio de consunción. Al respecto, Zaffaroni, Aliaga, & Slokar (2006) indican:

“Cuando el segundo tipo se cumple como una forma de agotamiento del primero, porque si bien no se exige en el tipo la finalidad de realizar el segundo, se presupone su relevante posibilidad o peligro por sí o por otro. Eso es lo que sucede en el caso (...) adulteración de documentos y de la estafa posterior con su utilización.” (p. 674)

El contenido riguroso del concurso medial se encuentra definido por Mir Puig (2016) quien afirma:

“En un principio se entendió (así Pacheco) que ello sólo ocurre cuando el delito fin no puede cometerse nunca, por su propia naturaleza, sin el delito medio (necesidad en abstracto). Tal interpretación chocaba con la teoría del concurso de leyes, como se verá, impide la presencia de un concurso de delitos cuando uno de ellos ha de acompañar normalmente al otro (principio de consunción). Hoy se interpreta la necesidad en un sentido concreto, requiriéndose sólo que en el caso concreto un delito no pudiera producirse sin el otro. Por supuesto, esta necesidad debe existir objetivamente, y no basta que el sujeto crea que se da -aunque, claro está, también es preciso el conocimiento de la necesidad objetiva.” (p. 677)

En cuanto a su manifestación y regulación, Quintero Olivares (2015) indica brevemente que: “no es sino una subforma materialmente similar al concurso real y, en derecho español, sometida a la penalidad propia del concurso ideal.” (pp. 530-531)

- **Delito complejo:** Son aquellas que comprenden en un mismo tipo penal diversas conductas relacionadas en un tipo autónomo, las mismas que pueden ser dolosas o imprudentes, y que configuran por sí mismos descripciones típicas independientes. Gimbernat Ordeig (2013) sostiene: “es éste un delito en el que, como hemos visto, no sólo se tipifican dos acciones, sino también una determinada relación (...) presupone, además de dos delitos, una conexión característica entre ambos ”. (p. 207-209)

Al respecto, Cabanellas (1996) sostiene la siguiente clasificación:

“La complejidad delictiva reviste dos formas: a) cuando un solo hecho constituye dos o más delitos, como el robo en casa ajena (que implica además allanamiento de morada) o la estafa utilizando un documento falso (que suma a la defraudación la falsedad); b) cuando existe pluralidad de actos pero integrando uno a varios de ellos medios necesarios para cometer otro, el principal; así el robo de una pistola para cometer un homicidio. (...) Ha de haber relación de medio a fin; pues, si primero se robara el arma y luego surgiera el propósito de emplearla para matar, habría que sancionar dos hechos absolutamente aislados.” (pp. 61-62)

Entendemos que, en el primer supuesto, un hecho posee elementos típicos de varios tipos que dan lugar a un único tipo penal (distinto a los otros), mientras

que en el segundo supuesto existe una pluralidad de tipos penales (ninguno constitutivo del otro) en una relación determinada, en los que se da lugar una circunstancia agravante.

- **Delito compuesto:** Son aquellos que describen una pluralidad de conductas cada una en capacidad de conformar por sí misma una descripción típica distinta. A decir de Ebert (2005): “Se componen de la asociación de varios tipos” (p. 53). Sostenemos que el delito complejo constituye una especie respecto al delito compuesto que viene a ser el género.

En cuanto a su definición y clasificación, Velásquez V. (2009) sostiene:

“(...) describen una pluralidad de conductas, cada una en capacidad de conformar por sí misma una descripción típica distinta; se pueden, a su vez, subclasificar en complejos y mixtos. Los primeros -a veces llamado “consuntivos”- suponen la concurrencia de dos o más conductas, cada una constitutiva de un tipo autónomo, pero de cuya unión nace un complejo típico distinto dotado de independencia, como sucede en el homicidio cometido por medio catastrófico (arts. 103 y 104, num. 3) y las lesiones realizadas por medio catastrófico (arts. 111 y ss. 104, num. 3, y 119). Los segundos, pese a contemplar diversas modalidades de conducta, se conforman con la realización de una cualquiera de ellas, como sucede (...) con la figura de concusión.” (p. 633)

Por su parte, Quintero Olivares (2015) indica que: “En los delitos complejos o compuestos (...) utilizan a la vez dos tipicidades a las que reúnen, como antiguamente sucedía con el delito de “robo con homicidio”. Esta clase de

construcciones legales desaparecieron prácticamente a partir del CP/1995.” (p. 540)

- **Delito concurrente:** Es el caso de acciones delictivas, independientes entre sí, solo unidas por el hecho de haberlas cometido el mismo sujeto. Cabanellas (1996) afirma que: “Cada una de las infracciones diferentes y con propósitos distintos que comete un solo agente en una sola ocasión.” (p. 61)
- **Delito conexo:** Es un supuesto más amplio que el delito complejo pues también opera en el caso de concurso ideal de delitos. Cabanellas (1996) sostiene que: “Dentro de la pluralidad delictiva imputable a un mismo agente, cada una de las infracciones que entre sí guardan relación por constituir medio para la perpetración de otra, o para facilitar la ejecución o la impunidad.” (p. 61)
- **Delito cualificado por el resultado:** Cardenal Murillo (1989) sostiene:

“La doctrina acepta, en términos generales, que existe delito cualificado cuando la pena se encuentra determinada por la ulterior producción de un resultado más grave, que se superpone a la realización de un delito base inicial. (...) Así, la doctrina alemana afirmará, prácticamente de modo unánime, que hay delito cualificado siempre que el hecho pueda ser encuadrado en el actual § 18, lo que significa reconocer a priori, desde un plano formal, cuatro posibles combinaciones entre el delito base y la consecuencia especial o resultado más grave: 1.º Tipo básico doloso y resultado cualificado doloso. 2.º Tipo básico culposo y resultado cualificado culposo. 3.º Tipo básico doloso y resultado cualificado doloso. 4.º Tipo básico

culposo con resultado cualificado doloso, aun cuando esta última modalidad no ha sido considerada por el legislador en ninguna ocasión.”

- **Delito de lesión:** El tipo no se contenta con la puesta en peligro para su consumación requiriéndose su lesión efectiva. Roxin (1997) indica: “el objeto de la acción ha de ser realmente dañado para que haya un hecho consumado”. (p. 336)
- **Delito de mera actividad:** Roxin (1997) lo define como: “aquellos en los que la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella”. (p. 328)
- **Delito de peligro:** Roxin (1997) afirma que ocurre cuando: “el hecho sólo supone una amenaza más o menos intensa”. (p. 336)
- **Delito de peligro abstracto:** El tipo no exige un resultado para su consumación, pero sí presupone una cierta vinculación con el bien jurídico tutelado consistente en la posibilidad de producción de un resultado. Lorenzo Copello (1992) indica que: “Se trata de un juicio *ex ante* realizado desde la perspectiva exclusiva del autor (...). No exigen un resultado estructural, sí presuponen una cierta vinculación con el bien jurídico tutelado, de donde se puede deducir que contienen un «desvalor potencial de resultado»” (p. 182).
- **Delito de peligro concreto:** El tipo exige la efectiva producción de un peligro, Lorenzo Copello (1992) sostiene que:

“La diferencia entre delitos de peligro concreto y abstracto no reside, como se entiende generalmente, en que los primeros exijan un resultado y no así

estos último, sino, por una parte la intensidad del peligro requerida en uno y otro caso y, sobre todo, en que el peligro de lesión del bien jurídico se determina desde perspectivas distintas: en los delitos de peligro abstracto se trata de un juicio ex ante realizado desde la perspectiva exclusiva del autor, mientras que en los de peligro concreto, a ello se agrega la perspectiva de la víctima: es preciso que una víctima haya entrado efectivamente en el radio de la acción peligrosa.” (p. 179)

- **Delito de resultado:** Roxin (1997) indica que “se entiende aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor”. (p. 230)
- **Dolo:** Este término tiene varias acepciones en el ámbito del Derecho. Para los efectos del presente trabajo, se entiende simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito.
- **Imprudencia:** Es la infracción de la norma de cuidado por inobservancia del deber de cuidado interno o externo. Respecto a la terminología, Mir Puig (2016) sostiene que: “la palabra «imprudencia» tiene ventajas como la de resultar más fácilmente comprensible al profano y la de facilitar la distinción respecto al término «culpabilidad», de uso muy distinto”. (p.293)
- **Imprudencia consciente:** También denominada culpa “con representación” o aquella en la que el sujeto vulnera el “deber de cuidado externo” puesto que el sujeto es consciente del peligro, pero no toma las precauciones necesarias para excluir las consecuencias negativas de su obrar. Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga (2011) sostienen que “el agente, a pesar de que se da cuenta de

que mediante su acción peligrosa puede dañar a un tercero, subestima esta posibilidad y piensa poder evitar su realización.” (p. 22)

- **Imprudencia inconsciente:** También denominada culpa “sin representación” o aquella en la que el sujeto vulnera el “deber de cuidado interno”, es decir, su deber de advertir el peligro. Rodríguez Delgado (2007) afirma que “no solo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad; (...), el sujeto ni siquiera advierte el peligro que encierra su comportamiento, por ello, la mayor medida de desatención de los deberes de cuidado (...)”. (p. 53-54)

- **Preterintencionalidad:** Mir Puig (2016) indica:

“Si el tipo doloso se caracteriza porque el auto quiere -con los matices contemplados- realizarlo, y el tipo imprudente presupone que no hay voluntad de ejecutar dicho tipo doloso, la preterintencionalidad se da cuando el autor quiere realizar un tipo doloso de distinta significación penal al que resulta («praeter intentionem» = más allá de la intención)”. (p.310)

- **Principio de absorción:** Gracia Martín, Boldova Pasamar & Alastuey Dobón (2004) sostienen: “La absorción significa que la pena correspondiente al concurso queda limitada al marco de la pena de la infracción más grave, que absorbe a las demás (poena maior absorbet minorem)”. (p. 276)

En cuanto a los aspectos positivos y negativos de su aplicación, Sanz Morán et al. (2016) sostiene:

“De conformidad con el principio de absorción, basta con la pena del delito más grave para hacer justicia a todos los que concurren. A favor de este

principio hay que reconocer, ante todo, la simplicidad de su aplicación. Por otra parte, carece este sistema sancionador de los inconvenientes de la acumulación en orden a adaptar la pena a la personalidad del delincuente con miras a su resocialización, pero a costa de perder de vista la correlación entre pena y delito, lo que contradice no sólo la retribución por el hecho, sino incluso la prevención general (...), la comisión de un delito grave sería así una “carta blanca” para la ejecución de otros delitos sancionados con pena menor.” (p. 19)

- **Principio de acumulación material:** Exige la determinación por separado de las consecuencias jurídicas de cada delito y su simple adición. Mir Puig (2016) sostiene:

“Es en apariencia la solución más coherente con una perspectiva retribucionista. Mas una pena extinguida después de otra es mucho más aflictiva que si se cumple aisladamente, y una pena que se cumple ante la perspectiva de otra que empezará cuando termine la primera resulta más dura que si se viera el fin del sufrimiento más próximo.” (p. 680)

- **Principio de acumulación jurídica:** Supone una vía intermedia a los principios de absorción y acumulación material, alcanzando una pena más grave que la correspondiente al delito de mayor gravedad, pero no tanto como la que resultaría de sumar todas las penas, por regla general consiste en la atenuación de la pena resultante de la suma de todas las penas particulares. Así, Sanz Morán et al. (2016) lo define:

“La expresión acumulación jurídica, utilizada en la literatura jurídica comparada en sentidos muy diversos, se reserva por la doctrina penal española para aquella técnica sancionadora que parte de la suma de las penas individuales en que se incurrió, pero fijando límites (absolutos o relativos) al cumplimiento de las penas impuestas.” (p. 19)

- **Principio de asperación o exasperación:** Sanz Morán et al. (2016) lo define:

“Según el principio de asperación o exasperación, se averigua para cada infracción su pena correspondiente, tomando la más severa de ellas y elevándola por encima del límite superior de su marco penal propio. Es importante subrayar la diferencia entre elevación de la pena más severa en que se incurrió, por encima de su marco penal propio, que corresponde al principio que aquí estudiamos, y la imposición de la pena más severa dentro del marco penal de la más grave de aquellas en que se incurrió, situación en la que nos movemos aun dentro del ámbito de la absorción. Estamos ante un criterio muy extendido en el derecho comparado en tanto respuesta sancionadora para el concurso real de delitos, al que se reconoce, como ventaja fundamental, que evita las indeseadas consecuencias de la acumulación, satisfaciendo al mismo tiempo las necesidades preventivo-generales, incluso en los casos más extremos.” (p. 20)

- **Principio de combinación:** Bramont Arias & Bramont-Arias Torres (2001) la definen como una composición en los principios de: “absorción, en cuanto el juez ha de imponer la pena por el delito más grave, y asperación, porque debe

tener en cuenta los demás delitos para aumentarla, siguiendo las reglas de la individualización contenida en los arts. 45° y 46° CP.” (p. 263)

- **Principio de combinación de marcos penales:** Se parte de la idea que el autor de varios delitos no puede resultar favorecido, debiéndose prever un determinado límite mínimo del marco penal y las consecuencias penales accesorias de cada ilícito cometido. Al respecto, Sanz Morán et al. (2016) explica:

“(…) criterio que normalmente aparecerá como complementario de los de absorción o asperación en el siguiente sentido: el mínimo del nuevo marco penal será el más alto de los mínimos previstos para las diversas infracciones y las penas accesorias se tomarán de entre las correspondientes a cualquiera de los delitos que concurren. Se acercará a la absorción cuando el límite máximo del nuevo marco penal coincida con el de la infracción más gravemente penada; a la asperación, cuando se permita rebasar dicho límite.” (p. 21)

- **Versari in re illicita:** Constituye el antecedente de los delitos cualificados por el resultado, así Roxin (1997) indica:

“Históricamente, los delitos cualificados proceden de la teoría, elaborada en Derecho canónico, del llamado versari in re illicita (= encontrarse dentro de un asunto ilícito), conforme a la cual cualquier persona responderá, aunque no tenga culpa, de todas las consecuencias que se deriven de su acción prohibida. Por eso, los delitos cualificados por el resultado contenidos en el StGB originariamente sólo presuponen que el delito base prohibido haya sido

causal respecto del resultado, sin que éste tenga que ser debido culpa alguna. Esta infracción del principio de culpabilidad, que la doctrina intentó atenuar o eliminar mediante especiales construcciones sobre la imputación, no fue suprimida hasta la 3.^a StrÄG de 4-8-1954, que introdujo la actual regulación del §18. No obstante, tampoco se ha logrado de este modo eliminar todos los reparos desde la perspectiva constitucional.” (p. 335)

CAPÍTULO III: EXÉGESIS DE LOS DELITOS PRETERINTENCIONALES Y CUALIFICADOS POR EL RESULTADO

3.1 Definición de delito cualificado por el resultado

Inicialmente, la definición de delito cualificado por el resultado se configuraba sobre la base de una acción dolosa que produce un resultado ulterior de modo puramente causal, sin necesidad que el autor los haya previsto y ni siquiera le fueran previsibles, por lo que era suficiente la causación material ligada a un antecedente de acción delictiva voluntaria. No obstante, ese concepto ha variado irremediabilmente en el tiempo a consecuencia del reconocimiento del principio de proscripción de responsabilidad penal objetiva.

Partiendo de ello, hoy día se concibe a los delitos cualificados por el resultado como tipos caracterizados por una especial combinación del tipo base (doloso o -excepcionalmente- imprudente) con un resultado ulterior que eleva su penalidad (el cual puede ser doloso o imprudente, quedando disipada toda duda sobre la cabida de un eventual resultado fortuito). De esta manera, estamos ante una estructura típica compuesta cuya pena superior se debe al añadido de un delito autónomo o independiente, generalmente lesión o muerte de la víctima, constituyéndose a base de dos infracciones penales a similitud del concurso.

Martos Núñez (2012) plantea la siguiente definición: “Los delitos cualificados por el resultado suponen que la ley prevé una cualificación de un tipo básico si como consecuencia de éste se origina, aun sin querer el autor, un resultado más grave y relacionado con la peligrosidad que implicaba el tipo base.” (p. 57)

Para su mejor comprensión analizaremos los delitos cualificados por el resultado en relación con el principio “versari in re illicita”, acto seguido los diferenciaremos de aquellas figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave, y -finalmente- procederemos a establecer su relación omnicomprendensiva con los delitos preterintencionales.

3.1.1 Los delitos cualificados por el resultado y el principio “versari in re illicita”

La definición de delito cualificado por el resultado nos lleva irremediabilmente a sus orígenes y al principio “versari in re illicita”, por el cual se imputa al actor que inicia la ejecución de un acto ilícito todo resultado ulterior más grave, así fuese fortuito o alejado de finalidad o previsibilidad del sujeto. Efectivamente, dichos delitos empezaron a tipificarse debido a la especial peligrosidad inherente a determinadas acciones, por sí solas ya punibles, pero que merecían una sanción sustancialmente mayor cuando la conducta ocasionaba un segundo resultado lesivo.

Cardenal Murillo (1989) nos indica que el concepto de delito cualificado por el resultado fue elaborado por la dogmática tradicional atendiendo a la concreta realidad positiva en que se hallaban descritos. Y es éste, sin duda, el motivo de que fuesen entendidos inicialmente, tanto el Derecho Comparado como en el Derecho español, a modo de construcción típica en la que se aceptaba que el resultado más grave pudiera ser imputado a título fortuito. Villavicencio Terreros (2006) lo define como una “forma de agravación de responsabilidad penal, basado en la pura cusación de un resultado más grave sin importar que éste se

haya originado en dolo o culpa (...) son inconstitucionales, pues además violan el principio de reserva". (p. 410)

Respecto a la teoría de los delitos cualificados por el resultado, Roxin (1997) indica que procede del Derecho canónico, del llamado *versari in re illicita*, conforme a la cual cualquier persona responderá, aunque no tenga la culpa, de todas las consecuencias que se deriven de su acción prohibida (pág.335). No obstante, dichas nociones han sido dejadas atrás gracias a la modernización o constitucionalización del derecho penal, así la doctrina actual es unánime en señalar que la consecuencia ulterior del delito cualificado por el resultado requiere necesariamente la misma se encuentre abarcada por el dolo o la imprudencia, quedando excluido conceptualmente el resultado fortuito o cualquier núcleo de responsabilidad objetiva y doblegándose a las exigencias del principio de culpabilidad.

3.1.2 Los delitos cualificados por el resultado en la dogmática actual

Al día de hoy, el avance de la dogmática penal ha superado toda posibilidad de atribuir responsabilidad penal por el mero resultado objetivo, dejándose atrás el llamado *versari in re illicita* que permitía atribuir penalmente las consecuencias fortuitas de un acto inicial ilícito; lo expuesto queda fuera de discusión con el reconocimiento del principio de proscripción de responsabilidad penal objetiva en la mayoría de códigos sustantivos, así en la actualidad se requiere que la producción de un resultado más grave sea atribuido a título de dolo o imprudencia.

En tal sentido, Velásquez V. (2009) sostiene que: “no puede ser castigado quien obra sin culpabilidad, con lo que se excluye la responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado” (p. 129). Dicho principio se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar de nuestro Código Penal de 1991 con el siguiente tenor: “La pena requiere la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”. Por tanto, no cabe duda que al presente sólo cabe imputar un resultado ulterior si el mismo fue a título de dolo o imprudencia, pues ya hemos superado todo rezago al principio *versari in re illicita*.

3.1.3 Los delitos cualificados por el resultado y las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave

Cabe indicar que sólo es posible estimar la punibilidad del delito cualificado por el resultado cuando el tipo vincule el resultado ulterior a la acción inicial del tipo base (ya sea mediante una relación de progresión o inmediatez)³, siendo que debe rechazarse cuando el resultado cualificante deba basarse en el resultado propio del delito básico. Al respecto, Martos Núñez (2012) concibe la siguiente definición: “Los delitos cualificados por el resultado suponen que la ley prevé una cualificación de un tipo básico si como consecuencia de éste se origina, aun sin querer el autor, un resultado más grave y relacionado con la peligrosidad que implicaba el tipo base” (p.21).

³ Ver apartado III.8.

En ese sentido, Boldova Pasamar (1994) realiza un análisis exhaustivo a la expresión “ulterior resultado más grave” utilizado en el Código Penal español y trata la diferencia entre el delito cualificado por el resultado y las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave, indicando que en el primer grupo el establecimiento de una pena superior se debe al añadido de un delito con vida jurídica propia, que podría ser independiente, constituyéndose sobre la base de dos infracciones a semejanza del concurso, mientras que en el segundo grupo, se debe al añadido de una simple circunstancia agravante, de naturaleza accidental, puramente dependiente de la infracción principal, cuya función es graduar el injusto y la culpabilidad. (p. 63)

3.1.4 Los delitos cualificados por el resultado y los delitos preterintencionales

A efectos de precisar aún más el contenido de los delitos cualificados por el resultado, cabe remitirnos al tenor literal del párrafo 18 del Código Penal alemán y el artículo 1.2º del Código Penal español, en ambos supuestos se aprecia que “la consecuencia especial del hecho” o “la producción de un resultado más grave” respetivamente deben ser ocasionados “al menos por culpa”. Por tanto, ello nos permite inferir que tales premisas constituyen de forma omnicomprensiva a dos fenómenos: el delito preterintencional (combinación dolo-culpa) y el delito cualificado por el resultado (combinación dolo-dolo). En cuanto a este último, consideremos tal como lo señala Martos Núñez (2012) que cabe no sólo dolo eventual, sino incluso dolo directo de primer grado o segundo grado respecto del resultado cualificante. (p. 91)

Al respecto, cabe precisar que en cuanto al Código Penal español actual, la redacción ha sido perfeccionada y ya no cabe la crítica realizada por Suárez Montes (1981), quien haciendo referencia al Código Penal español de 1980 indicó:

“Se habla de un «un ulterior resultado», y de que «sólo se responderá de éste...», o cual parece que reclama la producción anterior de otro resultado, de un primer resultado, y esto parece no encaja bien con la estructura y axiología propias del delito preterintencional. Pues en el homicidio preterintencional, el resultado típico, el único resultado relevante, es la muerte, y o no hay otro (tentativa de lesiones) o aunque lo haya carece de relevancia; de suerte que aplicado al delito preterintencional no tiene sentido hablar de «pena determinada por la producción de un ulterior resultado» y de que «sólo se responderá de éste...», mientras que es, en cambio, correctísimo aplicado a los delitos cualificados por el resultado.”

De lo expuesto, tenemos que la doctrina mayormente ha utilizado el término “delito cualificado por el resultado” tanto para aquellos casos cuyo resultado ulterior sea imprudente como doloso, sin embargo, la normativa italiana introdujo el término “preterintencionalidad” en la redacción del Código Rocco del 19 de 1930 únicamente para el caso del resultado ulterior imprudente. Desde ese entonces, la doctrina empezó paulatinamente a utilizar el término delito preterintencional para las estructuras típicas compuestas cuyo tipo base sea doloso y su consecuencia ulterior imprudente, y delito cualificado por el

resultado para todos los demás supuestos, siendo ésta la terminología que se utilizará a lo largo del presente trabajo de investigación.

3.1.5 Definición de delito preterintencional

En cuanto a la figura preterintencional, ésta no se encuentra definida por nuestro derecho positivo, pero sí por la doctrina. Esta figura se presenta cuando el evento típico supera la voluntad del sujeto, provocando que el daño ocasionado con la acción sea cualitativamente mayor que el buscado o aceptado por éste, proveniente de su actuación imprudente.

En ese sentido, Villavicencio Terreros (2006), afirma que: “El llamado **delito preterintencional** es un supuesto de tipificación simultánea, dolosa y culposa, de una misma conducta, sea que, de no hallarse así tipificada, el caso se resuelve por concurso ideal” (p. 409). Asimismo, Mir Puig (1996) afirma que: “Si el tipo doloso se caracteriza porque el autor quiere -con matices contemplados- realizarlo, y el tipo imprudente presupone que no hay voluntad de ejecutar dicho tipo doloso, la preterintencionalidad se da cuando el autor quiere realizar un tipo doloso de distinta significación penal al que resulta («praeter intentionem = más allá de la intención»)” (pág. 287). Por último, Kai Ambos (2006) indica: “Preterintencionalidad significa 'más allá de la intención', tomando el termino latino praeter, más allá, e intentio-onis, intención, propósito. El autor causa un resultado que va más allá de su intención” (p. 03).

3.2 Posiciones dogmáticas a favor de la conservación de los delitos cualificados por el resultado y preterintencionales: La teoría del contenido adicional del injusto

Los partidarios de la conservación de los delitos cualificados por el resultado y preterintencionales sostienen la presencia de un injusto adicional en el delito base inicial consistente en un peligro típico y específico para producir el resultado ulterior más grave. En cuanto a las estructuras típicas preterintencionales, Cardenal Murillo (1989) hace énfasis a Olher quien: “sitúa el fundamento de la mayor punición en el ámbito del delito doloso base, pues es el peligro (unido a la acción dolosa) para el objeto lesionado lo que determina la agravación de la penalidad en los delitos cualificados por el resultado” (p. 568), y a Hirsch quien sostiene: “el riesgo que despliega la acción peligrosa insita en el tipo doloso, no es abarcado o consumido en su totalidad por el delito culposo (...) de aquí que el delito cualificado pudiera ser considerado, (...) como “un concurso ideal tipificado y cualificado”. (p. 599-602)

En esa línea, algunos juristas consideran conveniente mantener los delitos cualificados por el resultado debiéndose imponer una pena superior a la que resultaría de la aplicación de las reglas del concurso de delitos; mientras que otros estiman necesario incluir dicho peligro típico en el delito base inicial incrementándose la pena correspondiente, siendo irrelevante y dejándose impune el resultado ulterior; un pequeño sector aboga por la determinación de marcos penales suficientemente amplios que permitan incluir el peligro inminente de la conducta inicial y sustituir los delitos cualificados; y -finalmente-

aquellos que toman en cuenta ambas propuestas, incluyendo tal peligro en el delito base inicial con independencia del resultado más grave, debiéndose imponer penas más severas en caso de concrete el resultado más grave a través de un concurso ideal.

Así, Cardenal Murillo (1989) indica que en el caso de estos delitos complejos la pena a imponer debe ser superior a la que correspondería de la adición de las penas previstas para el delito inicial base y resultado ulterior más grave, debido a la presencia en ellos de un injusto adicional que no puede ser abarcado con la mera aplicación de la normativa concursal; reconoce, sin embargo, que a veces las asignadas por el legislador resultan del todo excesivas, lo que, en ocasiones, podrá dar lugar a dudas sobre si el principio de culpabilidad, aunque no infringido, quedaría plenamente realizado.” (p. 597)

Este tema también ha sido abordado por Diez Ripolles (1983) quien citando a Lange indica que lo injusto de tales conductas está en el peligro doloso en ellas existente, debiendo ser su principio básico la inclusión de tal peligro doloso culpable, así no se pena más porque junto a la responsabilidad dolosa haya otra culposa, sino porque el agente actúa sin tener en cuenta el riesgo. Asimismo, rescata las posturas de Blume y Schneider quienes sostienen en líneas generales se debería regular el riesgo producido con independencia del resultado producido, debiéndose castigar más duramente la causación culposa del resultado más grave de lesión a través de un concurso ideal que agudice las penas. Erwin Blume sostiene que el criterio rector en la fijación de la penalidad debería ser proporcional a la magnitud del peligro que el autor crea para la

víctima, de aquí que se considere que el establecimiento de marcos penales suficientemente amplios para los delitos base, en que de modo típico, según la experiencia, se suelen presentar resultados más graves de los pretendidos podría bastar para sustituir a los delitos cualificados. Por otra parte, Jescheck pretende solucionar el problema incrementando la pena del tipo básico doloso y dejando impune la conducta cualificada. (p. 122-123)

De lo expuesto, tenemos que la problemática del contenido adicional del injusto reside en la valoración de una misma conducta tanto en la lesión del delito base inicial como en la generación de peligro en cuanto al resultado más grave, siendo que tal situación no podría ser solucionada a través de las reglas previstas en el concurso de delitos.

Es por ello que un sector de la doctrina afirma que -ante la existencia de una mezcla de lesión y peligro en una misma conducta- es conveniente crear un tipo de lesión que abarque también la tendencia adicional de poner en peligro ulteriores bienes jurídicos. De esta manera, se trata de impedir la realización del resultado ulterior y la imposición de sanciones elevadas, como la correspondiente a los delitos cualificados, ya que sólo se valoraría el contenido del injusto de peligro. No obstante, tal postura adolece de graves defectos al traer consigo realizar dos veces un juicio desvalorativo de la acción.

A consecuencia de ello, Díez Ripolles (1983) propone como alternativa constituir un tipo básico doloso de resultado material, y un tipo doloso de peligro concreto. Ello no impediría que existiera un tipo básico doloso sin unirse a tal tipo de peligro y un tipo culposo de resultado referido a la efectiva realización del

resultado a que alude el peligro, pero estos dos tipos serían, claro es, independientes del tipo compuesto precedente. (p. 124)

En conclusión, podemos advertir una nota común a los defensores de los delitos cualificados por el resultado la cual consiste en la integración en el tipo base doloso el del peligro del resultado más grave, cuyo desvalor global de injusto sobrepasa al que resultaría de apreciar un concurso ideal entre el tipo base doloso y el tipo imprudente de resultado más grave. No obstante, dicha situación no se presenta en el caso de un tipo base doloso y el tipo doloso de resultado más grave en los que definitivamente la sanción no debería superar la suma de los dos delitos que lo integran.

3.3 Posiciones dogmáticas a favor de la abolición de las estructuras típicas complejas

Una postura diferente a favor de la abolición de ambas estructuras típicas complejas pretende acudir a un concurso ideal de delitos entre el delito base inicial y el resultado ulterior más grave, no obstante, esta solución sólo puede ser adoptada si se abandona previamente el principio de absorción como criterio determinador de la pena para el concurso de delitos⁴.

Para empezar, sus partidarios no comparten el enfoque analizado en el apartado anterior respecto a la presencia de un contenido adicional del injusto

⁴ Al respecto, Diez Ripolles (1983) sostiene que son partidarios de esta solución Mezger, Jescheck, Stratenwerth, Scubarth, Noll, Schneider y Koffka, quienes propugnan la modificación del principio de absorción que regula el concurso ideal en Alemania.

en los delitos cualificados por el resultado, así Díez Ripolles (1983) siguiendo la postura de Hirsh sostiene:

“(…) si en el tipo básico doloso exigimos la presencia de una situación de peligro concreto respecto al resultado más grave, al tener que exigir a continuación, para configurar la conducta culposa, la previsibilidad objetiva respecto a ese mismo resultado más grave, apreciamos un mismo elemento del tipo objetivo dos veces en relación a un mismo delito, o, dicho de otro modo, valoramos unas mismas circunstancias objetivas dos veces para configurar el injusto de una conducta, por más que un juicio, aunque en la misma dirección que el otro, sea más estricto. Ello, obviamente, es inaceptable.” (p. 106)

Para todo efecto, el legislador no puede tomar en cuenta un mismo elemento típico dos veces en el establecimiento del marco penal pues contravendría uno de los principios fundamentales de la medición de pena, como es la prohibición de la doble valoración de los elementos típicos. Eso significa que en los delitos cualificados aquellas circunstancias que llevan a la formación del marco penal de los tipos básicos no pueden otra vez ser valoradas para la constatación de los presupuestos de la calificación. En ese sentido, Díez Ripolles (1983) concluye que: “En los supuestos en que pretendidamente estamos ante un tipo básico doloso con dolo de peligro respecto al resultado más grave, y un delito culposo respecto a ese mismo resultado, no estamos más que ante una situación de concurso de leyes.” (P.107)

No obstante, el hecho de adoptar las reglas del concurso de delitos también ha sido objeto de una serie de críticas, pues en cuanto al límite máximo el principio

de exasperación no cumpliría del todo con los fines de prevención general, asimismo, no se observan resultados satisfactorios en cuanto a los límites mínimos a los cuales se les deberá añadir una función de clausura.

Esta posición inicia la polémica respecto a la conservación de las estructuras típicas calificadas por el resultado como preterintencionales, y respecto a las penas que correspondería imponer por la comisión de estos ilícitos.

3.4 Los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado en la legislación nacional

Nuestro Código Penal de 1863 -vigente desde el 02 de enero de 1863 hasta el 27 de julio de 1924- incorporó estructuras típicas calificadas por el resultado para el caso de lesiones o estragos seguidos de muerte⁵, siendo evidente de su redacción y momento teórico la inclusión del *versari in re illicita*, por lo que para su configuración era suficiente una relación causal material entre la acción y la muerte, es decir, que la muerte resultare como consecuencia de las lesiones o estragos, colocándonos en una responsabilidad meramente objetiva sin ningún análisis previo de carácter subjetivo.

A partir del Código Penal de 1924, nuestro legislador empezó a incorporar estructuras típicas preterintencionales⁶ –a la par que continuó con la tipificación

⁵ “Art. 240º.- Para que haya homicidio es necesario que las heridas, golpes o violencias causen la muerte, como efecto preciso o consecuencia natural dentro de los sesenta días después de inferidas.”

“Art. 354º.- El que de propósito incendiare edificio, buque o lugar habitado, arsenal, parque de artillería, almacén de pólvora o astillero, sufrirá penitenciaría en tercer grado.

Si resultase muerte, se aplicará la pena designada en el artículo 232.”

⁶ El Código Penal de 1924 empieza a asumir el sistema de responsabilidad en base al dolo e imprudencia, lo cual se observa con la parte final del artículo 165º cuando establece: “La pena será de penitenciaría si la víctima hubiere muerto a consecuencia de la lesión y si el delincuente pudo prever este resultado”. Cabe indicar que la tipificación de dicho tipo penal es bastante óptima para la época puesto que dejaba atrás cualquier rezago de responsabilidad por el mero resultado.

de delitos cualificados por el resultado-, las cuales, si bien a primera vista, son típicamente innecesarias puesto que podían satisfacerse con las reglas del concurso ideal, tienen la ventaja que permiten establecer una pena básica superior, lo cual no era posible con la aplicación del concurso de delitos pues su consecuencia jurídica residía en la aplicación del principio de absorción en cuanto se imponía la pena correspondiente al delito más grave quedando impune el delito menos grave.

Desde entonces, ante la realización de una conducta que constituya dos o más delitos, primero se debía verificar si existe previsión expresa a estructuras típicas complejas y, segundo, en caso la conducta no se adecue en uno de estos supuestos, recién cabría resolver el caso mediante las reglas del concurso ideal.

No obstante, cabe indicar que nuestro Código Penal no regula expresamente en la parte general ningún criterio o pauta que facilite la correcta aplicación de ambas estructuras típicas preterintencionales o cualificados por el resultado; situación que definitivamente problematiza su correcta interpretación por parte de los operadores jurídicos, así como su apropiada aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales.

3.5 Los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado en el derecho comparado

Los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado han sido considerados desde antaño por el legislador alemán (1871), helvético (Anteproyecto 1915), italiano (Código Penal de 1889), argentino (Código Penal

de 1921), entre otros. El legislador español si bien inicialmente consideró ambas estructuras típicas, a partir de su reforma del Código Penal 1995 no las tomó en cuenta adoptando así la aplicación del concurso ideal de delitos y el principio de exasperación. A continuación, realizaremos un breve análisis respecto a su avance normativo en Europa y Sudamérica.

3.5.1 Código Penal alemán

Respecto al Código Penal alemán, Ambos (2006) indica que con la introducción de los requisitos de la imprudencia en 1953 se abandonó la responsabilidad objetiva por el resultado. Así, no se hace mención expresa a los delitos cualificados por el resultado, pero sí los trata sucintamente en su parte general a través del párrafo 18 StGB que dispone lo siguiente: “Si la Ley asigna una pena más grave a una consecuencia especial del hecho, ella solo afecta al autor o el partícipe cuando pueda reprochársele, al menos culpa por esta consecuencia”⁷.

Sobre el particular, Martos Núñez (2012) sostiene lo siguiente:

“El ámbito de aplicación de esta disposición es, ciertamente, discutido. Dicho párrafo solo pretende aplicarse a aquellos casos en los cuales nos encontramos ante calificaciones propias por el resultado, es decir, ante tipos básicos dolosos (más ocasionalmente culposos) a los cuales se agrega, con

⁷ Traducción al español en, Código Penal Alemán (StGB), del 15 de mayo de 1871, con la sexta reforma del 26 de enero de 1998, López Díaz, C., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

efecto agravante de la pena, una consecuencia especial del hecho (es decir, del tipo básico).” (p 28)

En cuanto a la parte especial, Código Penal alemán regula -a modo de ejemplo- los siguientes delitos cualificados por el resultado: la lesión corporal con consecuencia de muerte (parágrafo 227)⁸, el robo con resultado muerte (parágrafo 251)⁹ o el incendio con resultado de muerte (parágrafo 306c).

Cabe destacar que la dogmática penal alemana no hace distinción entre delito preterintencional o cualificado por el resultado, siendo que reduce el problema a las “combinaciones de dolo-dolo y dolo-imprudencia”. En ese sentido, Roxin (1997) afirma que los delitos cualificados por el resultado son delitos dolosos sometidos a un marco penal especial, cuya comisión trae consigo un ulterior resultado más grave, manifestándose en combinaciones dolo-imprudencia e incluso combinaciones dolo-dolo.” (pág.330).

Al presente, el Código Penal alemán conserva los delitos cualificados por el resultado pues su ausencia generaría supuestos de impunidad al seguir acogiendo el principio de absorción como consecuencia jurídica del concurso ideal de delitos¹⁰. Así, Ambos (2006) refiere que el problema de la resolución

⁸ **“§ 227 Lesión corporal con consecuencia de muerte:**

1) Si el autor ha causado la muerte por medio de la lesión personal (arts. 223-226), entonces la pena es de privación de la libertad no inferior a tres años.

2) En casos menos graves se impondrá pena privativa de la libertad de uno hasta diez años.”

Traducción al español en, Código Penal Alemán (StGB), del 15 de mayo de 1871, con la sexta reforma del 26 de enero de 1998, López Díaz, C., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

⁹ **“§ 251 Robo con resultado muerte:**

Si el autor causa al menos por imprudencia la muerte de otra persona por medio de robo con violencia o con intimidación en las personas (arts. 249 y 250), entonces el castigo será de pena privativa de libertad de por vida o pena privativa de libertad no inferior a 10 años.”

Traducción al español en, Código Penal Alemán (StGB), del 15 de mayo de 1871, con la sexta reforma del 26 de enero de 1998, López Díaz, C., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

¹⁰ **“§52 Unidad de hecho:**

alemana del concurso ideal reside en que: “(...) el principio de absorción, como su nombre lo indica, implica “absorber” la pena del delito menor, la cual no se tendrá en cuenta en el cálculo de la pena definitiva, de forma que la pena resultante parece ser excesivamente suave.”

3.5.2 Código Penal español

En cuanto al Código Penal español, Martos Núñez (2012) indica que los delitos cualificados por el resultado hasta 1983 se interpretaban como casos de pura responsabilidad objetiva, esto es, que se respondía por el resultado cualificante aunque no hubiera dolo ni imprudencia (aunque también podía haberla, claro está) respecto al mismo. Esto era así pues el artículo 8.8º del anterior Código Penal español sólo exigía para el caso fortuito la licitud del acto inicial, configurándose expresamente delitos que infringían el principio de responsabilidad subjetiva y eran coherente con el principio del “versari in re illicita”. (p. 57)

No obstante, tras la Reforma Urgente y Parcial por la Ley Orgánica 8/1983 del 25 de junio, la situación cambió sustancialmente, pues se introduce el artículo 6.bis b) que excluía por principio la responsabilidad por caso fortuito, independientemente de la licitud de la conducta precedente, y el artículo 1.2º

1) Si se quebranta con la misma acción varias leyes penales o la misma varias veces, entonces sólo se aplicará una pena.

2) 1. Si se quebrantan varias leyes penales, entonces la pena se determinará de acuerdo con la ley que conmina con la pena más grave.”

Traducción al español en, Código Penal Alemán (StGB), del 15 de mayo de 1871, con la sexta reforma del 26 de enero de 1998, López Díaz, C., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

que consagra solemnemente la exigencia de responsabilidad subjetiva: “No hay pena sin dolo o culpa”; y en referencia directa a estos delitos se añade: “Cuando la pena venga determinada por la producción de un resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos por culpa”. A partir de entonces, sólo cabe imputar un resultado ulterior a modo de dolo o imprudencia, dejándose atrás aquellos resultados imprevisibles o inevitables.

Por su parte, el Código Penal aprobado mediante la Ley Orgánica N° 10/1995, de 23 de noviembre, elimina por completo cualquier referencia a los delitos cualificados por el resultado en la parte general y suprime la mayoría de la parte especial, adoptando la regla general del concurso ideal de delitos y el principio de “absorción agravada” del artículo 77, a efectos de minimizar supuestos de impunidad.

En cuanto a la consecuencia jurídica del concurso ideal, Bacigalupo (2005) indica:

“La comprobación de un concurso ideal determina que sólo deba aplicarse una pena, que debe extraerse de la amenaza penal más grave. El Código Penal (art. 77) sigue este criterio; sin embargo, deja sin respuesta el problema que se da cuando el delito tiene la pena máxima más grave y tiene, a la vez, la pena mínima menos grave que el otro delito. En este supuesto debe tenerse en cuenta que la pluralidad de lesiones no puede tener un efecto beneficiante del autor y, por lo tanto, debe asignarse al mínimo más alto una función de clausura, según la cual el autor no puede ser sancionado a una

pena menos grave que la que le hubiera correspondido si hubiera violado sólo una ley (la del mínimo más alto).”

Cabe advertir que un sector de la doctrina reconoce aún la presencia de los delitos cualificados por el resultado en el Código Penal español, así Muñoz Conde & García Arán (2007) sostienen:

“El Código penal de 1995 ha suprimido estos delitos cualificados por el resultado para dejar paso a las reglas generales del concurso, cuando procedan, entre el delito inicial (por ejemplo, abandono del menor) y el que se haya producido, generalmente de forma imprudente, como consecuencia del mismo (por ejemplo, la muerte del abandonado). No obstante, todavía se encuentra en el Código penal algún precepto aislado que recoge cualificaciones por el resultado por ejemplo en los delitos de terrorismo se impone una pena más grave «si se causaran la muerte de una persona» (art. 572,1.1º)”. (p. 294)

3.5.3 Código Penal italiano

Respecto al Código Penal italiano del 19 de octubre de 1930, a diferencia de Alemania y España, en su redacción del artículo 42 regula expresamente que el delito preterintencional, al igual que el imprudente, solo es punible cuando está previsto en la ley de forma expresa. No obstante, únicamente tiene previsto el homicidio preterintencional en el artículo 584 cuya redacción es la siguiente: “Quien mediante acciones dirigidas a la comisión de los delitos recogidos en los

artículos 581 y 582 (delitos de riña y lesiones) mate a una persona, será castigado con pena de prisión de 10 a 18 años”. Cabe advertir que la legislación Italiana reconoce tres formas fundamentales de imputación, dolosa, preterintencional y culposa, constituyéndose así la preterintencionalidad como una tercera forma de imputación.

A efectos de examinar el origen de la preterintencionalidad en Italia, Ambos (2006) indica:

“Otra cuestión muy importante para el Derecho alemán reside en cómo se comportan los delitos preterintencionales respecto a los delitos cualificados por el resultado. En este aspecto, la situación jurídica en Alemania antes de la implantación del **§56 del Strafgesetzbuch (StGB, en adelante) en su antigua versión (§8 StGB en su nueva versión) en 1953 parece servir de base según la doctrina mayoritaria, a la concepción de la preterintencionalidad en el Derecho italiano.** Por consiguiente, la preterintencionalidad parece corresponder a la cualificación por el resultado, ya que en ambos casos un tipo básico doloso causa una consecuencia grave no querida.”

3.5.4 Otros códigos penales europeos

Por su parte los códigos penales de Finlandia y Suiza también han suprimido los delitos cualificados por el resultado, sancionando dichos supuestos bajo las reglas del concurso ideal. Suecia apunta también en esta dirección eliminando los delitos cualificados por el resultado. También en Noruega la Comisión de

reforma del Derecho Penal se muestra favorable a la supresión de los delitos cualificados por el resultado, pero quiere llevarlo a cabo mediante una revisión de la parte especial.¹¹

3.5.5 Códigos penales de Sudamérica

En esta parte de la región los códigos penales de Argentina, Chile, Paraguay y Venezuela no regulan la preterintencionalidad ni hacen énfasis a la cualificación por el resultado en la parte general de su Código Penal, a pesar de utilizar dichas figuras compuestas reiteradamente en su parte especial, como es el caso del llamado “homicidio preterintencional” previsto en el art. 81, inc. 1º “b” del Código Penal argentino en el que media una lesión dolosa en concurso con un homicidio culposo¹².

En el caso de los Códigos Penales de Bolivia¹³ y Brasil¹⁴, establecen mayores criterios de aplicación que van más allá del principio de proscripción de responsabilidad objetiva, como lo es consignar la regla general “sólo se responderá del resultado más grave si al menos ocurriera por culpa”. No

¹¹ Ver Ambos (2006) en la nota 10.

¹² “Artículo 81.- 1º Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años:

a) Al que matare a otro, encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable.

b) Al que, con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte.”

¹³ Código Penal de Bolivia aprobado mediante Decreto Ley 10426 del 23 de agosto de 1972: “Artículo 13.- No se le podrá imponer pena al agente si su actuar no le es reprochable penalmente. La culpabilidad y no el resultado es el límite de la pena. Si la ley vincula a una especial consecuencia del hecho una pena mayor, ésta sólo se aplicará cuando la acción que ocasiona el resultado más grave se hubiera realizado por lo menos culposamente”.

¹⁴ El Código Penal de Brasil aprobado mediante Decreto Ley Nº 2.848 del 07 de diciembre de 1940 establece en su artículo 19 que el agente sólo responde por el resultado que agrava especialmente la pena cuando lo haya causado al menos culposamente.

obstante, dicha cláusula tampoco se encuentra perfeccionada pues sólo permite imputar el resultado más grave cuando se verificase la presencia de dolo o imprudencia, más no permite distinguir pacíficamente los supuestos calificados por el resultado de aquellos preterintencionales en los tipos que se muestran a través de una formulación impersonal (“cuando resultara”, “se produzca”, “se cause”, “si por efecto”, “se ocasione”, entre muchas otras).

En el caso de Colombia¹⁵, Ecuador¹⁶ y Uruguay¹⁷, sus códigos penales inclusive brindan una definición de delito preterintencional concibiéndolo como la acción u omisión que se deriva de un acontecimiento dañoso o peligroso más grave que aquel que quiso el agente. Es menester indicar que el Código Penal Uruguayo utiliza el término “ultraintención o resultado ultraintencional”.

¹⁵ Código Penal de Colombia aprobado mediante Ley 599 de 2000, publicado el 24 de julio de 2000: “Artículo 21. Modalidades de la conducta punible. La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley.” y “Artículo 24. La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente.

¹⁶ Código Penal de Ecuador publicado el 22 de enero de 1971: “Art. 14.- La infracción es dolosa o culposa. La infracción dolosa que es aquella en que hay el designio de causar daño, es: Intencional, cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción o de la omisión de que la ley hace depender la existencia de la infracción, fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión; y; Preterintencional, cuando de la acción u omisión se deriva un acontecimiento dañoso o peligroso más grave que aquel que quiso el agente. (...)”.

¹⁷ Código Penal de Uruguay aprobado mediante Ley 9.155: “Art. 18. Régimen de la culpabilidad. Nadie puede ser castigado por un hecho que la ley prevé como delito, si no es intencional, ultraintencional o culposo, cometido además con conciencia y voluntad. El hecho se considera intencional, cuando el resultado se ajusta a la intención; ultraintencional cuando el resultado excede de la intención, siempre que tal resultado haya podido ser previsto; culpable, cuando con motivo de ejecutar un hecho, en sí mismo jurídicamente indiferente, se deriva un resultado que, pudiendo ser previsto, no lo fue, por imprudencia, impericia, negligencia o violación de leyes o reglamentos. El resultado que no se quiso, pero que se previó, se considera intencional, el daño que se previó como imposible se considera culpable. En ningún caso podrá castigarse por un resultado antijurídico, distinto o más grave que el querido, que no haya podido ser previsto por el agente.” y “Art. 19. Punibilidad de la ultraintención y de la culpa. El hecho ultraintencional y el culpable sólo son punibles en los casos determinados por la ley.”

3.6 Los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado en el Código Penal Peruano

Las estructuras típicas cualificadas por el resultado se caracterizan por agrupar un delito base inicial y un resultado ulterior más grave, siendo que ambos supuestos de hecho se encuentran tipificados separadamente en el mismo cuerpo normativo. Nuestro Código Penal tipifica estos delitos complejos a lo largo de la parte especial, sin embargo, en su parte general no existe ninguna regulación explícita o mención a estos delitos complejos, lo cual tampoco debe ser óbice para su correcta interpretación.

Desde un plano formal, la doctrina -entre estos Diez Ripolles (1983) y Cardenal Murillo (1989)- admite cuatro posibles combinaciones entre el delito base inicial y la consecuencia o resultado más grave, éstas son: (i) tipo básico doloso y resultado cualificado doloso, (ii) tipo básico imprudente y resultado cualificado imprudente, (iii) tipo básico doloso y resultado cualificado doloso, y (iv) tipo básico imprudente con resultado cualificado doloso¹⁸.

Partiendo de ello, las estructuras típicas más utilizadas por el legislador se encuentran configuradas por un tipo doloso, como delito base, y otro tipo doloso o imprudente, en cuanto a la consecuencia ulterior o más grave, siendo aquellas de las que la doctrina habitualmente se ha ocupado, no existiendo mayor análisis doctrinario de las restantes modalidades. No obstante, el Código Penal

¹⁸ Cabe indicar que, si bien formalmente se enumera una estructura típica imprudente al inicio y dolosa en el resultado, lo cierto es que dicha modalidad es de imposible ejecución. En ese sentido, Diez Ripolles (1983) hace referencia que autores alemanes (entre estos a Hirsh y Gösel) y españoles (Cerezo Mir y otros) aluden a todas estas modalidades, excluyendo la de estructura culpa-dolo.

peruano sí contempla las cuatro estructuras típicas a las que se hace mención línea arriba conforme se indica y enumera a continuación:

3.6.1 Tipo básico doloso y resultado cualificado doloso (Delito cualificado por el resultado)

Desde el año 1991 hasta la actualidad, nuestro legislador penal ha introducido e incorporado veintiún (21) artículos diseminados en diversos títulos del Código Penal que contienen la estructura típica bajo análisis. En el caso del segundo resultado ulterior más grave, el legislador utiliza los términos “durante”, “como consecuencia”, “se produzca”, “se causa” o “si por efecto” de la comisión del hecho delictivo ocasiona la lesión o muerte de la víctima.

Al respecto, Martos Núñez (2012) sostiene que tales figuras son recocibles pues el texto legal indica expresamente: “«el (sujeto) que causare -o provocare, originare, o fórmula similar -con su acción un resultado», sino de que como consecuencia de la primera conducta «resultare, se originare, se produjere, etc., un resultado», es decir, que se utiliza una fórmula impersonal, objetiva.” (p. 21)

Lo expuesto se observa en los siguientes delitos de nuestro Código Penal: (i) Respecto al Título I: Delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud - Capítulo IV Exposición peligro o abandono de personas en peligro: Art. 128º Segundo párrafo (*Exposición a peligro de persona dependiente*)¹⁹, (ii) Respecto al Título

¹⁹ Cabe precisar que la redacción del legislador no es la más adecuada pues, si bien la construcción normativa pertenece a una figura cualificada por el resultado, la misma es de imposible ejecución. Al respecto, Peña Cabrera Freyre (2017) sostiene: “Téngase presente que si dicha omisión ha causado un resultado de real afectación a la vida o salud del menor, su muerte o lesiones graves, el tipo penal *in comento* será desplazado

IV: Delitos contra la libertad - Capítulo I Violación de la libertad personal: Arts. 152º Segundo párrafo numeral 10 y Cuarto párrafo numeral 3 (*Secuestro*), 153º-A Segundo párrafo numeral 1 (*Formas agravadas de la Trata de personas*), 153º-B Quinto párrafo numeral 5 y Sexto párrafo (*Explotación sexual*) y 153º-C Quinto párrafo numeral 5 y Sexto párrafo (*Esclavitud y otras formas de explotación*), (iii) Respecto al Título V: Delitos contra el Patrimonio - Capítulo II Robo: Art. 189º Tercer párrafo (*Robo agravado*), Capítulo VII Extorsión: Art. 200º Séptimo párrafo literal f y noveno párrafo literal c (*Extorsión*), (iv) Respecto al Título XII: Delitos contra la Seguridad Pública - Capítulo I Delitos de Peligro Común: Arts. 279º-A Tercer párrafo (*Producción, tráfico ilegal de armas, municiones y explosivos*), 279º-B Segundo párrafo (*Arrebato de armamento o municiones de uso oficial*), 279º-C Segundo párrafo (*Tráfico de productos pirotécnicos*), 279-E Tercer párrafo (*Ensamblado, comercialización y utilización, en el servicio público, de transporte de omnibuses sobre chasis de camión*), Capítulo II Delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos: Arts. 280º Segundo párrafo (*Atentado contra los medios de transporte de servicio público*), 283º Segundo párrafo (*Entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos*), 289º Segundo párrafo (*Propagación de enfermedades peligrosa o contagiosas*), 290º Segundo párrafo (*Ejercicio ilegal de la medicina*), y Capítulo IV Delitos contra el Orden Migratorio: Art. 303º-B Segundo párrafo numeral 1 (*Formas agravadas del tráfico de inmigrantes*), (v) Respecto al Título XIII: Delitos ambientales - Capítulo I Delitos de

por los tipos penales de homicidio y lesiones, no puede hablarse en este caso de un concurso delictivo". (p. 462-463)

contaminación: Art. 305º Segundo párrafo numeral 1 y 2 (*Formas agravadas*), y Capítulo II Delitos contra los recursos naturales: Art. 310-C Segundo párrafo numeral 2 (*Formas agravadas*), (vi) Respecto al Título XIV: Delitos contra la tranquilidad pública - Capítulo I Delitos de contaminación: Arts. 315º Segundo párrafo numeral 2 y 3 (*Disturbios*) y 317º Segundo párrafo segundo supuesto (*Organización criminal*), y (vii) Respecto al Título XVIII: Delitos contra la administración Pública - Capítulo I: Delitos cometidos por particulares - Sección I: Usurpación a autoridad, Títulos y honores: Art. 361º Segundo párrafo (*Usurpación de funciones*).

Es necesario indicar que nuestra postura en cuanto a la estructura típica o combinación dolo – dolo en los delitos indicados líneas arriba no es pacífica, existiendo gran controversia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional. Así, para otros el resultado más grave en estos delitos debe ser imputado a título de imprudencia (a pesar que de su tenor literal no se aprecia la palabra “culpa” o un elemento de ésta), y un tercer sector indica que el resultado puede ser imputado tanto a título de dolo como imprudencia²⁰.

3.6.2 Tipo básico doloso y resultado cualificado imprudente (Delito preterintencional)

La figura preterintencional no se encuentra definida por nuestro derecho positivo, pero sí por la doctrina. Esta figura se presenta cuando el evento típico

²⁰ Este tema se analizará en el capítulo IV.

supera la voluntad de realización -el dolo- del hecho, provocando que el daño ocasionado con la acción sea cualitativamente mayor que el buscado o aceptado por éste.

Desde el año 1991 hasta la actualidad, nuestro legislador penal ha introducido e incorporado doce (12) artículos diseminados en diversos títulos del Código Penal que contienen una estructura típica preterintencional, así hemos acopiado los siguientes: (i) Respecto al Título I: Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud - Capítulo II Aborto: Arts. 115º Segundo párrafo (*Aborto consentido*) y 116º Segundo párrafo (*Aborto no consentido*), Capítulo III Lesiones: Arts. 121º Tercer párrafo (*Lesiones graves*), 121º-B Segundo párrafo (*Violencia contra las mujeres*), Art. 122º Numerales 2 y 4 (*Lesiones leves*), Capítulo IV Exposición peligro o abandono de personas en peligro: Art. 129º (*Circunstancias agravantes por el resultado*), (ii) Respecto al Título IV: Delitos contra la libertad - Capítulo IX: Violación de la libertad sexual: Arts. 173º-A (*Violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave*), Art. 176º-A Segundo párrafo (*Actos contra el pudor en menores de 14 años*) y Art. 177º Primer párrafo (*Formas agravadas*), (iii) Respecto al Título XII: Delitos contra la Seguridad Pública - Capítulo I Delitos de Peligro Común: Art. 275º Numeral 3 (*Circunstancias agravantes*), (iv) Respecto al Título XIV-A: Delitos contra la humanidad - Capítulo III Tortura: Art. 321º Tercer párrafo (*Tortura*), y (v) Respecto al Título XVIII: Delitos contra la administración Pública – Capítulo I: Delitos cometidos por particulares - Sección II Violencia y resistencia a la autoridad: Art. 367º Segundo y tercer párrafo (*Formas agravadas*).

3.6.3 Tipo básico imprudente y resultado cualificado imprudente

Nuestro Código Penal sólo contiene una estructura típica compleja que agrupa un delito base imprudente inicial y un resultado imprudente ulterior más grave, el cual se encuentra en el Título XII: Delitos contra la Seguridad Pública – Capítulo I: Delitos de Peligro Común: Art. 278º. Modalidades culposas, que establece lo siguiente:

“El que, por culpa ocasiona un desastre de los previstos en los artículos 273, 275 y 276, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.”

El artículo bajo análisis -conforme lo sostiene Villavicencio Terreros (2006)- utiliza el sistema de imputación genérica limitada, es decir, introduce una cláusula general de imprudencia para determinados delitos específicos, situación que también ocurre en los delitos de contaminación y propagación imprudentes (artículo 295º) y los delitos contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos (artículo 282º). (p. 384)

Asimismo, dicho tipo penal utiliza la técnica legislativa de la ley penal en blanco puesto que el supuesto de hecho se remite expresamente a otro tipo penal, en especial -para este caso- el artículo 275º que establece:

“La pena será privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años cuando en la comisión del delito previsto en el artículo 273º concurre cualquiera de las siguientes circunstancias:

1. Si hay peligro de muerte para las personas.

2. Si el incendio provoca explosión o destruye bienes de valor científico, histórico, artístico, cultural, religioso, asistencial, militar o de importancia económica.

3. Si resultan lesiones graves o muerte y el agente pudo prever estos resultados.”

Cabe indicar que en el artículo bajo comentario el complemento de la ley penal en blanco (Art. 278º) se halla contenido en otra ley (Art. 275º, y éste a su vez en el Art. 273º) por lo que el supuesto típico base imprudente sería “el que por culpa crea un peligro común para las personas o los bienes mediante incendio, explosión o liberando cualquier clase de energía” y el resultado cualificado imprudente “si resultaran lesiones graves o muerte y el agente pudo prever estos resultados”. No obstante, si el agente genera de manera imprudente un incendio y ocasiona la lesión o muerte de una persona, consideramos que sólo cabría aplicar el tipo penal de lesiones u homicidio imprudente.

Sobre el particular, coincidimos con Peña Cabrera Freyre (2012) quien sostiene lo siguiente:

“Las modalidades culposas, han de verse, entonces en el caso del delito de Incendio, sus formas agravadas y a figura delictiva de Estragos especiales; siendo que el inc. 3) del artículo 275º nos trae la siguiente interrogante: ¿Cómo es que se puede decir que el resultado (lesiones graves o muerte) puede tomar lugar en su forma imprudente, cuando éste describe un delito Preterintencional, cuya mixtura requiere, de forma indispensable, que la

acción que da curso el autor sea a título de dolo? Si alguien genera imprudentemente, por negligencia, un incendio u otro desastre que, a la postre, provoca a muerte y/o las lesiones graves de personas, es simplemente un Homicidio Culposo o Lesiones Culposas, debiéndose rechazar la aplicación del presente articulado.” (p. 564)

Sobre el particular, consideramos complicado concebir un tipo base imprudente que conlleve a la vez la posibilidad de añadir otro delito imprudente e independiente. Al respecto, Martos Núñez (2012) sostiene:

“Un sector reducido sostiene que también puede ser culposo el delito base. Sin embargo, es preferible rechazar esa posibilidad mediante una interpretación restrictiva de los correspondientes tipos cualificados por el resultado y a partir de que al menos el «delito base ha de ser doloso»” (p. 110)

3.6.4 Tipo básico imprudente y resultado cualificado doloso

Esta estructura típica es de imposible ejecución, sin embargo, nuestro Código Penal lo prevé en el Título I: Delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, Capítulo I - Homicidio: Art. 111º, último párrafo, “Homicidio imprudente bajo la conducción en estado de ebriedad o drogadicción”; y Capítulo III – Lesiones: Art. 124º, último párrafo, “Lesiones imprudentes bajo la conducción en estado de ebriedad o drogadicción”, los cuales agrupan o tipifican de manera inversa el delito base doloso “Conducción en estado de ebriedad” (Art. 274º) y el resultado imprudente

ulterior “Homicidio imprudente” (Art. 111º primer párrafo) o “Lesión impudente” (Art. 124º primer párrafo). Dicha situación también ocurre en el Código Penal de Bolivia²¹ y Colombia²².

A nuestro criterio, la tipificación correcta se concretaría con la incorporación de un párrafo adicional en el Artículo 274º cuyo nomen iuris deberá ser “Conducción en estado de ebriedad o drogadicción con resultado muerte o lesiones”, y la consecuente supresión o derogación del último párrafo de los artículos 111º y 124º del Código Penal, así la estructura típica iría de la mano con una combinación dolo-imprudencia propia de los delitos preterintencionales.

Al respecto, consideramos como modelo a seguir la normativa chilena (Ley Número 18.290 – Ley de Tránsito), la cual parte de un delito base doloso “Conducción en estado de ebriedad” y -seguidamente- establece como resultado ulterior más grave el “Homicidio o lesiones imprudentes”:

²¹ Código Penal de Bolivia aprobado mediante Decreto Ley 10426 del 23 de agosto de 1972:
ARTICULO 260.- Homicidio Culposo: El que por culpa causare la muerte de una persona incurrirá en reclusión de seis meses a tres años.

Si la muerte se produce como consecuencia de una grave violación culpable de los deberes inherentes a una profesión, oficio o cargo, la sanción será de reclusión de uno a cinco años.

ARTICULO 261.- Homicidio y Lesiones Graves y Gravísimas en Accidentes de Tránsito: El que resultare culpable de la muerte o producción de lesiones graves o gravísimas de una o más personas ocasionadas con un medio de transporte motorizado, será sancionado con reclusión de uno a tres años. Si el hecho se produjera estando el autor bajo la dependencia de alcohol o estupefacientes, la pena será de reclusión de uno a cinco años y se impondrá al autor del hecho, inhabilitación para conducir por un período de uno a cinco años.

En caso de reincidencia se aplicará el máximo de la pena prevista.

Si la muerte o lesiones graves o gravísimas se produjeren como consecuencia de una grave inobservancia de la ley, el código y el reglamento de tránsito que establece los deberes de cuidado del propietario, gerente o administrador de una empresa de transporte, éste será sancionado con reclusión de uno a dos años.

²² Código Penal de Colombia aprobado mediante Ley 599 de 2000, publicado el 24 de julio de 2000 :

Artículo 109. Homicidio culposo. El que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de veinte (20) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando la conducta culposa sea cometida utilizando medios motorizados o arma de fuego, se impondrá igualmente la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas y la de privación del derecho a la tenencia y porte de arma, respectivamente, de tres (3) a cinco (5) años. Artículo 110. Circunstancias de agravación punitiva para el homicidio culposo. La pena prevista en el artículo anterior se aumentará de una sexta parte a la mitad, en los siguientes casos:

1. Si al momento de cometer la conducta el agente se encontraba bajo el influjo de bebida embriagante o de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica y ello haya sido determinante para su ocurrencia.
2. Si el agente abandona sin justa causa el lugar de la comisión de la conducta.”

“**Artículo 196 E.-** El que infrinja la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 115 A, cuando la conducción, operación o desempeño fueren ejecutados en estado de ebriedad, o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de dos a diez unidades tributarias mensuales, ya sea que no se ocasione daño alguno, o que con ello se causen daños materiales o lesiones leves. Se reputarán leves, para estos efectos, todas las lesiones que produzcan al ofendido enfermedad o incapacidad por un tiempo no mayor de siete días.

Si, a consecuencia de esa conducción, operación o desempeño, se causaren lesiones graves o menos graves, se impondrá la pena de presidio menor en su grado medio y multa de cuatro a doce unidades tributarias mensuales.

Si se causaren algunas de las lesiones indicadas en el artículo 397 N° 1 del Código Penal o la muerte de una o más personas, se impondrán las penas de presidio menor en su grado máximo y multa de ocho a veinte unidades tributarias mensuales (...).”

3.6.5 Estructura típica ecléctica: Combinación Dolo-Dolo y Dolo-Imprudencia.

En el caso de los tipos penales de violación sexual previstos en los artículos 173-A (*Violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave*) y 177^o Primer párrafo (*Formas agravadas*) del Código Penal, el legislador tipifica taxativamente las dos estructuras típicas correspondientes a los delitos

preterintencionales (combinación dolo-imprudencia) y cualificados por el resultado (combinación dolo-dolo), estableciendo taxativamente ambos supuestos: *“el agente pudo prever este resultado o si procedió con gran crueldad”*.

Realizando una interpretación integral y sistemática del Código Penal podemos inferir que en todos aquellos supuestos típicos en los que el legislador utilice el término “previsibilidad” o la frase “el agente pudo prever este resultado” estaremos frente a un segundo resultado imprudente propio de los delitos preterintencionales. Por otra parte, cuando el legislador utilice la frase “procedió con gran crueldad” estaremos frente a un segundo resultado doloso propio de los delitos cualificados por el resultado.

3.7 Problemática de los delitos cualificados por el resultado

Conforme a lo indicado en el apartado 3.1., las estructuras típicas cualificadas por el resultado se caracterizan por agrupar un delito base inicial y un resultado ulterior más grave, admitiéndose así hasta cuatro posibles combinaciones entre figuras dolosas e imprudentes las mismas que se encuentran tipificadas por separado en el mismo cuerpo normativo.

Para los efectos de su interpretación, es necesario señalar que no existe ninguna regulación explícita o mención a estos delitos complejos en la parte general del Código Penal, sin embargo, en cuanto al delito base inicial no existe

mayor complejidad en su análisis ni discrepancias en la doctrina, al menos en cuanto a la tipicidad subjetiva.

El conflicto se halla en cuanto al análisis de la tipicidad subjetiva del resultado ulterior más grave, pues -si bien ya se dejó de lado los criterios de atribución de responsabilidad por el mero resultado objetivo- aún se encuentra pendiente fijar criterios uniformes en cuanto a si dicho resultado debe ser atribuido a título de dolo, imprudencia o ambos. Asimismo, el problema se agudiza en el campo de la propia imprudencia al evaluar si es viable concretarse tanto en los casos de imprudencia consciente como inconsciente, pues para un sector de la doctrina indica que este último supuesto constituye un rezago del principio de responsabilidad objetiva.

3.7.1 Los delitos cualificados por el resultado ¿Constituyen un solo delito o dos delitos distintos?

A efectos de abarcar a profundidad los delitos cualificados por el resultado, es necesario determinar si nos encontramos ante un solo delito o ante una estructura típica compuesta que abarca dos supuestos de hecho previstos por separado en el Código Penal.

En cuanto a la primera posición, tenemos como defensor a Cardenal Murillo (1989) quien sostiene que no se trata de dos delitos distintos, el delito cualificado por el resultado (constituido por el delito base y por la situación de peligro típico inherente a él) y la producción culposa del resultado más grave,

sino un solo delito -el delito cualificado por el resultado- que sólo se pune como tal en el caso de que acaezca el resultado más grave²³, siendo que para la configuración del injusto del delito cualificado por el resultado se agota ya con la realización por el sujeto del elemento objetivo determinante de la situación de peligro inherente al delito base, al igual que ocurre en la imprudencia. Asimismo, el referido autor sostiene que en el caso de los delitos cualificados por el resultado el legislador halla algo más que la conjunción de un delito doloso base y la causación imprudente de otro resultado, al igual que un robo con violencia es considerado como algo más que la mera superposición de dos conductas dolosas (de hurto y coacciones), porque el ataque al bien jurídico es considerado intenso de modo característico. (p. 606-607)

En cuanto a la segunda posición, Jakobs (1997; p. 1056), Ambos (2006; p. 20), Quintero Olivares (2015; p. 540), Díez Ripolles (1983), Zaffaroni, Aliaga, & Slokar (2006; p. 442), Velásquez V. (2009; p. 701), Rodríguez Delgado (2007; p. 173), Villavicencio Terreros (2006; p. 411), y Bramont-Arias Torres L. M. (2002; p. 241), indican que los delitos cualificados por el resultado son estructuras típicas complejas o compuestas siendo que no estamos más que ante una situación de concurso de leyes entre la conducta básica y el resultado ulterior más grave.

Por nuestra parte, adoptamos la segunda posición expuesta por lo siguiente: primero, los delitos cualificados por el resultado no son una simple conjunción

²³ El autor argumenta que el legislador, atendiendo al carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal, renuncia a castigar por el delito cualificado en ausencia del resultado ulterior. No obstante, ello no es inconveniente para la aplicación de las reglas del concurso de delitos.

de conductas entre un delito base y la causación -al menos- imprudente de un resultado lesivo más grave, sino que para su configuración requieren de una relación de progresión (el sujeto provoca un resultado más grave del que mentalmente se proyectaba)²⁴ o inmediatez (el resultado ulterior se aprecia como necesario o conveniente de modo repentino o instantáneo en el curso de la acción)²⁵ que devienen en una característica propia de las mismas; y segundo, los delitos cualificados por el resultado no pueden ser comparados con la superposición de conductas, como es el caso del hurto y las coacciones integrantes del delito de robo, puesto que en ese supuesto opera una relación de conexión (medio a fin) en las que la primera conducta se encuentra tipificada como el medio de comisión de otro delito, es decir, acción que conlleva un único plan delictivo en la que la consumación del primer delito da pie al segundo²⁶.

3.7.2 Respecto a la abolición de todo rezago de responsabilidad objetiva por el mero resultado

Inicialmente, el delito cualificado por el resultado abarcaba la responsabilidad penal del agente por la mera causación del resultado ulterior más grave, esto es, bastaba la sola ejecución de una conducta para ser considerado responsable de un hecho causado por éste, aunque no haya tenido voluntad de realizarlo ni haya actuado con imprudencia o negligencia.

²⁴ Véase el Apartado 3.8.4.

²⁵ Véase el Apartado 3.8.5.

²⁶ Véase el Apartado 3.8.3.

No obstante, en su concepción actual requiere que la consecuencia ulterior más grave necesariamente se encuentre abarcada por el dolo o la imprudencia, quedando excluido conceptualmente el resultado fortuito o cualquier núcleo de responsabilidad objetiva y doblegándose a las exigencias del principio de culpabilidad, no obstante, a pesar que lo expuesto es de opinión generalizada, ello no ha impedido que se hayan producido algunas críticas basadas en la consideración de que en los delitos preterintencionales sigue observándose un núcleo de responsabilidad objetiva.

3.7.3 La tipicidad subjetiva del resultado ulterior más grave

Debido a que la parte general del Código Penal no establece reglas de aplicación para el caso de los delitos complejos analizados en el presente trabajo, consideramos que, a efectos de analizar la tipicidad subjetiva del delito ulterior más grave, debemos partir de los mismos principios generales aplicados para el delito base inicial.

Por tanto, en cuanto a la tipicidad subjetiva, nuestro Código Penal asume el llamado sistema “numerus clausus” (artículo 12, segundo párrafo: “El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley”), por lo que para su aplicación es necesario que el tipo penal indique formalmente la realización del delito en forma imprudente.

En tal sentido, la regla será que todo resultado ulterior más grave deba imputarse a título de dolo, salvo que el legislador haya incluido en su redacción

la palabra “culpa”²⁷ o -al menos- un elemento de ésta, como lo es la previsibilidad con la frase “el agente pudo prever este resultado”.

Sobre el particular, Ambos (2006) haciendo referencia al Derecho español sostiene:

“Si se intenta resolver este dilema con principios de la parte general, entonces se choca, de entrada, con el mencionado art. 5 CP²⁸. De él resulta que la responsabilidad por el resultado más grave requiere dolo o imprudencia del autor en cada caso; sin embargo, con esto sólo se descarta una responsabilidad objetiva por el resultado, no quedando claro si la imprudencia respecto al resultado grave es suficiente para construir un delito cualificado por el resultado. Parece que el art. 12 CP da la respuesta, reclamando la punibilidad por imprudencia sólo con disposición legal expresa (numerus clausus)²⁹. Si ésta no existe en el caso de las cualificaciones por el resultado, debe concluirse que el autor debería actuar con dolo también respecto al resultado más grave.” (p. 19)

3.7.4 La imprudencia inconsciente en el resultado ulterior más grave

Los delitos cualificados por el resultado tuvieron un avance importante al apartarse del principio de responsabilidad objetiva, el cual atribuía responsabilidad al agente de todo hecho causado por éste, a pesar que no haya

²⁷ Ver en ese sentido Mir Puig (2016; p. 312).

²⁸ Ley Orgánica N° 10/1995, 23 de noviembre, del Código Penal. “Art. 5. No hay pena sin dolo o imprudencia.”

²⁹ Ley Orgánica N° 10/1995, 23 de noviembre, del Código Penal. “Art. 12. Las acciones u omisiones imprudente sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.”

tenido la voluntad de realizarlo ni el resultado sea producto de un comportamiento imprudente o negligente. Desde entonces, estos delitos van la mano con el principio de culpabilidad y excluyen el resultado fortuito.

No obstante, el análisis de estas figuras no se estancó en el reconocimiento de la imputación subjetiva, sino que ahora el tema a abordar consiste en determinar si el resultado ulterior más grave debe producirse con imprudencia consciente e inconsciente³⁰, o si sólo cabría el primero puesto que el segundo consistiría una expresión o rezago de responsabilidad objetiva³¹.

Al respecto, Cardenal Murillo (1989) haciendo referencia a la postura de Hirsch indica que éste:

“(…) se manifiesta partidario de incluir los casos de culpa inconsciente en el concepto actual de delito cualificados, y reprocha a los autores anteriores que utilicen una peculiar valoración de la gravedad del delito imprudente en atención a la consciencia o no de la culpa, para declarar posteriormente, en base a ella, la conveniencia o no de una regulación específica en estos casos, olvidando que muchas veces es más grave la culpa inconsciente.” (p. 608)

Sobre el particular, Martos Núñez (2012) sostiene en cuanto a la determinación de la imprudencia que: “(…)sólo sería relevante la previsibilidad del resultado más grave: ya que la infracción del deber de cuidado se encuentra siempre

³⁰ Este es el sentido de la doctrina mayoritaria. Ver Galvez Villegas & Delgado Tovar (2011; p. 687).

³¹ Esta postura ha sido recogida por un sector de la doctrina alemana, Cardenal Murillo (1989) recoge a los siguientes: “Así, Arthur Kaufmann, Günther Stratenwerth y los autores del Proyecto Alternativo alemán entienden que el concepto de delito cualificado por el resultado se reduce a aquellos supuestos en los que el resultado más grave es imputado al autor a título de caso fortuito o culpa inconsciente; y, en tanto que los mismos supondrían una manifestación de responsabilidad objetiva, reclaman su supresión.” (p. 607)

presente en los delitos cualificados por el resultado, debido a la comisión culpable del delito básico.”

Por nuestra parte, consideramos que frente a un supuesto de tipificación simultánea dolosa e imprudente es poco probable abordar una conducta dolosa (como es el caso de los delitos de lesiones, violación sexual, actos contra el pudor, robo, tortura o violencia y resistencia a la autoridad) y no advertir la presencia de peligro al bien jurídico, por lo que estimamos que en los casos de delito preterintencional -desde un plano fáctico- sólo se circunscribiría a los supuestos de imprudencia consciente en los que sí se advierte el peligro³².

Por otro lado, la descripción típica de los delitos preterintencionales utiliza la frase “y el agente pudo prever (...)”, por lo que la previsibilidad constituye un elemento propio de la tipicidad que no puede excluirse, así -desde el plano normativo- ésta concurre tanto en la imprudencia consciente como inconsciente.

Por tanto, si bien en el ámbito fáctico es poco probable que el agente no haya podido advertir la presencia de peligro por lo que solo cabría su comisión mediante imprudencia consciente, en el ámbito normativo sí es viable imputar

³² El término previsibilidad ostenta diversas interpretaciones en el análisis de cada tipo penal en particular. A modo de ejemplo, en cuanto al delito de lesiones graves seguidas de muerte, Bramont-Arias Torres & García Cantizano (1998) sostienen: “El delito requiere que la muerte fuera previsible desde el punto de vista del medio empleado en la causación de las lesiones, no según la posibilidad del sujeto para prever tal resultado porque entonces existiría un delito de homicidio ejecutado con dolo eventual” (p. 107). Por otra parte, Peña Cabrera Freyre (2017) indica: “Para ello se deberá valorar el medio empleado, las circunstancias concomitantes, la edad de la víctima (...)”, en similar sentido Villavicencio Terreros (2014) sostiene: “Para la calificación de la previsibilidad puede evaluarse la naturaleza de los medios empleados, o la situación de la propia víctima (v.gr. estado de salud)” (p. 423). Finalmente, Galvez Villegas & Delgado Tovar (2011) de manera general -sin hacer alusión a los medios empleados u otros- sostiene: “Debe verificarse en el caso concreto si el agente del delito se ha representado o podía representarse el resultado más grave creado con su acción (...)” (p. 687). El análisis de este punto rebasa lo pretendido en el presente trabajo de investigación.

el resultado ulterior más grave a título de imprudencia consciente o inconsciente, por lo que su categorización no requiere mayor análisis.

3.8 Factores que permiten identificar y diferenciar los delitos cualificados por el resultado o preterintencionales de otros supuestos típicos

A efectos de resolver problemas interpretativos o aclarar supuestos de controversia respecto a la aplicación del concurso aparente, concurso material de delitos, estructuras típicas cualificadas por el resultado y preterintencionales, resulta necesario prever un conjunto de reglas que permitan identificar cada uno de estos supuestos.

En efecto, las figuras antes citadas presentan una serie de problemas interpretativos que hacen difícil determinar la disposición aplicable en un caso concreto, así tal tarea deviene en una operación bastante compleja. En ese sentido, proponemos la siguiente clasificación que asume como factor de diferenciación la relación existente entre dos conductas típicas.

3.8.1 Relación de identidad: Principio de especialidad o subsidiariedad.

En este caso, el agente realiza un comportamiento típico cuyos elementos objetivos se encuentran paralelamente en otro tipo penal mediando una relación de identidad que da lugar a un concurso aparente de leyes, el cual debe ser resuelto con la aplicación del principio de especialidad -cuando el supuesto de hecho reproduce los elementos típicos de otro más general, a las que añade

otros que la especifican todavía más- o el principio de subsidiariedad -que supone la aplicación auxiliar de un tipo penal cuando no concurren los elementos específicos de otro-; ambos traen como consecuencia la aplicación de un solo delito y la exclusión de otro.

3.8.2 Relación secuencial: Principio de consunción.

La relación secuencial de un plan delictivo puede ocurrir en dos supuestos. Primero, en el caso de los delitos cuya estructura típica requiere una secuencia delictiva entre sus propios elementos objetivos, supuesto que ocurre por excelencia en el delito de estafa. En ese sentido, Bramont-Arias Torres & García Cantizano (1998) afirman la existencia de una relación antecedente a consecuente en el delito de estafa, indicando como elementos secuenciales de la tipicidad objetiva: el engaño, el error, la disposición patrimonial y el perjuicio (p. 346-347).

Segundo, aquellos supuestos en los que existe al menos dos tipos penales que protegen el mismo bien jurídico, por lo que el segundo delito constituye una forma de agotamiento del primero (hecho posterior copenado). En este caso, si bien el primer delito no exige la finalidad de realizar el segundo, se presupone su relevante posibilidad o peligro por parte del agente. Mir Puig (2016) afirma que: “La razón es que tales actos constituyen la forma de asegurar o realizar un beneficio obtenido o perseguido por un hecho anterior y no lesionan ningún bien jurídico distinto al vulnerado por este hecho anterior ni aumentan el daño producido por el mismo” (p. 686)

Lo expuesto ocurre, por ejemplo, en los casos de hurto y receptación pues el ladrón no podrá ser sancionado por receptación, así como en el supuesto de falsificación de documentos para su posterior uso en tanto que sólo cabe castigarse por el primer tipo penal. En relación a los delitos de falsedad propia (Falsificación de documento) e impropia (Uso de documento falso), Bramont-Arias Torres & García Cantizano (1998) sostiene que el sujeto activo puede ser cualquier persona con excepción del autor del delito precedente o del partícipe en él (p. 627), dejándose claro que el agente sólo responderá por el primer ilícito. Sobre el particular, Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga (2011) amplía más el campo de aplicación utilizando el referido criterio no sólo a actos posteriores, sino también anteriores, indicando que no son reprimidos de manera separada porque, mediante la interpretación, se concluye en que la acción total del agente será reprimida desde la perspectiva de otra disposición que prevé otro tipo legal, exponiendo los siguientes casos -como ejemplo de un hecho posterior- quien hurta un bien (art. 185) y luego los destruye (art. 205) sólo será reprimido con la pena fijada en el primer delito siempre y cuando la sustracción de la cosa no haya sido cometido para destruirla sino para obtener provecho, y -como ejemplo de un hecho anterior- quien fabrique, importe o conserve en su poder instrumentos útiles a la falsificación de moneda (art. 255) y falsifique moneda (art. 252), sólo se le impondrá la pena correspondiente a este último delito³³. (p. 240)

³³ De otra opinión, Peña Cabrera Freyra (2012), T. III, p. 436, quien admite un posible concurso real de delitos.

3.8.3 Relación de conexión (medio-fin): Principio de consunción.

En este caso existe al menos dos comportamientos que se encuentran en una relación de carácter finalística (medio-fin), la que lleva a la ley a configurarlo como un único delito complejo, extrayéndolos de las reglas propias del concurso de delitos. En tal sentido, nos encontramos ante un caso de unidad de acción que conlleva un único plan delictivo en la que la consumación del primer delito da pie al segundo.

Tal situación ocurre en aquellos supuestos cuyo comportamiento medial constituye siempre de por sí otro ilícito (por ejemplo, los supuestos de violencia o intimidación que constituyen faltas contra la persona o coacciones y son propios del delito de robo, o la falsificación de documento privado para la consumación del delito de estafa).

3.8.4 Relación de progresión: Delito preterintencional (Dolo – imprudencia).

La relación de progresión consiste en un caso de unidad de acción cuya ejecución se divide en dos o más partes por sí solas ya típicas pero que intensifican el injusto penal a consecuencia que el agente provoca gradualmente un resultado más grave. Zaffaroni, Aliaga, & Slokar (2006) sostienen que: “La misma unidad de acción se da en la llamada realización progresiva del tipo penal, cuando en la intensificación del injusto tienen lugar distintos actos que se dan en el curso de una progresión delictiva hasta su consumación”.

Lo indicado puede ocurrir en delitos integramente dolosos (como en el caso del homicidio cuya consumación se produce recién al tercer disparo, pues antes de ello sólo constituiría una tentativa) o preterintencionales (cuando se causa un mal superior al querido, pretendido o planeado). En cuanto al primer supuesto, Mir Puig (2016) indica que: “La realización progresiva del tipo se refiere a casos en que el sujeto se aproxima a la consumación del tipo pasando por fases anteriores ya punibles (tentativa: p. ej.: o se consigue matar hasta el tercer disparo) o en que la ejecución se divide en dos o más partes por sí solas ya típicas” (p. 669-670). En cuanto al segundo supuesto, Rodríguez Delgado (2007) afirma que: “los delitos preterintencionales constituyen supuestos en los que, asumiendo una progresión delictiva, un sujeto provoca un resultado más grave del que mentalmente se proyectaba, por eso se suele decir que se presenta dolo en la acción y culpa en el resultado.” (p. 169)

Respecto al delito de lesiones dolosas seguidas de muerte imprudente, Suárez Montes (1981) indica lo siguiente:

“(…) no hay, pues, dos delitos, ni un delito de lesiones agravado por la muerte, sino el homicidio preterintencional, que expresa un autónomo contenido de disvalor en consideración del diferente elemento psicológico y presenta por ello características peculiares respecto al homicidio voluntario y del homicidio culposo. En el homicidio preterintencional se produce una situación sustancialmente análoga a la que se verifica en el homicidio culposo, más no idéntica, porque el antecedente causal de la muerte es una acción intencionalmente agresora de la integridad, lo que permite así hablar

de una progresión delictiva. El hecho de ocasionar un evento antijurídico más grave que el querido recostándose en el plano causal sobre una acción voluntaria y antijurídica del sujeto, delimita los confines de la tipicidad de la conducta preterintencional, que consiste en la realización voluntaria de un comportamiento antijurídico, en cuanto intencionalmente dirigido a la agresión del bien de la incolumidad individual, al que sigue un evento más grave que el proyectado; evento que podía ser evitado por parte del agente mediante un control más atento y consciente del curso causal relativo al resultado que se quería conseguir.”

Es oportuno señalar que, si bien la doctrina tomada en cuenta en el presente trabajo manifiesta que las estructuras típicas preterintencionales deberían ser resueltas bajo las reglas del concurso de delitos, otros autores como Portocarrero Hidalgo (2003) sostienen la misma posición sólo parcialmente pues para el caso que exista una relación de progresión en el delito de lesiones seguidas de muerte indica lo siguiente:

“También puede darse la muerte con ocasión de un delito de violación, secuestro, en fin hay tantos casos que la casuística y la legislación nos presentan.

Existe pues diferencia, entre la muerte generada por una lesión, que es el tema que nos ocupa, y los otros dos casos citados como ejemplo; en la muerte generada por una lesión, ambos delitos, la lesión y la muerte están dentro de una progresión delictiva, dentro del mismo delito, lesión-muerte, o sea dentro de una misma área; y en los otros supuestos encontrados delitos

independientes que están en área diferentes; en mi criterio, no conviene unificar el tratamiento a ambas figuras; en el primer caso conviene mantener el tratamiento de lesiones seguidas de muerte, respetando el principio de la culpabilidad, y en las restantes seguir las reglas del concurso ideal porque son delitos independientes y no la proyección de otro.” (p. 93)

3.8.5 Relación de inmediatez: Delitos cualificados por el resultado.

La relación de inmediatez se evalúa en los casos que el resultado ulterior se aprecie como necesario o conveniente, siendo que dicho proceder puede surgir de modo repentino o instantáneo en el curso de la acción. Por tanto, no es necesario que el resultado más grave (la muerte o lesión del agraviado) se encuentre desde un inicio en el plan de acción del imputado.

Así, podemos establecer que estos tipos compuestos requieren la integración de un delito doloso (tipo base) y un resultado ulterior doloso (usualmente lesión o muerte) siempre que medie una relación de intermediación entre la conducta y el resultado. De este modo, el resultado ulterior se produce durante la ejecución o espacio temporal del delito base. Al respecto, Ambos (2006) sostiene:

“Desde el punto de vista *objetivo*, la relación entre delito básico y resultado es descrita por la palabra mágica “criterio de intermediación” o “relación inmediata” entre delito fundamental y resultado; sin embargo, en cuanto a su contenido existe unanimidad entre quienes defienden a teoría de la letalidad

(Letalitätslehre), que toma como punto de referencia central el resultado del delito básico (...)" (p. 22)

En el caso de los delitos cualificados por el resultado, el resultado no constituye un medio de alcanzar el delito base, ni viceversa, pues el resultado no se encuentra necesariamente en plan delictivo del autor como sucede en aquellos casos que ocurre una relación de secuencialidad o conexión, sino que se tratan de consecuencias secundarias de él según se aprecien como necesarias o convenientes.

3.8.6 Relación de sucesión: Concurso auténtico de delitos.

En este caso cabe admitir dos supuestos de aplicación: Primero, aquel en el cual el agente constituye la única relación entre dos o más tipos penales por lo que el sujeto activo consuma un primer ilícito, sin haber premeditado o tenido la voluntad inmediata de cometer otro, siendo que posteriormente surge en éste el propósito de cometer un segundo delito.

Así, no existe ningún supuesto de conexión entre el primer o segundo delito, sino un mero caso de sucesión temporal de varios delitos. En ese sentido, Gimbernat Ordeig (2013) nos presenta algunos ejemplos en relación al delito de robo con homicidio, afirmando lo siguiente:

“- el delincuente mata y, después, surge en él la intención de apoderarse de la cosa;

- el delincuente sustrae primero, cometiendo más tarde el homicidio para proteger la huida, para asegurar su botín, para impedir que la sustracción sea denunciada, etc; (...)

Entre muerte y sustracción existe una mera sucesión en el tiempo. (...), la muerte posterior para impedir, por ejemplo, el descubrimiento del robo, no constituye más que una mera sucesión en el tiempo” (p. 208-209)

Similar postura la de Rojas Vargas (2013) quien -en relación al delito de homicidio calificado- indica lo siguiente:

“No todas las situaciones de robo en las que se produce resultado muerte resultan amparables bajo el texto típico del último párrafo del artículo 189 del Código Penal peruano. En los casos en los que el autor o coautores han preordenado la muerte de la víctima, o actúan decididamente con el objeto expreso de matar para luego apoderarse de los bienes muebles, estaremos ante el contexto de un asesinato en concurso con hurto agravado (o robo simple o agravado, según las circunstancias de comisión), mas no en el supuesto de robo con producción de muerte.

Segundo, aquel en el que existe una relación de proximidad (en el que los ilícitos se producen de manera pre ordenada), pero no de inmediatez (en los que el resultado se aprecia como necesario o conveniente), y es viable admitir una relación de conexidad medio-fin u ocasional o causa-efecto, tal como ocurre en los casos de homicidio calificado para facilitar u ocultar otro delito. En ambos supuestos existen dos momentos delictivos independientes uno del otro.

Un supuesto de sucesión temporal previsto taxativamente en nuestro Código Penal se encuentra en el artículo 108-B segundo párrafo numeral 4 sobre el delito Femicidio³⁴, el cual establece “Si la víctima fue sometida previamente a violación sexual o actos de mutilación”.

Finalmente, cabe indicar que en el caso de pluralidad de delitos imprudentes no es posible establecer ninguna relación de concurrencia, coincidencia, conexión o progresión; las cuales solo constituirán una mera sucesión en el tiempo cuyo único nexo es el agente.

³⁴ Artículo modificado por el Art. 1 del Decreto Legislativo N° 1323, publicado el 06 de enero de 2017.

CAPÍTULO IV LOS DELITOS PRETERINTENCIONALES Y CUALIFICADOS POR EL RESULTADO EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA

4.1. Desarrollo jurisprudencial

En cuanto a la jurisprudencia, la aplicación de las estructuras típicas cualificadas por el resultado ha causado una serie de complicaciones, producto de la imprecisión de sus conceptos y la errónea equiparación con otras figuras dogmáticas. Sobre el particular, hemos recogido una serie de sentencias que versan sobre los delitos de asesinato, aborto, violación sexual y robo agravado.

4.2. Respecto al delito de asesinato

La modalidad de homicidio calificado prevista en el Art. 108.2 “Para facilitar u ocultar otro delito”, no constituye una estructura típica cualificada por el resultado toda vez que no media ninguna relación de inmediatez temporal³⁵, sino más bien una relación de sucesión temporal³⁶, por lo que se refiere a un concurso real de delitos.

En consecuencia, partiendo de la descripción típica de asesinato, ello puede ocurrir de dos maneras: primero, el supuesto de conexidad medio-fin en el que se comete un delito inicial de homicidio (delito medio doloso) como un medio para la perpetración de otro delito cualquiera (delito fin) o, segundo, el supuesto

³⁵ Véase Apartado 3.3.5.

³⁶ Véase Apartado 3.3.6.

de conexidad causa-efecto en el que se comete primero un delito cualquiera (delito medio doloso o imprudente) y posteriormente el homicidio (delito fin).

Al respecto, la Corte Suprema utiliza correctamente dicho criterio en el siguiente caso:

“Respecto a la circunstancia agravante para facilitar u ocultar otro delito, el comportamiento del agente debe ser dirigido por un elemento subjetivo diferente al dolo, que tiene que co-existir a la intención de causar la muerte (animus necandi) constituido en el primer caso, por una concreta finalidad de causar la muerte para hacer viable la comisión de otro hecho punible, y en el segundo supuesto, se realiza la acción homicida con el propósito que la comisión del delito precedente no se descubra.” (R.N. N° 778-2003-Puno, Data 40,000, G.J.).

Esta sentencia precisa, en cuanto a la agravante del homicidio para facilitar u ocultar otro delito, que la muerte debe orientarse, en el primer caso, por una concreta finalidad de hacer viable la comisión de otro hecho punible, y en el segundo, con el propósito de que la comisión del delito precedente no se descubra.

Para los efectos del presente trabajo, únicamente se evaluará el primer supuesto sobre conexidad medio-fin (entre homicidio y robo), mas no el caso del segundo supuesto de conexidad causa-efecto (entre robo y posterior homicidio) en el cual no existe mayores problemas de aplicación.

Así, en cuanto al primer supuesto sobre conexidad medio-fin (entre homicidio y robo), el principal problema jurisprudencial fue establecer criterios que permitan diferenciarlo del delito de robo agravado con subsecuente muerte, pues la Corte Suprema optó por utilizar la figura del concurso medial en ambos casos, situación que terminó por generar mayor controversia al no establecerse diferencias plenas entre uno y otro delito.

A continuación, citamos tres jurisprudencias en las que se utilizó el concurso medial en ambos supuestos, las dos primeras respecto al tipo de asesinato para facilitar otro delito y la tercera respecto al tipo de robo agravado.

“El asesinato para facilitar la comisión de otro delito se caracteriza por la muerte de una persona como medio para hacer viable otro hecho delictivo. Si de autos se colige que el delito fin era el robo, el hecho criminoso no puede ser calificado al mismo tiempo como robo agravado ya que se estaría incurriendo en una doble valoración de la conducta incriminada, pues se trata de tipos penales excluyentes.” (Exp. N° 375-99-Piura, Ej. Supr., 30 mar. 1999, en: Rojas Vargas, Fidel, *Jurisprudencia penal y procesal penal*, Idemsa, Lima, 2002, T. I, p. 404).

“Con la sustracción de la cadena de oro y la suma de doscientos nuevos soles de propiedad del agraviado, queda establecido que el homicidio de este se califica por haber constituido el medio para la comisión del delito patrimonial, no configurándose de ninguna manera la circunstancia cualificante del homicidio por lucro, al no haberse probado la responsabilidad

penal del presunto agente”. (R.N. N° 1784-1999-Chimbote, Data 40,000, G.J.).

“Que en el delito de robo agravado se atacan bienes jurídicos de heterogénea naturaleza como la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo que hace de él un delito completo; que en el presente caso, el fallecimiento de los agraviados ha sido fruto de la resistencia puesta de manifiesto por estos para evitar el robo, por lo que no se puede considerar el homicidio como una infracción independiente, en tanto en el proceso que nos ocupa este se erige como delito medio para llegar al delito fin; pues los propios procesados en sus respectivas declaraciones señalan que dispararon a los agraviados al poner estos resistencia.” (R.N. N° 3055-2004-Loreto).

Sobre el particular, consideramos que lo más recomendable es establecer criterios de diferenciación en virtud a factores de relación inmediatez temporal (para el caso de estructuras típicas calificadas por el resultado: Robo agravado con subsecuente muerte) o sucesión temporal (para los casos de concurso de delitos: Homicidio Calificado) con la finalidad de no sobreponer o aplicar incorrectamente uno u otro tipo penal.

En cuanto a la relación de sucesión temporal, esto puede ocurrir en dos supuestos: primero, aquellos casos en los que medie una relación de conexidad medio-fin, conforme se aprecia en la sentencia antes citada (Exp. 375-1999-Piura)³⁷; y segundo, aquellos casos en los que no existe ningún supuesto de

³⁷ No obstante, la referida sentencia incurre en error al tipificar un presunto delito de robo, pues si la víctima ya había muerto y acto seguido el agente realiza los actos de apoderamiento, pues resulta imposible que el cadáver sea objeto de violencia o amenaza, por lo que la tipificación correcta es la de hurto.

conexión entre el primer y el segundo delito, sino un mero caso de sucesión temporal de varios delitos.

Cabe indicar que, si bien advertimos en nuestra jurisprudencia reiterados errores en cuanto a los criterios a utilizar para la correcta aplicación del tipo penal de homicidio calificado en relación al robo agravado con subsecuente muerte, ello no ocurre en el caso de robo agravado con subsecuentes lesiones, en los que la Corte Suprema disuelve cualquier conflicto interpretativo mediante el principio de especialidad, conforme se detalla a continuación:

“En aplicación del principio de especialidad, el injusto cometido en perjuicio del agraviado constituye robo agravado con subsecuente muerte y no homicidio calificado, por cuanto el agraviado sufrió lesiones en su integridad física a consecuencia del robo agravado del que fue víctima, por lo que la conducta del procesado se halla tipificada en el artículo 189º, inciso 8 del Código Penal modificado por el Decreto Legislativo N° 986” (R.N. N° 695-2000-Chincha- Ica, Sent., 22 may. 2000, S.P., en Taller de Dogmática Penal de la UNMSM, Jurisprudencia penal, Jurista, Lima,2005, p. 159).

Por lo expuesto, consideramos que el principio de especialidad no hace más que ratificar el factor de relación de inmediatez temporal -propio de los delitos cualificados por el resultado- propuesto en el presente trabajo de investigación, no obstante, para su correcta aplicación requiere necesariamente como paso previo discriminar los factores de relación entre uno u otro supuesto típico para posteriormente identificar cuál de los supuestos debe prevalecer sobre el otro.

4.3. Respecto al delito de violación sexual

En cuanto a los delitos de violación sexual y lesiones graves u homicidio, la jurisprudencia no ha tenido mayores inconvenientes a efectos de tipificar correctamente cuando se encuentran ante un delito cualificado por el resultado, un delito preterintencional o un concurso de delitos. Ello se debe a la propia tipificación ecléctica del artículo 173 del Código Penal, la cual nos permite establecer con mayor precisión cuando nos encontramos ante una estructura típica preterintencional o cualificada por el resultado, pues ambos supuestos se encuentran tipificados con las palabras “el agente pudo prever este resultado” o “si procedió con gran crueldad” respectivamente, así los demás supuestos de sucesión delictiva se resolverán con las reglas del concurso de delitos.

En cuanto a los supuestos en los que obra una relación de inmediatez entre la violación y el homicidio, la Corte Suprema no ha tenido mayores problemas para la correcta tipificación del delito de violación con subsecuente muerte, pudiéndose rescatar la aplicación criterios correctos desde hace más de tres décadas:

“Uno de los elementos para la configuración del delito de violación es que solo es posible la violación sobre la persona viva, dado que en caso contrario se configuraría un delito imposible. Llegando a la conclusión de que en el artículo 177 del Código Penal se acoge un supuesto de violación cualificada por el resultado muerte, que solo tendrá aplicación cuando la muerte de la víctima se produce durante el acto sexual o a consecuencia del mismo” (Ejecutoria suprema del 04/12/1980. Exp. N° 1115-90).

Al igual que en el caso de sucesión delictiva de robo y homicidio para ocultar otro delito, en los que no existe disparidad de criterios de aplicación, en los supuestos de violación sexual y homicidio se establece perfectamente la existencia de una sucesión delictiva que abarca dos momentos delictivos independientes, aplicándose las reglas del concurso real de delitos, no habiendo mayor complejidad en cuanto a su análisis y aplicación:

“Se presenta un concurso real de delitos, ya que se observa que existen dos momentos delictivos independientes uno del otro, en el que la violencia sexual es perpetrada en un primer momento, y en otro posterior el delito de homicidio pero vinculado este último al primer delito por el móvil de ocultar la violencia sexual precedente con la intención de procurar una impunidad, sin vacilar el agente en sacrificar la vida de su víctima con tal de desaparecer todo medio probatorio que pudiera contribuir a develar la autoría del primer ilícito; que, al anterior se suma el hecho que las víctimas, no obstante haber sido violadas sexualmente, fueron asesinadas con el empleo de una arma blanca, causando así deliberadamente su sufrimiento y dolor, por lo que se advierte que el agente ha actuado con gran crueldad, debiéndose adecuar su conducta delictiva dentro de los alcances de los incisos segundo y tercero del artículo 108 del Código Penal.” (R.N. N° 6407-1997, Caro Coria, p. 272).

4.4. Respecto al delito de robo agravado

En este caso, estamos frente a un supuesto de relación inmediata de robo y homicidio, por lo que la muerte debe ser producto de los actos de violencia o amenaza que se ejercen con la finalidad de obtener el apoderamiento ilegítimo de los bienes de la víctima. Al respecto, Galvez Villegas & Delgado Tovar (2011) afirman:

“En esta modalidad delictiva, la muerte de la víctima tiene como factor causal la violencia extrema empleada por el agente en la comisión del delito; de modo que el resultado que no tenga conexión con la conducta del agente y, propiamente, con la violencia ejercida para el apoderamiento de los bienes, no configura dicha agravante. En tal sentido, también se descartan para la configuración de esta agravante, los casos en que se mata a una persona por razones ajenas a la sustracción y apoderamiento de los bienes, y solo después de ello, el agente encuentra las condiciones para realizar tal apoderamiento y decide realizar el robo.” (p. 811)

En ese sentido, la Corte Suprema ha resuelto en dos casos similares lo siguiente:

“Las circunstancias resultantes en el delito de robo agravado con muerte subsecuente, otorga relevancia jurídico-penal al hecho punible, por la mayor peligrosidad que ella representa y por la relación entre la acción y el objeto materia de sustracción, toda vez que los sujetos activos actuando en concurso doblegaron la capacidad defensiva de la víctima, causándole la

muerte para efectos del apoderamiento ilegítimo de sus bienes, siendo así, se configura el tipo penal previsto en el artículo ciento ochentinueve último párrafo del Código Penal (...). Se aprecia que el robo fue un medio de vida para los encausados, quienes han actuado con frialdad y sin el menor respeto por vida humana, hechos que evidencian una gran peligrosidad por parte de estos; asimismo, cabe precisar que la conducta de los acusados se encuadra dentro de los presupuestos fácticos previstos en la última parte del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal vigente, modificado por el Decreto Legislativo N° 896, toda vez que como consecuencia del hecho se ha producido la muerte del agraviado; por lo tanto, es pertinente imponer a los justiciables el máximo de la pena prevista en el tipo penal de juzgamiento.” (R.N. N° 3737-2003-Lambayeque. Pérez Arroyo, p. 1071).

La muerte del agraviado en el delito de robo, que se produce como consecuencia conveniente o necesaria para la realización del apoderamiento ilícito, constituye delito de robo agravado por la muerte de la víctima, no delito de homicidio. (R.N. N° 1445-2003-San Martín, Data 40,000, G.J.).

Por lo expuesto en ambas jurisprudencias, tenemos que la comisión de esta modalidad agravante requiere una relación de inmediatez entre los actos típicos propios del robo y el resultado muerte, la misma que puede surgir de modo repentino o instantáneo en el curso de la acción cuando las circunstancias lo hagan necesario o conveniente, no siendo forzoso que la muerte de la víctima se encuentre desde un inicio en el plan de acción del imputado pues pueden presentarse circunstancias ajenas al plan delictivo que finalmente den lugar al

homicidio. En ese sentido, la Corte Suprema en otros casos de robo agravado seguido de muerte ha adoptado la siguiente postura:

“Debe estimarse la conducta como tentativa pues al ser sorprendido el agente en el interior de la habitación atacó a la víctima causándole lesiones mortales, quedando claro que del resultado de hechos probados no aparece consumado el delito imputado por causas ajenas a la voluntad del encausado; que, de otro lado, se colige de su comportamiento que la muerte del agraviado no se encontraba en el plan de acción del citado acusado, de modo que el dolo de homicidio es posterior pues el imputado se propuso la sustracción de bienes y al cometerlo se presentaron las circunstancias descritas ajenas al plan delictivo que diera lugar al homicidio.” (R.N. N° 304-2005-Cusco, Data 40,000, G.J.).

“(…) el D.Leg. 896 ha modificado estructuralmente a configuración del robo agravado, en relación al sistema primigenio contenido en el texto original del artículo 189º del Código Penal y sus modificaciones posteriores introducidas por las leyes 26319 y 26630; en tanto que la primera norma legal acotada ha introducido como circunstancia agravantes del delito de robo, la muerte de la víctima como consecuencia del atentado patrimonial, sancionándola con la severísima pena de cadena perpetua; el delito de robo con homicidio precisa de un dolo homicida, ya sea directo o eventual, con representación del mortal desenlace, sin exigirse la carga de subjetividad propia del dolo deliberado, con minuciosa y anticipada previsión del modus operandi en cuanto que eliminar una vida se ofrezca como necesaria o conveniente para la

realización del plan de apoderamiento, bastando a tal efecto con el surgido de modo repentino instantáneo, en el curso de la acción incidente, en principio sobre la propiedad ajena, ante imprevistos; en consecuencia, sólo se adscribe al subtipo penal el supuesto de que la muerte se produzca de modo episódico, es decir, como consecuencia del hecho según expresa el texto del precepto legal, quedando fuera el supuesto de que la muerte se produzca de manera preordenada, esto es, cuando la muerte de la víctima va encaminada a la consecución del apoderamiento lucrativo, caso en el cual nos encontramos frente a un homicidio calificado, en tanto que el homicidio se erige como delito medio para llegar al delito fin: el apoderamiento violento del bien mueble. (R.N. N° 2435-1999-Huánuco, Data 40,000, G.J.).

“Se ha configurado el delito de robo con subsecuente muerte, conducta que precisa la presencia de un dolo homicida, ya sea directo o eventual, con representación del mortal desenlace, sin exigirse la carga de subjetividad propia del dolo deliberado, con minuciosa y anticipada previsión del modus operandi en cuanto que eliminar una vida se ofrezca como necesaria o conveniente para la realización del plan de apoderamiento, bastando, a tal efecto, con el surgido de modo repentino, instantáneo, en el curso de la acción”. (Ejecutoria Suprema del 08/01/2001, R.N. N° 4025-2000-Cajamarca).

Cabe destacar que el artículo 189º último párrafo regula una estructura típica cualificada por el resultado, la misma que podría resolverse sin inconvenientes

con las reglas del concurso ideal de delitos, conclusión aceptada por la doctrina y que se encuentra recogida también en resoluciones de la Corte Superior:

“El hecho descrito ha sido calificado por el representante del Ministerio Público en los tipos penales contenidos en los artículos ciento ocho y ciento ochenta y nueve del Código Penal; que, en el primer tipo penal el bien jurídico tutelado es la vida que se pierde por ferocidad, lucro, placer, facilitar u ocultar otro delito, con gran crueldad o alevosía, por fuego o explosión, o en el cumplimiento de funciones públicas; y en el segundo tipo penal el bien protegido es la propiedad o posesión según la concepción que se maneje, pero además por tener carácter de un delito complejo o pluriofensivo, compromete otros bienes jurídicos como la vida, la libertad, integridad física, entre otros; como se puede apreciar existen dos tipos penales que tienen que ver con la conducta en análisis, como propia; no obstante es e advertir que en (el) caso subjúdice no es un hecho autónomo la muerte del agraviado, pues se hizo para perpetrar el robo mientras que el segundo tipo penal cubre la totalidad de los hechos en análisis, por lo que resulta aplicable el artículo 48 del Código Penal, más aún cuando la jurisprudencia nacional en el sentido que se ha dado la naturaleza de los hechos; es este último que debe ser tomado como la figura delictiva en análisis (sic); máxime si en el caso de autos el robo agravado como delito pluriofensivo no solo protege el patrimonio, sino también otros bienes, como en este caso, la vida.” (Incidente 2004-153-FL.360-Huaura)

Sobre este punto en particular, la Corte Suprema en alguna jurisprudencia incurre en errores dogmáticos, como son: (i) emplear el término preterintencionalidad en supuestos en los que no media una relación de proyección sino una mera relación de sucesión, (ii) afirmar que en la preterintencionalidad existen dos hechos independientes, y (iii) sostener que en la preterintencionalidad ocurre un concurso real de delitos. Lo expuesto se evidencia en la siguiente jurisprudencia vinculante:

“Quinto: (...) Cuando la violencia es ejercida con posterioridad a la consumación del robo y se cause la muerte de la víctima, la conducta del agresor habría quedado circunscrita a un resultado preterintencional o a un delito contra la vida, el cuerpo y la salud -homicidio doloso-, produciéndose aquí un concurso real de delitos, esto es, la presencia de dos ilícitos calificándolos cada uno de ellos como hechos independientes. Sin embargo, si la muerte la ocasionó el agente para facilitar la consumación del robo o para ocultar su realización o impedir su detención, tal acción homicida constituiría delito de asesinato. De lo que se colige, que si en un caso se propina un disparo mortal por la espalda al agraviado, ya no constituye un medio para lograr la apropiación del bien, sino un hecho punible independiente del robo agravado, puesto que éste ya se habría consumado, cometiendo en consecuencia el delito de homicidio agravado conforme al inciso segundo del artículo 108 del Código Penal y no robo agravado con subsecuente muerte.” (Sentencia vinculante R.N. N° 3932-2004-Amazonas, Data 40,000, G.J.).

A pesar de los errores dogmáticos antes indicados, la referida jurisprudencia sí resuelve correctamente el caso en particular al sostener que la conducta del agente tuvo lugar en dos momentos distintos dando lugar a un concurso real de delitos:

Noveno: Que, así las cosas, toca dilucidar la conducta que cada procesado ha desplegado para la perpetración del hecho; que, para el caso de Pedraza Alarcón ha surgido concurso real de delitos, puesto que el evento tuvo lugar en dos momentos: la ejecución del robo propiamente dicho con apoderamiento ilegítimo de la cosa y el segundo la muerte de la víctima; en efecto, en el presente caso, el delito de robo agravado quedó consumado desde el momento en que Ramos Sandoval y Pedraza Campos huyen con el botín, (...) de lo que se colige que al efectuar el disparo mortal por la espalda al agraviado, ya no constituye un medio para lograr la apropiación del bien, sino un hecho punible independiente del robo agravado, puesto que este ya se había consumado. cometiendo en consecuencia el delito de homicidio agravado conforme al inciso segundo del artículo ciento ocho del Código Penal y no robo agravado con subsecuente muerte. (Sentencia vinculante R.N. N° 3932-2004-Amazonas, Data 40,000, G.J.).

4.5. Los problemas interpretativos del Acuerdo Plenario N° 8-2008/CJ-116

El problema interpretativo entre el delito de robo agravado seguido de muerte y el asesinato para facilitar u ocultar otro delito trató de solucionarse a través del

Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116, en el V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias publicado el 08 de enero del 2010, siendo que en vez de resolverlo se acentuó más el problema, habiendo variado su criterio inicial contenido en una de las ejecutorias antes anotada (R.N. 2435-99-Huánuco), la cual según palabras de Galvez Villegas & Delgado Tovar (2011) era a todas luces más claro y político-criminalmente adecuado, pues, no desconocía la finalidad y exigencia político criminal que orientó la promulgación de la norma en cuestión (p. 817).

4.5.1 Postura adoptada en el Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116

Dicho acuerdo plenario sostiene de manera incongruente que en el tipo penal de robo agravado con subsecuente muerte (art. 189° del CP) la muerte generada por el agente del robo constituye un resultado preterintencional (acción dolosa y resultado imprudente subsecuente); mientras que en el tipo de asesinato para facilitar u ocultar otro delito (en este caso el delito de robo), se resolverá aplicando las reglas del concurso de delitos. No obstante, de seguir dicho criterio, se llegaría al absurdo de sancionar con una pena mayor a un supuesto preterintencional (cadena perpetua) que a uno íntegramente gobernado por el dolo (pena privativa de la libertad temporal). Lo expuesto se colige de los siguientes considerandos:

“7. El artículo 189° *in fine* CP prevé una circunstancia agravante de tercer grado para la figura delictiva del robo. Ésta se configura cuando el agente

como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia para facilitar el apoderamiento o para vencer la resistencia de quien se opone al apoderamiento, le ocasiona o le produce la muerte. Es obvio, en este caso, que el agente buscaba el desapoderamiento patrimonial de la víctima, pero como consecuencia del ejercicio de violencia contra ella –de los actos propios de violencia o *vis in corpore*- le causa la muerte, resultado que no quiso causar dolosamente pero que pudo prever y evitar. Se trata, pues, de un típico supuesto de homicidio preterintencional donde el resultado sólo se le puede atribuir al agente a título de culpa –la responsabilidad objetiva por el simple resultado es inadmisibles, está prohibida por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal-. El citado dispositivo regula, entonces, un caso de tipificación simultánea, dolosa y culposa, pero de una misma conducta expresamente descrita. Como se advierte en la doctrina especializada la preterintención es una figura compuesta en la que el resultado sobrepasa el dolo del sujeto. Así, el agente roba valiéndose del ejercicio de violencia física contra la víctima, esto es, infiere lesiones a una persona, quien fallece a consecuencia de la agresión, siempre que el agente hubiere podido prever este resultado (la muerte, en este caso, no fue fortuita) –es una situación de preterintencionalidad heterogénea- [...]. Como se puede inferir del ejemplo planteado, la conducta típica se articula sobre la base de dos elementos: el apoderamiento del bien mueble y la utilización de violencia en la persona, la cual en el presente caso produce la muerte de esta última.

8. Distinto es el caso del asesinato para facilitar u ocultar otro delito. Aquí el autor mata con el fin de conseguir un propósito ulterior. En el primer supuesto –para facilitar otro delito-, el asesinato implica una relación de medio-fin, en que el homicidio es el delito-medio cometido por el agente con el propósito de hacer posible la ejecución del delito-fin, siempre doloso; situación muy frecuente, por lo demás, en los delitos contra el patrimonio. Ahora bien, en el segundo supuesto –para ocultar otro delito-, el delito previamente cometido o el que está ejecutándose -el delito a ocultar puede ser doloso o culposo- es la causa del comportamiento homicida del agente. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el agente es sorprendido en el acto del robo y para evitar su captura, dispara contra su perseguidor o contra quien trata de impedir su fuga, que conduciría al descubrimiento o esclarecimiento de su delito [...]. En ambos supuestos, pues, el elemento subjetivo del tipo legal es determinante. En tal sentido, la referencia legal al mundo interno del agente, a la finalidad que persigue, es de tal relevancia que será suficiente para la consumación de la conducta típica que se compruebe la presencia de este factor. Por consiguiente, el agente, en la circunstancia o en el contexto situacional en que interviene ha de valorar la perpetración del homicidio como vía para garantizar su objetivo ligado siempre a otro delito.”

4.5.2 Críticas al Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116

Varios son los autores que han criticado con dureza el citado acuerdo plenario, siendo Galvez Villegas & Delgado Tovar (2011) los más atinados, quienes

manifiestan que adoptar tales criterios crearía un desorden punitivo conforme a los siguientes argumentos:

(i) Sostiene la existencia de una incongruencia penológica pues si aplicamos el concurso de delitos entre un homicidio simple (06 a 20 años de pena privativa de la libertad) y un hurto simple (01 a 03 años de pena privativa de la libertad), la pena mínima a imponer podría ser 07 años, y en caso de hurto agravado (03 a 06 años de pena privativa de la libertad), la pena mínima a imponer sería 09 años; hecho que genera una total incongruencia penológica pues nuestra normativa aplica para tales hechos cadena perpetua.

(ii) Similar supuesto ocurre en el caso de concurso real entre asesinato (15 a 35 años de pena privativa de la libertad) y hurto simple (01 a 03 años de pena privativa de la libertad) o agravado (03 a 06 años de pena privativa de la libertad) en los que la pena mínima seguiría siendo 16 o 18 años respectivamente.

(iii) Solo podrá darse el caso de un concurso real entre asesinato y robo agravado, cuando se trate de una pluralidad de agentes y la violencia contra la víctima la ejerzan más de uno, y es uno de ellos el que causa la muerte de la víctima. La sumatoria mínima de penas haría un total de 27 años (15 del asesinato y 12 del robo agravado) o 35 años (15 del asesinato y 20 por el robo agravado), esta última al tratarse de una pena temporal, igualmente, es menos grave que la pena de cadena perpetua, con la que se conmina al delito de robo con muerte subsecuente.

(iv) Atenerse al criterio de la preterintencionalidad en el robo con subsecuente muerte, caeríamos en el absurdo de sancionar un delito preterintencional (mucho menos grave) con una pena mucho mayor que la que corresponde a un delito gobernado por el dolo directo o eventual (el que es en realidad mucho más grave). (p. 820-824).

4.6 Toma de posición

La jurisprudencia viene aplicando los delitos preterintencionales sin mayor inconveniente debido a que en estos casos el legislador establece de manera expresa la cláusula “el agente pudo prever el resultado”, lo cual facilita considerablemente su interpretación. Por el contrario, para el caso de los delitos cualificados por el resultado, el legislador utiliza formulas impersonales, tales como “si se produce”, “si se causa”, “si resulta”, entre otras, situación que no ha permitido al órgano jurisdiccional establecer con certeza si el resultado ulterior es doloso, imprudente o si cabe utilizar ambos supuestos.

En cuanto al delito de asesinato para facilitar otro delito (conexidad medio-fin) se evidencia que existe conflicto respecto al delito de robo agravado con consecuencia muerte debido a que la jurisprudencia no establece criterios de diferenciación en virtud a factores de sucesión e inmediatez temporal respectivamente.

Respecto al delito de violación sexual seguido de muerte no existe mayores inconvenientes en discriminar los supuestos preterintencionales de los cualificados por el resultado pues el legislador ha establecido expresamente las cláusulas “el agente pudo prever este resultado” o “si procedió con gran

crueledad” respectivamente, siendo inviable un margen de error por parte del órgano jurisdiccional. Adicionalmente, consideramos que para la jurisprudencia no reviste mayor preocupación diferenciar dichos supuestos pues ambos contienen la misma sanción punitiva de cadena perpetua.

El problema principal se ha venido dando en el delito de robo agravado pues es precisamente su formulación impersonal “se produce la muerte” la que genera posiciones abiertamente opuestas en cuanto a si estamos frente a un supuesto preterintencional o cualificado por el resultado. Al respecto, debemos indicar que al no haberse indicado expresamente en el tipo penal la muerte imprudente de la víctima, ni mucho menos haber utilizado de manera expresa la cláusula “el agente pudo prever el resultado”, somos partidarios que no estamos ante un delito preterintencional. Empero, consideramos que estamos frente a un delito cualificado por el resultado o combinación dolo-dolo pues el supuesto típico sólo podrá ejecutarse en caso medie una relación de inmediación entre los actos de violencia o amenaza (producto del desarrollo típico del robo) y la muerte de la víctima que debe apreciarse como necesaria o conveniente (resultado ulterior).

Asimismo, no se aprecia la existencia de una relación de progresión delictiva en el cual el sujeto provoca un resultado más grave del que mentalmente se proyectaba, sino todo lo contrario, el autor como consecuencia de los actos de violencia o amenaza aprecia como necesario o conveniente el resultado más grave. Por estas consideraciones, además de las críticas de Galvez Villegas & Delgado Tovar (2011) expuestas en el apartado anterior, no compartimos la posición adoptada en el Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116.

CAPÍTULO V LAS REGLAS GENERALES DEL CONCURSO IDEAL DE DELITOS

5.1 Consideraciones generales

Conforme a lo señalado en el apartado 3.4, a partir del Código Penal de 1924, nuestro legislador empezó a incorporar estructuras típicas preterintencionales – a la par que continuó con la tipificación de delitos cualificadas por el resultado-, las cuales, si bien a primera vista, son típicamente innecesarias puesto que podían satisfacerse con las reglas del concurso ideal, tienen la ventaja que permiten establecer una pena básica superior, lo cual no era posible con la aplicación del concurso de delitos pues su consecuencia jurídica residía en la aplicación del principio de absorción en cuanto se imponía la pena correspondiente al delito más grave quedando impune el delito menos grave.

Desde entonces, ante la realización de una conducta que constituya dos o más delitos, primero se debía verificar si existe previsión expresa a estructuras típicas compuestas y, segundo, en caso la conducta no se adecue en uno de estos supuestos, recién cabría resolver el caso mediante las reglas del concurso ideal.

En efecto, tal como lo sostiene Martos Núñez (2012) para el caso de delitos preterintencionales, tal calificación jurídico-penal puede ser resuelta por el Código Penal en abstracto a través de dos caminos:

“a) Tipificar figuras complejas de delito doloso y delito culposo. Esta solución tiene el inconveniente de provocar un exceso de casuística, pues habrá que

prever expresamente cualquier contingencia culposa que pueda relacionarse con un número, a deducir positivamente, de delitos dolosos.

b) Confiar el problema al juego de las reglas normales sobre concurso de delitos, fórmula que nos parece la más adecuada pues a la postre, se trata de un concurso de delitos que no tiene otra peculiaridad que la de formarse entre un delito doloso y otro culposo, hecho que no reviste por sí mismo consecuencias especiales.” (p. 61-62)

Debido a que los delitos cualificados devienen en supuestos típicos específicos de concurso ideal, éstos se aplican de manera preferente sobre las reglas generales del concurso ideal de delitos.

Respecto a la técnica legislativa de los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado, éstos fueron analizados al detalle en el capítulo III del presente trabajo de investigación, por lo que en este capítulo sólo analizaremos la técnica legislativa del concurso de delitos. Para tal efecto, empezaremos con la problemática del concepto unidad de hecho para que -acto seguido- analicemos el concurso auténtico de delitos y su tratamiento penal.

5.2 La unidad de hecho

Nuestro Código Penal utiliza el término “hecho” o “hecho punible” para referirse a una conducta merecedora de pena. Así, previo a abordar el concurso de delitos, es necesario dilucidar el problema de cuándo concurre «un hecho» y cuándo «varios hechos».

Para tal efecto, se ha propuesto diversos criterios para determinar la unidad de hecho o conducta, debiéndose descartar el criterio natural (basado en el número de movimientos fisiológicos) para dar paso al criterio jurídico (basado en un factor final y otro normativo). Respecto al criterio jurídico-normativo, Zaffaroni, Aliaga, & Slokar (2006) afirman que: “Los movimientos que siguen un plan común (factor final) necesitan ser abarcados por un sentido unitario a los efectos de la prohibición (factor normativo), que sólo puede dársele el tipo penal” (p. 672).

Respecto a la terminología, Mir Puig (2016) sostiene que: “«unidad de hecho» tiene ventaja, sobre la de «unidad de acción», que permite vincularla a la unidad típica sin desconocer que el tipo describe a menudo varias «acciones»: toda unidad típica supondrá unidad de hecho, aunque implique en ciertos casos pluralidad de actos típicos” (p. 668).

5.3 Supuestos de concurso auténtico de delitos

En la legislación nacional, el concurso de delitos se ubica en el capítulo correspondiente a la aplicación de la pena, comprendido en la parte general del código sustantivo, el cual regula el concurso ideal (artículo 48), concurso real (artículo 50) y concurso real retrospectivo (artículo 51). En el concurso de delitos, un mismo sujeto realiza una conducta que constituye dos o más delitos (concurso ideal) o varias conductas que constituyen otros tantos delitos

(concurso real), siempre que ninguno haya sido cometido después de haber recaído condena por alguno de ellos (concurso real retrospectivo).

Para los efectos del presente trabajo de investigación sólo es menester analizar el concurso ideal de delitos.

5.4 El Concurso Ideal de delitos

En el concurso ideal la misma conducta penalmente relevante realiza varios tipos penales, ósea, un mismo hecho constituye dos o más delitos. Partiendo de su concepto, tenemos como elementos: (i) unidad de conducta, y (ii) pluralidad de delitos.

Respecto a sus formas de manifestación, García Caveró (2007) sostiene que puede presentarse una identidad completa (en la que los diversos tipos penales concurren plenamente en la misma acción), identidad parcial (en la que puede darse hasta la fase de agotamiento de un delito) e identidad por vinculación (en caso de dos acciones independientes que se vinculan mediante una tercera acción) (p. 852-853). Los casos de identidad parcial y por vinculación son discutidos en la doctrina, pues podríamos estar ante supuestos de sucesión delictiva.

5.4.1 Antecedentes y evolución legislativa

Nuestro primer antecedente de concurso ideal se encuentra en el Código Penal de 1924, el cual estableció lo siguiente:

“Artículo 105º.- Cuando varias disposiciones penales sean aplicables al mismo hecho, se reprimirá éste con una de ellas, y en caso de diferencia, con la que se establezca la pena más grave.

Las penas accesorias y las medidas de seguridad podrán ser aplicadas aunque no estén previstas más que en una de esas disposiciones”

Posteriormente, el Código Penal de 1991 reguló de manera similar el concurso ideal, cuyo tenor fue el siguiente:

“Artículo 48º.- Concurso ideal de delitos

Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá con la que establezca la pena más grave.

Las penas accesorias y medidas de seguridad podrán ser aplicadas aunque sólo estén previstas en una de esas disposiciones.”

Dicho artículo 48º del Código Penal fue modificado por el Artículo 3 de la Ley N° 28726, publicado el 09 mayo 2006, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 48º.- Concurso ideal de delitos

Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años.” (Subrayado agregado)

5.4.2 Clasificación

Será homogéneo cuando se realizan las exigencias del mismo tipo delictivo o heterogéneo cuando se realizan las exigencias de dos o más tipos delictivos.

Sobre la clasificación del concurso ideal, Velásquez V. (2009) indica:

“El auténtico concurso ideal supone, pues, una acción en sentido ontológico-normativo y la realización de una pluralidad de conductas típicas, por lo que debe ser heterogéneo.

No obstante, también puede presentarse una segunda modalidad de concurso ideal que es la homogénea, esto es, cuando una acción encaja varias veces en el mismo tipo penal; o, para expresarlo de otra forma, si con una misma acción son lesionados varios objetos de hecho homogéneos e independientes”

5.4.3 Requisitos

El concurso ideal requiere prácticamente de dos elementos esenciales: unidad de acción y lesión de varias leyes penales (realización simultánea de varios tipos penales en un solo acto). La acción única demanda haber realizado dos o más tipos penales, quedando fuera de este supuesto los casos de concurso aparente de leyes, excluidos por cuestiones de especialidad, subsidiariedad o consunción. Por tanto, la realización de dos o más tipos penales presupone que éstos no se excluyan entre sí.

Al respecto, Velásquez V. (2009) plantea las siguientes exigencias o requisitos del concurso ideal: (i) La unidad de acción (el comportamiento realizado por el agente supone la dirección final de la voluntad hacia el logro de uno o varios resultados), (ii) La doble o múltiple valoración de la ley penal (la acción debe

encajar en dos o más tipos penales diferentes o en el mismo tipo penal de manera repetida), (iii) La identidad del sujeto activo (no es concebible mediar una pluralidad de agentes, sin perjuicio que varias personas puedan realizar en consuno un concurso ideal), y (iv) La unidad o pluralidad de sujetos pasivos (en caso de concurso heterogéneo puede afectarse los intereses jurídicos de una o varias personas; en cambio, en el homogéneo se afecta el mismo bien jurídico de manera reiterada requiriéndose siempre pluralidad de sujetos pasivos). (p. 1012-1014)

5.4.4 Tratamiento punitivo

Hasta el año 2006 la consecuencia jurídica prevista para este tipo de concurso no era coherente con una perspectiva retribucionista, puesto que su tratamiento descansaba bajo el principio de absorción cuya pena menor era absorbida por la pena más grave, transgiriéndose evidentemente el principio de proporcionalidad. En cuanto al principio de absorción, Gracia Martín, Boldova Pasamar & Alastuey Dobón (2004) sostienen: “La absorción significa que la pena correspondiente al concurso queda limitada al marco de la pena de la infracción más grave, que absorbe a las demás (poena maior absorbet minorem)”. (p. 276)

En cuanto a los aspectos positivos y negativos de la aplicación del principio de absorción, Sanz Morán et al. (2016) sostiene:

“De conformidad con el principio de absorción, basta con la pena del delito más grave para hacer justicia a todos los que concurren. A favor de este principio hay que reconocer, ante todo, la simplicidad de su aplicación. Por otra parte, carece este sistema sancionador de los inconvenientes de la acumulación en orden a adaptar la pena a la personalidad del delincuente con miras a su resocialización, pero a costa de perder de vista la correlación entre pena y delito, lo que contradice no sólo la retribución por el hecho, sino incluso la prevención general (...), la comisión de un delito grave sería así una “carta blanca” para la ejecución de otros delitos sancionados con pena menor.” (p. 19)

No obstante, ese no era el único problema dogmático, pues concurría otro más, por ejemplo, en los supuestos que el delito con la pena más grave tuviera a su vez la pena mínima menos grave. En estos casos, la pluralidad de lesiones no puede tener un efecto beneficiante del autor, así García Caveró (2007) sostiene: “el principio de combinación produce el llamado efecto oclusivo, según el cual el marco penal mínimo debe corresponderse con el marco penal mínimo más grave” (p. 856), y Bacigalupo (1997) afirma que: “debe asignarse al mínimo más alto una función de clausura, según la cual el autor no puede ser sancionado a una pena menos grave que la que le hubiera correspondido si hubiera violado sólo una ley (la del mínimo más alto).” (p. 435)

Actualmente, el tratamiento punitivo aplica el principio de exasperación o asperación consistente en la agravación del delito más grave. En cuanto a este principio, Oliver Calderon (2003) sostiene que es una regla de determinación de

penas de los concursos de delitos propia del sistema de acumulación jurídica, que conduce a la imposición de una sanción más severa que la correspondiente al delito más grave, pero inferior a la suma de las penas de todos los cometidos. Concretamente, con dicha denominación se alude al mecanismo consistente en agravar la sanción asignada a la figura más grave, por ejemplo, imponiendo la pena superior en un grado.

Al respecto, Sanz Morán et al. (2016) define el principio de exasperación de la siguiente manera:

“Según el principio de asperación o exasperación, se averigua para cada infracción su pena correspondiente, tomando la más severa de ellas y elevándola por encima del límite superior de su marco penal propio. Es importante subrayar la diferencia entre elevación de la pena más severa en que se incurrió, por encima de su marco penal propio, que corresponde al principio que aquí estudiamos, y la imposición de la pena más severa dentro del marco penal de la más grave de aquellas en que se incurrió, situación en la que nos movemos aun dentro del ámbito de la absorción. Estamos ante un criterio muy extendido en el derecho comparado en tanto respuesta sancionadora para el concurso real de delitos, al que se reconoce, como ventaja fundamental, que evita las indeseadas consecuencias de la acumulación, satisfaciendo al mismo tiempo las necesidades preventivo-generales, incluso en los casos más extremos.” (p. 20)

Sobre el particular, Hurtado Pozo & Prado Saldarriaga (2011) afirman que el artículo 48 que regula el concurso de delitos se basaba en el principio de la

absorción, según el cual la pena más severa impuesta sirve al mismo tiempo de castigo por las otras infracciones más leves que se han cometido (poena major absorbe minorem), siendo que el juez -en el momento de individualizar la pena- debía tener en cuenta las otras leyes en concurso para escoger la que prevé la pena más severa. Sin embargo, esta situación ha cambiado según la modificación operada por la Ley N° 28726, del 09 de mayo de 2006. El nuevo texto establece que la pena “podrá incrementarse hasta en una cuarta parte, sin que pueda extenderse a treinta y cinco años”. Esto se justificaría, en la medida en que una sola de las disposiciones en conflicto no cubre toda la realidad del acto cometido. (pp. 211-212).

Adicionalmente, es de verse que el tenor actual de la normativa del concurso ideal no hace referencia a la posibilidad de aplicar las penas accesorias y medidas de seguridad de los tipos penales absorbidos como sí lo hacía el Código Penal de 1924. Sobre el particular, García Caveró (2007) sostiene:

“(...) esta posibilidad de aplicación se mantiene intacta, pues se corresponde con el sentido propio del concurso de delitos. Por consiguiente, puede decirse que en nuestro sistema penal el concurso de consecuencias jurídicas se soluciona mediante el principio de asperación de las penas y una combinación de consecuencias jurídicas del delito.” (p. 855)

En conclusión, el tratamiento punitivo del concurso ideal de delitos se basa en la aplicación del principio de asperación, pero no hace mención a las penas accesorias y medidas de seguridad establecidas en los tipos penales

absorbidos por el tipo penal más grave, por lo que corresponderá a la doctrina penal y sobre todo a la jurisprudencia nacional llenar este vacío de la norma.

5.5 Los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado como supuestos típicos específicos del concurso ideal de delitos

Los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado responden a una estructura conformada por un tipo base doloso y una consecuencia ulterior más grave imprudente o dolosa respectivamente, siendo que esta última goza de estricta independencia jurídica y no constituye un elemento accidental del tipo base. De este modo, no cabe duda que ambas estructuras típicas compuestas constituyen casos específicos de concurso ideal de delitos conformados por una acción y dos delitos en los que media una relación de progresión o inmediatez.

En cuanto a sus consecuencias jurídicas, tenemos que en su mayoría son superiores a las que rigen las reglas de la técnica concursal, esto apremia su calificación como supuestos agravados o cualificados de concurso ideal. En ese sentido, Cardenal Murillo (1989) indica:

“En los casos de delitos cualificados por el resultado podría hablarse, como en la creación de ciertos tipos compuestos (por ejemplo, robo con violencia en las personas; aunque en este caso la agravación de la penalidad se debe a un especial componente culpabilístico: el autor, movido por intereses crematísticos, ha llegado a emplear violencia o intimidación), de un «concurso ideal tipificado y cualificado»”. (p. 611)

No obstante, cabría preguntarse ¿cuál fue la necesidad de tipificar estos supuestos agravados de concurso ideal? La respuesta es sencilla. Debido que hasta el año 2006 adoptamos el principio de absorción como consecuencia jurídica del concurso ideal de delitos, esto conllevaba la irremediable impunidad del delito menos grave cometido, por lo que no era viable resolver el supuesto preterintencional o cualificado por el resultado aplicando las reglas del concurso de delitos pues daría lugar a una grave e innegable insuficiencia punitiva pues siempre resultará una penalidad excesivamente benigna e injusta.

CAPÍTULO VI: LAS ESTRUCTURAS TÍPICAS COMPUESTAS Y LA VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL

6.1 El Estado Social y Democrático de Derecho Constitucional como fundamento del *ius Puniendi* y sus límites

El derecho a castigar se puede fundar en distintas concepciones políticas de cada Estado y nace como un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad que sólo debe emplearse contra ataques muy graves de esos valores y en una forma controlada y limitada por imperio de la ley y -sobre todo- de la Constitución. En ese sentido, Jakobs (1997) señala que: “El Derecho penal se legitima formalmente mediante la aprobación conforme a la Constitución de las leyes penales. La legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado”. (p. 44)

No obstante, el aumento de la criminalidad ha ido de la mano con el aumento de la dureza en la represión punitiva, que parece volver a los tiempos de una política penal autoritaria de donde parecía se habría salido ya definitivamente, lo cual ha generado una excesiva intromisión del poder punitivo del Estado en el ámbito de los derechos individuales más sagrados.

A tal efecto se hace necesario abordar los componentes del Estado Social y Democrático de Derecho Constitucional, a fin de identificar sus límites ante una

eventual afectación a los derechos fundamentales de los ciudadanos, así Mir Puig (2016) sostiene:

“Los tres componentes de dicha fórmula servirán de base a los distintos límites que a nuestro juicio deben respetar el legislador y los demás órganos encargados de ejercer la función punitiva.

El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del principio de legalidad. La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica varios límites que giran en torno a la exigencia de la necesidad social de la intervención penal. Por último, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de dignidad humana, igualdad y participación al ciudadano.” (p. 114)

Por lo expuesto, consideramos que el legislador no posee una discrecionalidad absoluta en la configuración de las leyes en general por lo que no puede primar su buena voluntad o sentido protector sobre los principios legitimadores que rigen un Estado Social y Democrático de Derecho Constitucional como el nuestro. En ese sentido, lo cierto es que el legislador goza de discrecionalidad relativa para establecer tanto las conductas que pueden resultar punibles como los límites máximos o mínimos de la pena; por lo cual -independientemente de la posición dogmática a adoptar- siempre debemos respetar las garantías

materiales contenidas en los principios de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, lesividad, entre otros bienes constitucionales, los mismos que constituyen el fundamento y límite del poder punitivo del Estado³⁸.

En ese sentido, Villavicencio Terreros (2006) sostiene:

“Creemos que a partir de las atribuciones funcionales del Estado se pueden estudiar **límites a su poder penal**: principios de necesidad, exclusiva tutela de bienes jurídicos, protección de Derechos Humanos (Derecho Penal garantista), etc. El Estado ya no tiene un poder absoluto, como antes lo tuvo, sino que al ejercer su poder punitivo lo hace de acuerdo a determinados límites que lo rigen. Estos límites se expresan en forma de principios, la mayoría de los cuales, tienen nivel constitucional. Por tanto, el Estado cuando promulga y aplica determinadas normas penales, tiene que mantenerse dentro del marco de estos principios garantistas.” (p. 88)

El estado es el encargado de generar un marco normativo acorde a su rol de tutela de derechos, pues su función entre otras consiste en proteger a los ciudadanos; pero así mismo se precisa que dicha función debe estar enmarcada dentro de los estándares constitucionales, sobre todo al momento de establecer supuestos normativos penales, respetando a cabalidad los principios

³⁸ En la *sentencia recaída en el Expediente 0012-2006-AI/TC*, el Tribunal Constitucional estableció en el fundamento 16 lo siguiente: “En efecto, si bien ha sido común entender que el Legislador penal, en función al contexto social y dentro de la política criminal del Estado, gozaba de la más absoluta discrecionalidad para establecer qué conductas debían resultar punibles, cuáles debían ser las penas que correspondían a estas conductas, cuales podían ser las circunstancias agravantes o cuáles las atenuantes de las conductas penalizadas, entre otros aspectos, hoy en día, debido a la fuerza vinculante de la Constitución, el Legislador ve disminuida su discrecionalidad debido a la consagración constitucional de garantías tales como el principio de legalidad penal, el principio de igualdad, el principio de lesividad o el ya mencionado principio de proporcionalidad”.

constitucionales de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, lesividad, entre otros bienes constitucionales.

A continuación, analizaremos la incompatibilidad de los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado con los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad de las penas (consagrados en los artículos II, VII y VIII del Título Preliminar del Código Penal, respectivamente), haciendo mayor énfasis en aquellos principios que son materia del problema del presente trabajo de investigación.

6.2 Primer antecedente: La afectación al Principio de Culpabilidad

De acuerdo al principio de culpabilidad, sólo es admisible atribuir responsabilidad penal al agente que haya obrado con dolo o imprudencia, no siendo viable imponer ningún tipo de sanción en supuestos de caso fortuito, así se elimina todo rezago de la responsabilidad objetiva por el mero resultado.

Cabe destacar que la proscripción de la responsabilidad objetiva por el mero resultado o proceso causal es también una consecuencia de la función motivadora de la norma penal, que sólo puede motivar a los ciudadanos para que se abstengan de realizar acciones que puedan producir resultados previsibles y evitables.

Lo expuesto se encuentra previsto en nuestro Código Penal (Título Preliminar, artículo VII “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”), reconocido por el máximo

intérprete de nuestra constitución³⁹ y aceptado de manera unánime por la doctrina, por lo que -al día de hoy- resulta muy difícil que se transgreda este principio.

No obstante, el hecho que la consecuencia jurídica en los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado ostenten un agravación sancionatoria, en su mayoría exageradas y sin justificación razonable, parecería que se imputa al agente la mera causación de la consecuencia ulterior más grave, independientemente a si actúo con culpa, con lo que se incurriría en una inadmisibile responsabilidad objetiva por el resultado. Por su parte, Cardenal Murillo (1989) reconoce que en estos casos las penas asignadas por el legislador resultan del todo excesivas, lo que, en ocasiones, podrá dar lugar a dudas sobre si el principio de culpabilidad, aunque no infringido, quedaría plenamente realizado (p. 597). En el mismo sentido, Martos Núñez (2012) sostiene que: “(...) es discutible su compatibilidad con el principio de culpabilidad, puesto que la combinación penal resulta agravada de suerte que excede notablemente a la pura culpabilidad imprudente.” (p. 23)

Al respecto, Luzón Peña (1995) afirma que con la exigencia de al menos imprudencia respecto del resultado cualificante y el rechazo de que sea fortuito,

³⁹ En la *sentencia recaída en el Expediente 0014-2006-AI/TC*, el Tribunal Constitucional (siguiendo a Bacigalupo, Enrique: *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 2002) estableció en el fundamento 26 lo siguiente: “En términos generales puede decirse (...) que de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de una pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuridicidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del Derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del autor (exigibilidad). Asimismo, en el momento de la individualización de la pena, el principio de culpabilidad exige que la sanción sea proporcionada al hecho cometido.”

por lo menos se respeta ya la exigencia básica del principio de responsabilidad subjetiva (tradicionalmente llamado «principio de culpabilidad»): la de que no hay pena sin dolo ni imprudencia, ni por tato pura responsabilidad por el resultado. Pero de todos modos sigue sin respetarse plenamente el principio de responsabilidad subjetiva, por no cumplirse una segunda exigencia del mismo, la de “proporcionalidad” entre la pena y el grado de desvalor subjetivo de la acción, pues se castiga como lesión dolosa -o más- la que es solamente imprudente. (p. 166)

Por lo expuesto, tenemos que el principio de responsabilidad subjetiva ostenta como segunda exigencia que la proporcionalidad de la pena debe ir de la mano con el grado de desvalor subjetivo de la acción, así podemos afirmar que la culpabilidad del autor por el hecho determinará la medida misma de la pena. En cuanto a ambas estructuras típicas complejas, la determinación legal de la pena y la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva, Jaén Vallejo (2002) afirma que: “la compatibilidad de estos delitos con el principio de culpabilidad no sólo depende de que el resultado mayor haya sido causado, al menos, por culpa, sino que también es esencial el incremento de pena.” (pág. 43)

En conclusión, consideramos que los delitos cualificados por el resultado afectarían el principio de culpabilidad, no sólo cuando se impute autor el ulterior resultado más grave haya ocurrido de manera fortuita (no haya sido previsible para éste), sino también cuando el incremento de pena no se encuentre acorde con el grado de desvalor subjetivo de la acción. En cuanto a esta última

exigencia se hará un mejor desarrollo en el principio de proporcionalidad de la pena.

6.3 Respecto al supuesto de hecho: La afectación al principio de legalidad

La utilización de estructuras típicas preterintencionales o cualificadas por el resultado posee varios problemas de aplicación, los cuales devienen a consecuencia que no existe regulación expresa de ambas estructuras típicas en la parte general del Código Penal, generándose posiciones dogmáticas y jurisprudenciales incompatibles con el principio de legalidad y proporcionalidad.

6.3.1 Análisis de la exigencia “lex certa” del principio de legalidad

La exigencia “lex certa” o mandato de determinación o taxatividad, como aspecto fundamental del principio de legalidad penal, constituye un mandato dirigido exclusivamente al legislador penal, quien tiene el deber de redactar con la mejor precisión posible la conducta delictiva, no existiendo posibilidad alguna de atribuir dicha función al operador judicial. Asimismo, se pretende evitar que las leyes penales incluyan términos absolutamente confusos o indeterminados, los mismos que permitirían un amplio campo de discrecionalidad, así como un indeterminado margen de apreciación, al operador judicial, lo cual es reprochable pues la discrecionalidad -muchas veces- deviene en “arbitrariedad”⁴⁰.

⁴⁰ Para una mejor ilustración ver Polar Cadillo (2008).

En este caso, el problema radica en que no se permite al operador jurídico distinguir pacíficamente los supuestos calificados por el resultado de aquellos preterintencionales en los tipos que se muestran a través de una formulación impersonal (“cuando resultara”, “se produzca”, “se cause”, “si por efecto”, “se ocasione”, entre muchas otras). Ello ha generado demasiada controversia entre los juristas y órganos jurisdiccionales quienes ante una estructura típica cualificada por el resultado argumentan estar frente a un supuesto preterintencional o paralelamente en ambos supuestos.

Lo expuesto no hace más que afirmar que el legislador peruano no ha cumplido con su deber de descripción del delito, esto es, caracterizar en forma mínima los delitos cualificados por el resultado a efectos de establecer diferencias claras con los delitos preterintencionales. Sobre el particular, Muñoz Conde & García Arán (2007) señala: “Una técnica legislativa correcta debe huir tanto de los conceptos excesivamente vagos en los que no es posible establecer una interpretación segura, como de las enumeraciones excesivamente casuísticas que no permiten abarcar todos los matices de la realidad.” (p. 104)

Por tanto, se observa que la principal problemática de los delitos cualificados por el resultado está dirigido a la tipicidad subjetiva del delito ulterior más grave, por lo que -ante la ausencia de reglas de aplicación para el caso de estos delitos compuestos en la parte general del Código Penal- consideramos que cabe utilizar los mismos principios generales aplicados para el delito base inicial.

En efecto, el legislador no prevé en cuanto al resultado más grave si éste se ocasiona de manera dolosa o imprudente, pero atendiendo al sistema “numerus

clausus” (artículo 12, segundo párrafo: “El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley”), la regla será que todo resultado ulterior más grave deba imputarse a título de dolo, salvo que el legislador haya incluido en su redacción la palabra “culpa”⁴¹ o -al menos- un elemento de ésta, como lo es la previsibilidad con la frase “el agente pudo prever este resultado” (tal como ocurre para el caso de los delitos preterintencionales).

Sobre el particular, Martos Núñez (2012) trata el tema del delito de robo con homicidio en el Código Penal español derogado, el mismo que antes de la reforma de 1983 preveía que si con motivo u ocasión de robo “resultare homicidio”, refiriendo que tal redacción no sólo llevaba consigo una afectación al principio de proporcionalidad o igualdad, sino también el mandato de certeza, por lo que se sustituyó por dos delitos claramente diferenciados, estableciéndose expresamente si “se causare homicidio doloso” o “culposo”. (p. 59)

Consecuentemente, los delitos cualificados por el resultado no le permiten al operador jurídico cumplir a cabalidad con su deber de delimitar claramente las conductas prohibidas⁴², siendo la mejor solución prescindir de éstos a efectos que sean resueltos mediante la aplicación de las reglas del concurso de delitos.

En ese sentido, Ambos (2006) indica: “Con razón el legislador sueco estableció

⁴¹ En ese sentido Mir Puig (2016; p. 312).

⁴² En la *sentencia recaída en el Expediente 0010-2002-AI/TC*, el Tribunal Constitucional estableció en el fundamento 45 lo siguiente: “El principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley. Esto es lo que se conoce como el mandato de determinación, que prohíbe la promulgación de leyes penales indeterminadas, y constituye una exigencia expresa en nuestro texto constitucional al requerir el literal “d” del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución que la tipificación previa de la ilicitud penal sea “*expresa e inequívoca*” (*Lex certa*)”.

la derogación de los delitos cualificados por el resultado, entre otros motivos, para la consecución de una mayor claridad y sencillez de las disposiciones legales.” (p. 29)

Para finalizar, debemos advertir que la ley penal debe ser certera, dada con toda la precisión posible a fin de evitar conjeturas o interpretaciones incorrectas, así su redacción debe ser eficaz a efectos que el ciudadano entienda cuales son los actos permitidos y cuales no, sin dejar dudas o inadecuadas interpretaciones a ningun operador jurídico, mucho menos autoridad.

6.3.2 Problemas de aplicación de ambas estructuras típicas compuestas

La utilización de estructuras típicas preterintencionales o cualificadas por el resultado posee varios problemas de aplicación los cuales devienen a consecuencia que: (i) no existe regulación expresa de ambas estructuras típicas en la parte general del Código Penal, (ii) existen posiciones dogmáticas contradictorias respecto a su aplicación y/o interpretación, y (iii) la jurisprudencia ha establecido reglas de interpretación incompatibles con el principio de legalidad y proporcionalidad.

El primer problema de aplicación es sencillo de explicar, a diferencia de los Códigos Penales de Alemania, Italia, Bolivia, Colombia, Brasil, Ecuador y Uruguay⁴³, nuestro Código Penal no regula expresamente en la parte general ningún criterio de interpretación que facilite la correcta aplicación de las

⁴³ Véase apartado 3.5.

estructuras típicas preterintencionales o calificadas por el resultado; esta situación problematiza su correcto estudio y aplicación.

Respecto al segundo y tercer problema de aplicación, tenemos que la descripción típica de los delitos cualificados por el resultado es controvertida por decir lo menos debido a la existencia de diversas posturas dogmáticas y jurisprudencia vinculante que no tienen punto de encuentro⁴⁴.

El problema central radica en el tipo subjetivo del segundo resultado lesivo debido a que se omite cualquier pauta o indicación que nos permita aclarar el mismo, así mientras para algún sector de la doctrina estamos frente a un *delito preterintencional* cuyo segundo resultado es imprudente, para otros estamos frente a un *delito cualificado por el resultado* cuyo segundo resultado es doloso, y -finalmente- para algunos estamos en ambos supuestos⁴⁵.

6.3.3 La ausencia de referencia expresa en cuanto al tipo subjetivo de los delitos cualificados por el resultado

Resulta necesario precisar que a diferencia de la modalidad preterintencional en las que sí existe referencia expresa a la previsibilidad del agente⁴⁶, en los delitos cualificados por el resultado sólo se hace referencia expresa a la voluntad del agente en dos (02) supuestos⁴⁷, siendo que en los casos restantes

⁴⁴ Véase apartado 6.2.

⁴⁵ Es menester indicar que en virtud al Artículo VII del Título Preliminar de Código Penal no basta el mero resultado objetivo para atribuir responsabilidad al autor siendo necesario que el sujeto realice la conducta mediante dolo o imprudencia, quedando así proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

⁴⁶ A modo de ejemplo, en los artículos 115º, 116º y 121º del Código Penal se indica expresamente la frase “*el agente pudo prever este resultado*”.

⁴⁷ En los artículos 173º A y 177º del Código Penal se indica expresamente “si procedió con gran crueldad”.

no se hace referencia alguna respecto a los elementos cognitivo ni volitivo del dolo. Esto ocurre en todos los supuestos típicos en los que nuestro legislador penal utiliza los términos “se causa”, “durante”, “como consecuencia”, “se produce”, “a consecuencia”, “si resulta” o “si por efecto” de la comisión del hecho delictivo ocasiona la lesión o muerte de la víctima, pues no existe referencia expresa respecto al conocimiento, intención, propósito, evitabilidad o previsibilidad de dicho segundo resultado lesivo.

Sin embargo, estimamos que no se vulnera la exigencia *lex certa* (mandato de taxatividad) del principio de legalidad penal si aplicamos correctamente los criterios de la parte general del Código Penal, puesto que un análisis sencillo de las concordancias del artículo VII del Título Preliminar y el artículo 12º de la Parte General del Código Penal nos permitirán identificar con precisión ante cual de ambas estructuras típicas compuestas nos encontramos. Al respecto, García Caveró (2007) afirma que:

“Para finalizar quisiéramos hacer mención a un problema interpretativo que se presentará con seguridad en la aplicación de las reglas establecidas por nuestro Código penal respecto a los delitos cualificados por el resultado. El artículo 12 del Código penal exige que en los delitos culposos el tipo penal de la parte especial establezca de manera expresa la punición culposa, de manera que si no se establece nada, se entenderá que el delito es imputable solamente a título de dolo. Ocurre que muchos delitos cualificados por el resultado no mencionan la posibilidad de previsión del resultado más grave

(artículo 305 segunda parte del Código Penal, por ejemplo), lo que debería llevar a la conclusión de que se trata de una combinación dolo-dolo.” (p. 577)

Por tanto, aquellas estructuras típicas que no hagan referencia expresa a la punición culposa, no pueden ser consideradas preterintencionales, caso contrario, serían objetables por infringir el principio de legalidad al contravenir el artículo 12 de la parte general del Código Penal que adopta un sistema *numerus clausus* para los delitos imprudentes. En tal sentido, adoptar una posición al margen de ello infringiría la prohibición de crear delitos indeterminados, pues no permitiría conocer con exactitud lo que es materia de prohibición, ni efectuar una interpretación cierta y despejada de dudas, afectando la seguridad jurídica.

No obstante, el referido criterio de interpretación si bien obedece a la regulación de la parte general del Código Penal, no es aceptado pacíficamente por los juristas ni la jurisprudencia nacional, conforme advertimos en los siguientes acápites. De lo expuesto, concluimos que la evidente afectación al principio de legalidad en cuanto la norma resulta ambigua, por lo que es necesario establecer explícitamente en la parte general una regla que indique que sólo estaremos ante un supuesto preterintencional en aquellos casos que se utilice la expresión “y el agente pudo prever este resultado”.

Cabe indicar que la fórmula empleada en la parte general de otros códigos penales tampoco resulta la mejor solución, pues la expresión «al menos por culpa» sólo permite admitir estructuras típicas dolo-dolo en los delitos cualificados por el resultado o dolo-culpa en los delitos preterintencionales, más no permite diferenciar uno de otro, mucho menos establecer penas acordes a

los principios de culpabilidad, proporcionalidad e igualdad. Por tanto, continuaríamos con la misma laguna legal y sin dar solución al problema advertido. Algo similar ocurre con la expresión «el resultado más grave», pues ello acarrearía forzosamente la aceptación de dos resultados, el segundo más grave que el primero, siendo ello no siempre será así, pues podría darse en caso del delito de robo seguido de muerte, más no en el caso de violación sexual seguido de lesiones. En tal caso, consideramos que sería mejor utilizar la expresión “el resultado ulterior” o “una consecuencia especial del hecho” conforme lo hace el Código Penal alemán, sobre todo en los supuestos preterintencionales en los que para un sector de la doctrina sólo cabe imputar un único resultado.

6.3.4 Posiciones dogmáticas contradictorias respecto a la tipicidad subjetiva del resultado ulterior

Lo expuesto en el párrafo anterior ha generado gran controversia entre los propios juristas y órganos jurisdiccionales quienes -ante una misma estructura típica cualificada por el resultado- argumentan estar frente a un supuesto preterintencional o paralelamente en ambos supuestos, equiparándose así la misma pena para un resultado impudente o doloso.

Esta situación se aprecia en el análisis de varios artículos del Código Penal, a modo de ejemplo abordemos el artículo 189º in fine que tipifica el delito de robo agravado con muerte subsecuente:

(i) Por una parte, Peña Cabrera Freyra (2012) asume que el resultado muerte debe imputarse a título de culpa e indica:

“...habremos de fijar esta agravante conforme una imputación subjetiva a título de culpa, lo que pretendemos decir es que la muerte no puede estar abarcada por el dolo del agente, en el sentido de que se haya preordenado a eliminar una vida humana. (...) debe quedar claro, que la producción del resultado más grave (muerte del sujeto pasivo de la acción típica), ha de ser consecuencia de la violencia ejercida por el autor en el decurso de su intención de apoderarse de sus bienes muebles, quien no es consciente de que la magnitud de dicha fuerza, puede provocar la muerte de su víctima, o que incide en determinar que el deceso del sujeto pasivo, ha de atribuirse a título de culpa y no de dolo, de presentarse esta última hipótesis, la tipicidad penal habrá de ser reconducida a aquellos delitos que atentan contra la vida humana”.

Cabe agregar que esta es la posición asumida en buena parte por los fundamentos jurídicos 7 y 8 del Acuerdo Plenario N° 03-2009/CJ⁴⁸.

(ii) En sentido distinto, Galvez Villegas & Delgado Tovar (2011) asumen que el resultado muerte debe imputarse a título de dolo y sostienen:

“...en ningún caso debe aplicarse este tipo penal agravado, cuando la muerte se produce como un resultado preterintencional, como equivocadamente lo sostiene cierta doctrina y el Acuerdo Plenario Vinculante de la Corte

⁴⁸ Véase Apartado 4.5.

Suprema; puesto que en los resultados preterintencionales la imputación de homicidio es a título de culpa, y un resultado culposo jamás puede sancionarse con la máxima pena de nuestro sistema jurídico penal (cadena perpetua). Obviamente habrá que determinar adecuadamente cuándo el riesgo creado así como el comportamiento de los agentes es suficiente para configurar dolo eventual, en cuyo caso ya no estaremos ante un supuesto preterintencional, sino ante uno doloso”. (Pág. 255-256E)

(iii) Una posición ecléctica, es la de Ramiro Salinas Siccha (2010) quien refiere:

“Según la redacción de la circunstancia agravante se entiende que el resultado final de muerte puede ser consecuencia de un acto doloso o culposo. Asimismo, para estar ante la agravante, el agente no debe haber planificado la muerte de su víctima, esta debe producirse por los actos propios del uso de la violencia o amenaza en el acto mismo de la sustracción”. (Pág. 744-747)

Sobre el particular, cabe destacar que dichos problemas interpretativos se encontrarían ausentes de aplicarse las reglas del concurso de delitos, tal como lo indica Fidel Rojas Vargas (2013) para el caso del delito de robo con consecuencia de muerte de la víctima:

“De la numerosa gama de ilícitos patrimoniales regulados por el Código Penal peruano vigente destacan, por su intenso nivel de injusto y extremado *quantum* punitivo, los de robo y extorsión agravados por la producción de muerte y lesiones graves. Previsiones de tipicidad compleja introducidas

mediante el Decreto Legislativo N° 896 (25/05/1998), el cual, en este punto, agregó a los artículos 189 y 200 sendos y últimos párrafos conminando con pena de cadena perpetua, de acontecer la muerte de la víctima (robo) o rehén (extorsión).

Hasta antes de la dación del decreto en referencia, de producirse situaciones de muerte o lesiones graves en el *iter* del robo (simple o agravados) se generaba un cuadro de tipicidades penales múltiples abordado a nivel de concurso entre delitos patrimoniales y contra la da el cuerpo y la salud, vale decir, eran aplicables tipos penales diversos al supuesto de hecho delictivo presentado, en concordancia con lo dispuesto, además, por el último párrafo del artículo 189 del diseño original del Código Penal de 1991 que a la letra indicaba “en los casos de concurso con delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, la pena se aplica sin perjuicio de otra más grave que pudiera corresponder a cada caso”. En lenguaje más sencillo, si el sujeto activo del delito de robo mediante los actos de violencia generaba la muerte de la víctima le era imputable el artículo 188 o 189 (robo simple o agravados) como también el artículo 106 o 111 (homicidio simple o culposo) según las circunstancias del caso, dejando al análisis puntual la posibilidad de configuración de homicidio agravado. Era de ese modo competencia del juez precisar y delimitar el dolo o la culpa observables en el agente en relación a la muerte o lesiones graves producidas a la víctima.

Si bien el legislador penal peruano ha optado por abordar conjuntamente la sustracción-apoderamiento de bienes muebles y la muerte-lesiones graves,

en los límites normativos del robo agravado, distanciándose del diseño de 1991, no ha tenido en cambio el cuidado de efectuar algunas de las varias acotaciones que se hallan por ejemplo en el artículo 251 del Código Penal alemán (cuando por el robo el autor cause negligentemente la muerte de otro), artículos 474 y 475 del Código Penal belga (si las violencias o las amenazas ejercidas sin intención de ocasionar la muerte, no obstante la causan), artículo 306 numeral 4 del Código Penal portugués (si cualquiera de los autores causare la muerte de otras personas con grave negligencia). Acotaciones que, de haberlas recogido nuestros legisladores, hubieran posibilitado otorgarle al robo con producción (o consecuencia) de muerte un perfil típico propio diferenciado, y que en gran modo habrían legitimado su uso técnico normativo, evitándole al intérprete la serie de dificultades hoy observadas con el modelo que registra nuestro Código Penal luego de la reforma de 1998.” (p. 325-326)

6.3.5 Posición asumida por la jurisprudencia en el Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116

La jurisprudencia viene aplicando los delitos preterintencionales sin mayor inconveniente debido a que en estos casos el legislador establece de manera expresa la cláusula “el agente pudo prever el resultado”, lo cual facilita considerablemente su interpretación. Por el contrario, para el caso de los delitos cualificados por el resultado, el legislador utiliza formulas impersonales, tales como “si se produce”, “si se causa”, “si resulta”, entre otras, situación que no ha

permitido al órgano jurisdiccional establecer con certeza si el resultado ulterior es doloso, imprudente o si cabe utilizar ambos supuestos.

El problema principal se ha venido dando en el delito de robo agravado pues es precisamente su formulación impersonal “se produce la muerte” la que genera posiciones abiertamente opuestas en cuanto a si estamos frente a un supuesto preterintencional o cualificado por el resultado. Al respecto, debemos indicar que al no haberse indicado expresamente en el tipo penal la muerte imprudente de la víctima, ni mucho menos haber utilizado de manera expresa la cláusula “el agente pudo prever el resultado”, somos partidarios que no estamos ante un delito preterintencional. Empero, consideramos que estamos frente a un delito cualificado por el resultado o combinación dolo-dolo pues el supuesto típico sólo podrá ejecutarse en caso medie una relación de inmediación entre los actos de violencia o amenaza (producto del desarrollo típico del robo) y la muerte de la víctima que debe apreciarse como necesaria o conveniente (resultado ulterior).

Asimismo, consideramos que en dicho supuesto no se aprecia la existencia de una relación de progresión delictiva -propia de los delitos preterintencionales- en el cual el sujeto provoca un resultado más grave del que mentalmente se proyectaba, sino todo lo contrario, el autor como consecuencia de los actos de violencia o amenaza aprecia como necesario o conveniente el resultado más grave.

Por estas consideraciones, no coincidimos con la posición adoptada en el Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116⁴⁹, pues el mismo sostiene de manera incongruente que en el tipo penal de robo agravado con subsecuente muerte (art. 189° del CP), la muerte generada por el agente del robo constituye un resultado preterintencional (acción dolosa y resultado imprudente subsecuente); mientras que en el tipo de asesinato para facilitar u ocultar otro delito (en este caso el delito de robo), se resolverá aplicando las reglas del concurso de delitos. No obstante, de seguir dicho criterio, se llegaría al absurdo de sancionar con una pena mayor a un supuesto preterintencional (cadena perpetua) que a uno íntegramente gobernado por el dolo (pena privativa de la libertad temporal).

Finalmente, debemos indicar que la posición jurisprudencial antes citada representa una afectación flagrante al principio de legalidad pues genera un problema interpretativo mucho mayor, al poder clasificarse como delito preterintencional a todas aquellos supuestos típicos en los que el legislador utilice formulas impersonales, tales como “si se produce”, “si se causa”, “si resulta”, entre otras. De ser así, tal interpretación nos lleva al absurdo de pensar que el Código Penal peruano no tipifica delitos cualificados por el resultado o combinaciones dolo-dolo, sino únicamente delitos preterintencionales o combinaciones dolo-culpa.

⁴⁹ Ver apartado 4.5.

6.4 Respecto a la consecuencia jurídica: La afectación al principio de proporcionalidad

Los delitos cualificados por el resultado previstos en nuestro Código Penal en su mayoría contienen penas considerablemente desproporcionadas y mucho mayores a las que corresponderían mediante la aplicación del concurso ideal. En efecto, si valoramos por separado el delito inicial y el delito ulterior, y establecemos una relación concursal entre ellos, o incluso si sumamos sus penas, podemos obtener consecuencias jurídicas disímiles y en su mayoría manifiestamente inferiores a la señalada en los delitos cualificados por el resultado, situación que advierte no sólo la ausencia de correspondencia valorativa entre el injusto del hecho y la culpabilidad del autor, sino una manifiesta incoherencia penológica.

Asimismo, se observan situaciones en las que el legislador ha establecido la misma consecuencia jurídica tanto a supuestos preterintencionales como cualificados por el resultado, situación que compromete, por decir lo menos, el presente principio. A continuación, analizaremos cada una de estas situaciones.

6.4.1 La prohibición de exceso en los marcos penales

La doctrina mayoritaria suele emplear una estructura argumentativa que se conoce como el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso, en virtud al cual el legislador -para los efectos de tipificar el supuesto de hecho y determinar su pena abstracta- deberá cumplir con los siguientes requisitos:

(i) El subprincipio de idoneidad, en virtud del cual solo puede justificarse una medida a la luz de determinado fin si ésta en efecto contribuye a su consecución, pero no si resulta indiferente o incluso contraproducente de cara a la realización del fin propuesto.

(ii) El subprincipio de necesidad, por su parte, se quiere poner freno a la tendencia de emplear los medios más contundentes, más invasivos, para alcanzar los objetivos legislativos de un modo pretendidamente más eficaz.

(iii) El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, al exigir que la libertad que se protege con la intervención del legislador no resulte inferior a la que se sacrifica.

En cuanto a este último subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, Lopera Mesa (2005) sostiene que:

“(…) consiste en una ponderación en la que toman parte, por un lado, los principios iusfundamentales afectados por la definición de la conducta prohibida y de su correspondiente pena y, por otro, los principios que ordenan la protección de aquellos bienes jurídicos que respaldan la intervención legislativa.”

Respecto al primer punto (ponderación de la conducta y su correspondiente pena), se analiza que el grado de afectación al bien jurídico protegido debe ir de la mano con la sanción penal a imponerse, esto es, se compara la gravedad del delito y la gravedad de la pena. En ese sentido, Velásquez V. (2009) sostiene: “Lo anterior, supone que el uso de la intensidad de la sanción deben

estar limitados de acuerdo a la gravedad del hecho reprimible cometido y/o de los riesgos objetivos o subjetivos de comisión de una infracción futura.”

Por tanto, tenemos que este principio opera tanto respecto a la pena abstracta determinada por el legislador como en la pena concreta fijada por el órgano jurisdiccional. Así, el legislador está obligado a señalar una sanción que se corresponda a la gravedad del injusto cometido, acorde con desvalor de acción y con el desvalor de resultado, por ello debe tenerse en cuenta el elemento subjetivo del desvalor de acción atendiendo a si el obrar del agente es doloso, culposo o preterintencional.

En ese orden, cabe precisar que los delitos cualificados por el resultado no son más que supuestos típicos específicos de concurso ideal, por consiguiente, la consecuencia jurídica no debe ser superior a la suma de las penas de los delitos que la integran. De lo contrario, la pena podría considerarse inconstitucional por contravenir principios legitimadores del poder penal, así Ambos (2006) indica: “En todo caso, la pena prevista para los delitos cualificados por el resultado no podrá ser considerada absolutamente inconstitucional sino parcialmente, en atención al tratamiento desigual respecto a las reglas de solución del concurso”. (p.24)

A modo ejemplo, consideramos que en el delito de robo con muerte subsecuente, el homicidio fue producto de los actos propios de la violencia ejercida para lograr la sustracción, por lo que si media una relación de inmediación nos encontraríamos ante un supuesto de combinación dolo-dolo. Dejamos claro que dicha postura es contradictoria al Acuerdo Plenario N° 3-

2008/CJ-116, con la cual no concordamos. Así las cosas, si el legislador establece una sanción superior a la suma de las penas de ambos tipos penales integran el robo agravado (robo y homicidio) debido a un presunto “mayor desvalor”, tal decisión debería ser coherente y aplicarse del mismo modo para los demás delitos, situación que daría lugar, por ejemplo, a la tipificación del delito de usurpación con subsecuente muerte, pues los actos de violencia o amenaza del delito dirigidos contra la persona -a criterio del legislador- establecen un mayor desvalor de la acción que merecen ser incorporados como supuestos específicos y agravados.

Por consiguiente, ateniendo al principio de proporcionalidad, nos queda claro que los delitos cualificados por el resultado no deberían tener penas superiores a la suma de las penas de los delitos integran por separado puesto que estaríamos ante penas desproporcionadas cuyo parametros deben ser fijados por las reglas del concurso de delitos. Sobre esto podemos observar que el Código Penal español sí regula el concurso de delitos en ese sentido⁵⁰.

Por lo expuesto, la compatibilidad de estos delitos con el principio de culpabilidad no sólo depende de que el resultado mayor haya sido causado, al menos, por culpa, sino que también es esencial proporcionalidad del incremento de pena. Mir Puig (2016), sostiene:

⁵⁰ En el caso de España se han previsto límites en la aplicación de la pena para el caso del concurso de delitos. Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. “Art. 71. (...) Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán los delitos por separado”. Ley Orgánica Nº 10/1995, 23 de noviembre, del Código Penal. “Art. 77.3. “Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado”.

“El principio de culpabilidad no basta, entendido en justos términos, para asegurar la necesaria proporcionalidad, entre delito y pena. Aquel principio sólo exige que pueda «culpase» al sujeto de la lesión por la que se le castiga, lo cual requiere sólo ciertas condiciones que permitan imputarle la lesión (como suya, como dolosa o imprudente, y como producto de una motivación normal). Nada dice esto de la gravedad de la lesión ni, por tanto, de que deba ajustarse a ésta a cuantía de la pena.” (p. 139)

En ese sentido, Cardenal Murillo (1989) indica: “(..) de hallarse algún supuesto con una pena asignada superior a la que correspondería de aplicar el principio de proporcionalidad del sistema, habría que reajustar el marco penal en la medida en que se estimase necesario (...)” (p. 597)

Respecto al mínimo legal a imponerse en los delitos cualificados por el resultado, Martos Núñez (2012) sostiene que

“(...) el límite mínimo del marco penal en esta clase de delitos no podrá ser inferior al límite mínimo más severo de los marcos penales establecidos para los injustos de los delitos que configuran el delito cualificado. De modo más concreto, en el Derecho positivo español, en tanto no se modifique la regulación actual del concurso ideal, el límite mínimo de la pena en el delito cualificado podrá estar determinado por el límite mínimo del grado máximo de la pena señalada al delito más grave (siempre que este supere el mínimo del delito menos grave).” (p. 165)

Lo expuesto es evidente pues los marcos penales a aplicar suelen ostentar penas visiblemente extendidas (situación que es común en nuestro código sustantivo), generando en ocasiones incertidumbre respecto a cual de los ilícitos cometidos es el más grave, pudiendo ser el que tiene una pena inferior más severa o el que tiene la pena superior más elevada. Ahora bien si bien podríamos elegir la sanción más grave atendiendo al criterio de favorabilidad utilizado en el caso de conflicto de leyes penales en el tiempo, pero la mejor solución será establecer en la propia ley penal límites de clausura a efectos de no comprometer el principio de proporcionalidad de las penas.

Respecto al máximo legal a imponerse en los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado, Martos Núñez (2012) sostiene que sí cabe imponer en el primer supuesto una pena superior a la que correspondería a la regla del concurso pues es partidario de la teoría del injusto adicional, mientras que en el segundo supuesto, considera que no debería excederse de dicho margen; conforme se indica a continuación:

“Finalmente, el límite superior del marco penal del delito cualificado debe establecerse atendiendo, no sólo a la circunstancia de que se trata de un concurso ideal, sino también de que concurre un «injusto adicional», en tanto que la causación imprudente del resultado ulterior puede ser valorada por el legislador como merecedora de un juicio de desvalor más grave que la causación de ese mismo resultado en condiciones normales. En virtud de lo cual el legislador puede estimar aplicable a este tipo de injusto imprudente un marco penal más severo que el previsto ordinariamente, aunque siempre

inferior al que correspondería a ese mismo resultado buscado de propósito. De ahí que el límite superior del marco penal del delito cualificado no puede alcanzar (ni tampoco, con mayor razón, superar) el marco penal que resulte de apreciar un concurso ideal entre el delito base y la producción también dolosa del resultado ulterior, según postula CARDENAL MURILLO.” (p. 166)

6.4.2 La ausencia de coherencia penológica en cuanto a las penas abstractas (márgenes máximos) de ambas estructuras típicas compuestas

Actualmente, se evidencia la inexistencia de una regla clara o precisa en cuanto a la consecuencia jurídica prevista en los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado deviniendo tres (03) consecuencias jurídicas totalmente distintas una de la otra.

(i) El legislador establece una pena abstracta menor a la que correspondería a la suma de penas por la comisión de ambos delitos. Por ejemplo: En el caso del delito preterintencional de aborto consentido seguido de muerte previsto en el artículo 115º segundo párrafo del Código Penal que establece “*Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de dos ni mayor de cinco años*”. En este caso, la primera conducta dolosa se encuentra tipificada en el artículo 115º primer párrafo cuya sanción es “*no menor de uno ni mayor de cuatro años*”, y el resultado imprudente se encuentra tipificado en el artículo 111º primer párrafo cuya sanción es “*no mayor de dos años*”. Por tanto, la suma del máximo legal de ambos tipos penales es seis (06) años, sin embargo, la pena abstracta

establecida en el artículo 115º segundo párrafo establece un máximo legal de sólo cinco (05) años, esto es, menor a la que correspondería a la suma de penas por ambos delitos.

Pero dicha situación se agrava aún más en el delito de aborto agravado por la cualificación del sujeto activo previsto en el artículo 117º pues establece la misma pena abstracta que la correspondiente al artículo 115º, a pesar que el resultado lesivo se encuentra tipificado en el artículo 111º segundo párrafo con una sanción superior “no menor de un año ni mayor de cuatro años”. Por tanto, la suma del máximo legal de ambos tipos penales es ocho (08) años, sin embargo, la pena abstracta establecida en el artículo 117º establece un máximo legal de sólo cinco (05) años, esto es, menor a la que correspondería a la suma de penas por ambos delitos.

(ii) El legislador establece una pena igual a la que correspondería a la suma de penas por la comisión de ambos delitos. Por ejemplo: El caso del delito cualificado por el resultado de secuestro en el que se cause lesiones leves previsto en el artículo 152º segundo párrafo numeral 10 del Código Penal que establece “*La pena será no menor de Treinta años cuando: (...) 10. Se cause lesiones leves al agraviado*”. En este caso, la primera conducta dolosa se encuentra tipificada en el artículo 152º primer párrafo cuya sanción es “*no menor de veinte ni mayor de treinta años*”, y el resultado doloso se encuentra tipificado en el artículo 122º primer párrafo cuya sanción es “*no menor de dos ni mayor de cinco años*”. Por tanto, la suma del máximo legal previsto en ambos tipos penales es treinta y cinco (35) años, la cual corresponde al máximo legal previsto en el delito inicial materia de ejemplo.

(iii) El legislador establece una valoración especial a consecuencia del segundo resultado (lesiones o muerte), siendo que la pena a aplicar resulta ser mayor a la que correspondería a la suma de penas por la comisión de ambos delitos. Este es el caso más frecuente de nuestro Código Penal, por ejemplo, el delito preterintencional de lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar seguida de muerte previsto en el artículo 121° B segundo párrafo establece: *“Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente puso prever ese resultado, la pena será no menor de quince ni mayor de veinte años”*.

En este caso, la primera conducta dolosa se encuentra tipificada en el artículo 121° B primer párrafo cuya sanción es *“no menor de seis ni mayor de doce años”*, y el resultado imprudente se encuentra tipificado en el artículo 111° primer párrafo cuya sanción es *“no mayor de dos años”*. Por tanto, la suma del máximo legal previsto en ambos tipos penales es catorce (14) años, sin embargo, la pena abstracta establecida en el artículo 121° B segundo párrafo establece un máximo legal de veinte (20) años, esto es, una sanción superior a la que correspondería a la suma de penas por ambos delitos.

6.4.3 La ausencia de coherencia penológica en cuanto a las penas abstractas (márgenes mínimos) de ambas estructuras típicas compuestas

En cuanto al mínimo legal de la pena abstracta de ambas estructuras típicas compuestas, ésta no debe ser inferior al límite mínimo más severo de los marcos penales establecidos ni superior a la suma de los extremos mínimos de la que

correspondiere a la suma de los delitos que la integran. En ese sentido, nuestro legislador ha establecido los siguientes márgenes:

(i) El legislador establece una pena igual a la que correspondería a la suma de las penas por la comisión de ambos delitos. Por ejemplo: En el caso del delito preterintencional de aborto no consentido seguido de muerte previsto en el artículo 116º segundo párrafo del Código Penal que establece “*Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años*”. En este caso, la primera conducta dolosa se encuentra tipificada en el artículo 116º primer párrafo cuya sanción es “*no menor de tres ni mayor de cinco años*”, y el resultado imprudente se encuentra tipificado en el artículo 111º primer párrafo cuya sanción es “*no mayor de dos años*”. Por tanto, la suma del mínimo legal de ambos tipos penales es cinco (05) años, la cual corresponde al mínimo legal establecido en el artículo 116º segundo párrafo.

(ii) El legislador establece una valoración especial a consecuencia del segundo resultado (lesiones o muerte), siendo que la pena a aplicar resulta ser mayor a la que correspondería a la suma de penas por la comisión de ambos delitos. Este es el caso más frecuente de nuestro Código Penal, por ejemplo, el delito preterintencional de lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar seguida de muerte previsto en el artículo 121º B segundo párrafo establece la sanción “*Cuando la víctima muere a consecuencia de la lesión y el agente pudo prever ese resultado, la pena será no menor de quince ni mayor de veinte años*”.

En este caso, la primera conducta dolosa se encuentra tipificada en el artículo 121º B primer párrafo cuya sanción es “*no menor de seis ni mayor de doce años*”, y el resultado imprudente se encuentra tipificado en el artículo 111º primer párrafo cuya sanción es “*no mayor de dos años*”. Por tanto, la suma del mínimo legal previsto en ambos tipos penales es seis (06) años y dos días, sin embargo, la pena abstracta establecida en el artículo 121º B segundo párrafo establece un mínimo legal de quince (15) años, esto es, una sanción mayor a la que correspondería a la adición de penas por ambos delitos.

6.4.4 La exigencia de igualdad o justicia: Supuestos eclécticos

Esta exigencia se ve transgredida en aquellos delitos complejos en los que la producción imprudente del resultado ulterior se sanciona igual que su realización dolosa, supuesto que ocurre en los tipos penales de violación sexual previstos en los artículos 173-A (*Violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave*) y 177º Primer párrafo (*Formas agravadas*) del Código Penal⁵¹.

En ambos tipos penales, el legislador tipifica las dos estructuras típicas correspondientes a los delitos preterintencionales (combinación dolo-imprudencia) y cualificados por el resultado (combinación dolo-dolo), con la siguiente redacción: “*el agente pudo prever este resultado o si procedió con gran crueldad*”, pero no hace distinción alguna en cuanto a la consecuencia

⁵¹ Véase apartado 3.6.5

jurídica, estableciendo la misma sanción en ambos casos. Al respecto, consideramos que la exigencia de establecer una sanción menor para la culpa respecto al dolo no requiere mayor ilustración.

Al respecto, Boldova Pasamar (1994) manifiesta la necesidad de discernir proporcionalmente uno y otro supuesto e indica lo siguiente:

“Ciertamente no puede desaprovecharse su existencia positiva -además de que estamos obligados por el principio de conservación de las normas- para no aplicarla en los delitos cualificados por el resultado cuando el ulterior resultado es culposo, si, por las razones que sean, es preciso incluir en la estructura del delito calificado por el resultado la combinación dolo-dolo, pero también en las figuras cualificadas o agravadas por un resultado más grave para atenuar la pena de todos los supuestos en que se castigue por un resultado más grave culposo. La razón de ello se encuentra en ambos casos en la necesidad de discernir proporcionalmente en la pena la realización dolosa y la culposa del (mismo) resultado que califica o cualifica la infracción, dado que, en principio, se le atribuye la misma.” (p. 76-77)

Lo expuesto contraviene no sólo el principio de igualdad, sino también los principios de culpabilidad y proporcionalidad, puesto que se sanciona la conducta imprudente con la misma pena que la correspondiente a un supuesto doloso. Sobre el particular, Ambos (2006) indica: “(...) la inconstitucionalidad de las disposiciones para la individualización de la pena sólo se produce en casos extremos, cuando la pena parece “sencillamente inadecuada” en relación con la gravedad del tipo y la culpabilidad del autor.” (p.23)

Al respecto, existe un antecedente en el derogado Código Penal español en relación al delito de robo con homicidio, el cual sancionaba con la misma pena tanto los casos de un ulterior resultado doloso como imprudente, el cual fue posteriormente modificado por dos tipos diferenciados, como bien lo describe Martos Núñez (2012):

“En cambio, en la reforma del CP de 25-6-83 se sustituyó la antigua figura de robo con homicidio del artículo 501.1º (anterior CP), que como tipo cualificado por el resultado castigaba con reclusión mayor tanto si había dolo como si no en el **homicidio**, por dos tipos diferenciados, de robo con homicidio doloso castigado por el art. 501.1º (anterior CP) con reclusión mayor, y robo con homicidio culposo penado con prisión mayor en el 501.4º (anterior CP). Ello ciertamente supone sendas cualificaciones del tipo genérico de robo violento que superan las penas que resultarían por el concurso ideal -lo que es un rasgo propio de los cualificados por el resultado-. Sin embargo, el tratamiento diferenciado no sólo rechaza la posibilidad de equiparación en pena entre la causación dolosa y la imprudente que admiten muchos cualificados por el resultado, sino que también es opuesto a la situación de otros que únicamente admiten la causación imprudente del resultado (p. ej., el aborto con resultado de muerte), pero que, dada su elevada pena en el anterior CP (reclusión menor en el ejemplo), sólo producen una mínima diferencia penológica con la mayor sanción del concurso ideal entre el tipo base y la causación dolosa del resultado (reclusión menor en grado máximo en caso de aborto con homicidio doloso), mientras que en el artículo 501 del anterior

CP hay una gran diferencia entre la causación dolosa y la imprudencia de la muerte.” (p. 59)

Podemos apreciar que el autor analiza la vulneración de este principio más allá del establecimiento de penas iguales para un resultado doloso o imprudente, concibiéndose un trato desigual aquellos casos en que se tipifique un delito preterintencional (combinación dolo-culpa) con una pena mayor que el concurso ideal, pero no se haga lo mismo respecto a la combinación dolo-dolo, situaciones que podrían generar también una pena similar, igual o superior para el resultado imprudente que el resultado doloso, tal como ocurre en el delito de robo con consecuencia muerte⁵².

6.4.5 La determinación de las mismas penas abstractas para ambas estructuras típicas compuestas

Por lo expuesto, mostramos dos situaciones palpables de nuestro Código Penal en los que se afecta el principio de proporcionalidad: la primera cuando se establece la misma pena abstracta tanto para supuestos preterintencionales como cualificados por el resultado, y la segunda cuando el delito preterintencional ostenta una pena superior a aquellos gobernados íntegramente por el dolo.

(i) La misma pena abstracta tanto para supuestos típicos preterintencionales o cualificados por el resultado, puesto que se

⁵² Sobre este punto nos remitimos la explicación brindada en el apartado 5.5 del presente trabajo de investigación.

equiparán ambas conductas cuando es más que evidente que el tipo subjetivo en cuanto al segundo resultado es distinto y más grave que en el segundo caso.

Este supuesto se encuentra presente en las figuras de violación sexual previstas en los artículos 173-A (*Violación sexual de menor de edad seguida de muerte o lesión grave*) y 177º Primer párrafo (*Formas agravadas de violación sexual*) del Código Penal, en las que el legislador establece taxativamente las dos (02) estructuras típicas correspondientes a los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado en un mismo párrafo, fijando ambos supuestos con la siguiente redacción “*el agente pudo prever este resultado o si procedió con gran crueldad*” y estableciendo la misma pena abstracta en ambos casos.

Realizando una interpretación integral y sistemática del Código Penal podemos inferir que en todos aquellos supuestos típicos en los que el legislador utilice la frase “el agente pudo prever este resultado” estaremos frente a un segundo resultado imprudente propio de los delitos preterintencionales. Por otra parte, cuando el legislador utilice la frase “procedió con gran crueldad” estaremos frente a un segundo resultado doloso propio de los delitos cualificados por el resultado.

(ii) Una pena abstracta superior para el supuesto típico preterintencional que aquel gobernado íntegramente por el dolo.

Sobre el particular, la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 03-2009/CJ-116 ha establecido: “7°. El artículo 189º in fine CP prevé una circunstancia

agravante de tercer grado para la figura delictiva del robo. (...) El citado dispositivo regula, entonces, un caso de tipificación simultánea, dolosa y culposa, pero de una misma conducta expresamente descrita. (...) 8°. Distinto es el caso del asesinato para facilitar u ocultar otro delito. Aquí el autor mata con el fin de conseguir un propósito ulterior. En el primer supuesto –para facilitar otro delito–, el asesinato implica una relación de medio-fin, en que el homicidio es el delito-medio cometido por el agente con el propósito de hacer posible la ejecución del delito-fin, siempre doloso; (...)

Este caso constituye un supuesto sui generis toda vez que el tipo preterintencional de robo seguido de muerte establecido en el artículo 189 tercer párrafo del Código Penal establece una sanción de “cadena perpetua”, mientras que el asesinato previsto en el artículo 108° inciso 2 “*Para facilitar u ocultar otro delito*” en relación con el tipo penal robo (ambos gobernados por el dolo) tiene una pena máxima de 35 años.

CAPÍTULO VII LOS DELITOS PRETERINTENCIONALES Y CUALIFICADOS POR EL RESULTADO: EL TRÁNSITO DE LA ESENCIALIDAD A LA INNECESARIEDAD

7.1 Las estructuras típicas compuestas y la ausencia de justificación político criminal

El legislador utilizó las estructuras típicas cualificadas por el resultado desde el Código Penal de 1863 e incorporó las estructuras típicas preterintencionales a partir del Código Penal de 1924, las cuales son típicamente innecesarias puesto que podían satisfacerse con las reglas básicas del concurso ideal. No obstante, su justificación político criminal consistía en la determinación de una pena básica superior, lo cual no era posible con la aplicación de las reglas del concurso ideal de delitos pues su consecuencia jurídica residía en la aplicación del principio de absorción, en cuanto se imponía la pena correspondiente al delito más grave quedando impune el delito menos grave.

De ahí parte la legitimidad de los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado pues evitaba privilegiar al autor y maximizar sus efectos agravantes, sin embargo, en el camino fue perdiendo tal legitimidad pues se caracterizó por la indeterminación de conductas y el incremento exagerado de las penas abstractas, haciéndolos incompatibles con los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad⁵³.

⁵³ Véase Apartado IV.

Actualmente, el tratamiento punitivo para el caso de concurso ideal de delitos ha sido modificado mediante el artículo 3º de la Ley Nº 28726 (publicada el 04 de mayo de 2006), adoptándose el “principio de exasperación”, lo cual evita supuestos de impunidad en caso devenga un resultado ulterior. Dicha modificación legislativa es la que genera el presente trabajo de investigación puesto que reviste especial importancia analizar la utilidad práctica de conservar las estructuras típicas preterintencionales o cualificadas por el resultado o si - por el contrario- resulta conveniente su supresión atendiendo a sus problemas de aplicación advertidos en el apartado VI del presente trabajo de investigación. Sobre el particular, Ambos (2006) sostiene que a pesar de aceptarse la naturaleza especial de los delitos cualificados por el resultado -en cuanto a sus marcos penales elevados-, todavía no se ha demostrado que estos delitos sean imprescindibles para una justicia penal ordenada. En ese sentido está el hecho de que, además de España, también Finlandia y Suecia hayan suprimido los delitos cualificados por el resultado, sin que ello, hasta el momento, haya perjudicado su sistema de justicia penal. (p. 24)

7.1.1 La supresión de las estructuras típicas compuestas y la consecuente aplicación del concurso ideal de delitos

La doctrina mayoritaria señala que la forma correcta de resolver los supuestos de delitos cualificados por el resultado es vía las reglas del concurso de

delitos⁵⁴, no obstante, ello requiere prescindir del principio de absorción y aplicar los principios de la exasperación o acumulación jurídica. Dicha propuesta no ha tardado en aplicarse paulatinamente en diversos países como España (donde esa clase de construcciones legales desaparecieron prácticamente a partir del Código Penal de 1995), Finlandia y Suecia.

En cuanto a la supresión de los delitos cualificados por el resultado en España, Ambos (2006) refiere lo siguiente:

“En la parte especial, la reforma suprimió numerosas cualificaciones por el resultado “clásicas”, como el mencionado caso del aborto con resultado de muerte (art. 411 párrafo I CP de 1973)⁵⁵ o el abandono de niños con resultado de muerte (art- 488 CP de 1973)⁵⁶, pero también los tipos contra la salud pública con resultado de muerte (art. 348 CP de 1973)⁵⁷.

⁵⁴ En ese sentido, Jakobs (1997; p. 1056), Ambos (2006; p. 20), Quintero Olivares (2015; p. 540), Díez Ripolles (1983), Zaffaroni, Aliaga, & Slokar (2006; p. 442), Velásquez V. (2009; p. 701), Rodríguez Delgado (2007; p. 173), Villavicencio Terreros (2006; p. 411), y Bramont-Arias Torres L. M. (2002; p. 241).

⁵⁵ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. “Art. 411. El que de propósito causare un aborto será castigado:

1.º Con la pena de prisión mayor si obrare sin consentimiento de la mujer.

2.º Con la de prisión menor si la mujer lo consintiera.

Si se hubiere empleado violencia, intimidación, amenaza o engaño para realizar el aborto en el primer caso, o para obtener el consentimiento, en el segundo, se impondrá en su grado máximo la pena de prisión mayor.

Cuando a consecuencia de aborto, o de prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta, creyéndola embarazada, o por emplear medios inadecuados para producir el aborto, resultare la muerte de la mujer o se le causare alguna de las lesiones a que se refiere el número primero del artículo 420, se impondrá la pena de reclusión menor, y si se le causare cualquiera otra lesión grave, la de prisión mayor.”

⁵⁶ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. “Art. 488. El abandono de un niño menor de siete años por parte de la persona encargada de su guarda será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas.

Si el hecho fuere ejecutado por los padres, tutor o guardador de hecho, las penas serán prisión menor y multa sobredicha.

La mujer que, para ocultar su deshonor, abandonare al hijo recién nacido será castigada con arresto mayor.

La misma pena se impondrá a los abuelos maternos que, para ocultar la deshonor de la madre, realizaren el abandono.

En todos los casos de este artículo y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda, si constituyere otro delito más grave, cuando por las circunstancias del abandono se hubiere puesto en peligro la vida del niño será castigado el culpable con las penas anteriores en su grado máximo, y si sobreviniere la muerte, se impondrán las penas inmediatas superiores.”

⁵⁷ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. “Art. 348. Siempre que por consecuencia de cualquiera de los hechos comprendidos en los artículos anteriores resultara muerte, incurrirá el culpable en la pena de reclusión menor, además de las penas pecuniarias establecidas en los respectivos casos.”

Conforme a lo expuesto en el apartado 5.4.4, nuestro Código Penal modificó la consecuencia jurídica del concurso ideal de delitos, dejando atrás el “principio de absorción”, el cual definitivamente no atiende toda la medida de la culpabilidad (toda vez que la pena a imponer se obtiene del marco penal del delito mas grave concurrente) por el “principio de exasperación”, el cual establece que la pena “podrá incrementarse hasta en una cuarta parte, sin que pueda extenderse a treinta y cinco años”.

Al respecto, Diez Ripolles (1983) sostiene que:

“La actitud que, con mucha diferencia, ha tenido un mayor eco en la doctrina abolicionista es la que propugna acudir a un concurso ideal de delitos entre la conducta básica dolosa y la culposa referida al resultado más grave. Esta solución, ya propuesta de antiguo por Radbruch entre otros, parece a estos autores que sólo puede adoptarse si se abandona previamente el principio de absorción como criterio determinante de la pena en el concurso ideal, principio que, actualmente, y desde hace tiempo, rige en el Código Penal alemán.” (p. 116)

Por su parte, Cardenal Murillo (1989) hace énfasis a Schröder quien sostiene:

“(…) este fundamento de mayor punición, aplicable únicamente a los delitos cualificados de estructura dolo-culpa, no lo es a todos los tipos de delitos cualificados vigentes. En realidad, estos casos, a su juicio, podrían constituir un supuesto de concurso ideal, siempre que éste determinara una asperación de la pena; aunque ello supondría la inadecuada introducción del principio de asperación para todos los casos de concurso ideal”. (p. 600)

Cabe precisar que ambos autores adoptan tal posición haciendo referencia a la normativa alemana, la cual aplica el principio de absorción para el concurso ideal, por lo que se impone la pena correspondiente al delito de mayor gravedad, mientras que en los delitos cualificados se eleva generalmente los límites mínimo y máximo de la pena abstracta.

Por su parte, Ambos (2006) concluye este tema señalando que: “El problema de la resolución alemana del concurso ideal reside en que el principio de absorción, como su nombre lo indica, implica “absorber” la pena del delito menos, la cual no se tendrá en cuenta en el cálculo de la pena definitiva, de forma que la pena resultante parece ser excesivamente suave. (p. 26)”

En virtud a lo expuesto, los delitos cualificados por el resultado devienen innecesarios siempre y cuando se adopte al menos el principio de exasperación en cuanto a la consecuencia jurídica en el concurso ideal de delitos, escenario que ha sido adoptado por nuestro legislador desde la promulgación de la Ley N° 28726 (el 04 de mayo de 2006), por lo que tal técnica legislativa ya ha sido superada en nuestro país al igual que en el caso de España, no existiendo mayor inconveniente en cuanto a su supresión definitiva.

7.1.2 Supuestos en los que es necesario la conservación de estructuras típicas compuestas

Sin ánimo de caer en contradicción, consideramos que pueden existir supuestos en los que sí sea necesario conservar la estructura típica cualificada por el resultado, esto ocurrirá en dos situaciones: Primero, cuando el supuesto de

hecho base no sea constitutiva de delito, ya sea porque la conducta no se encuentre tipificada como delito pero sí como falta o sólo se encuentre regulado su comisión dolosa siendo atípica su comisión imprudente; y segundo, cuando el resultado ulterior más grave no constituya por sí solo un delito independiente o lo sea únicamente si es doloso. En ese sentido, Díez Ripolles (1983) sostiene que: “la solución del concurso ideal se ve imposibilitada de funcionar si la conducta calificada no es por sí sola delito, o lo es únicamente si es dolosa.” (p. 121)

En cuanto al primer caso, solo tenemos un caso ejemplar en nuestro Código Penal previsto en el artículo 118º que establece:

“El que, con violencia, ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con restación de servicio comunitario de cincuenta y dos jornadas”.

Sobre el particular, coincidimos con la postura de Galvez Villegas & Delgado Tovar (2011) quienes sostienen que tal figura corresponde a un aborto culposo y no un aborto preterintencional en razón que este delito no absorbe la falta o delito inicial (lesiones u homicidio) en que pudiera constituir la violencia, a diferencia de lo que sucede en las formas agravadas de los arts. 115º y 116º, cuando se causa de manera culposa la muerte de la gestante; por lo que en este supuesto necesariamente se tendrá que apreciar un concurso ideal de delitos. Así, este delito absorbe todas las lesiones que son consecuencias del aborto, como son las hemorragias, infecciones, desgarros, etc.; sin embargo,

las lesiones que resultan del acto violento, y que son separables del proceso abortivo, incluyendo la muerte de la mujer, concurren como hechos independientes del aborto, en concurso ideal⁵⁸. (p. 611-617)

No obstante, en cuanto a la comisión de la falta contra la persona (artículo 441^º del Código Penal) en concurso con el aborto imprudente, consideramos que la violencia ejercida no debe ser considerada únicamente como un elemento del tipo, sino como un fundamento de su punición, por lo que debe ser valorada para la determinación de la pena abstracta, correspondiendo emplear la teoría de los delitos cualificados por el resultado y aplicar una pena más severa a efectos de salvaguardar los principios de proporcionalidad e igualdad.

Respecto al segundo caso, nuestro Código Penal no ostenta ningún supuesto de aplicación puesto que todos los delitos cualificados por el resultado surgen con la lesión o muerte de la víctima, siendo que los delitos de lesiones y homicidio se encuentran tipificados tanto en su modalidad dolosa como imprudente.

⁵⁸ En el mismo sentido, Villa Stein (2004; p. 180) considera que no cabe la preterintencionalidad en esta figura, por lo que propone que este caso debe solucionarse advirtiendo un concurso ideal de delitos. En contra, Peña Cabrera Freyre (2017; p. 278) y Bramont-Arias Torres & García Cantizano (1998; p. 91) quienes consideran que el artículo 118^º prevé un aborto preterintencional pero sí cabe aplicar las reglas del concurso de delitos. Postura distinta la de Castillo Alva (2004; p. 182) quien estima que la violencia empleada por el agente - independientemente de su gravedad, será absorbida por el artículo 118^º, no pudiéndose hablar de un concurso ideal de delitos.

7.2 La ausencia de contingencias ante la eventual supresión de las estructuras típicas preterintencionales y cualificadas por el resultado

La relación de progresión o inmediatez que existe entre el delito base y el resultado ulterior es la de un concurso ideal pues se trataría de un mismo hecho (unidad de acción) al que son aplicables varias disposiciones penales. Empero, nuestro legislador de 1863 utilizó las estructuras típicas cualificadas por el resultado para algunos supuestos de hecho cuyo segundo momento ocasiona la muerte de la víctima. Dicha técnica legislativa también fue considerada por nuestro legislador de 1924 y 1991, incorporándose paralelamente las estructuras típicas preterintencionales⁵⁹.

En efecto, adoptamos tal técnica legislativa debido que desde siempre acogimos el principio de absorción como consecuencia jurídica para los casos de concurso de delitos, mediante el cual la pena más grave absorbía a las demás, quedando indefectiblemente impune los demás delitos con penas inferiores.

Así las cosas, ante la ejecución de una conducta que configure dos o más delitos, se deberá advertir si existe una solución particular para estos casos o previsión expresa a estructuras típicas preterintencionales o cualificadas por el resultado en nuestro cuerpo normativo, pues de no hallarse tipificados a través de ambas estructuras típicas compuestas, recién podríamos aplicar las reglas del concurso de delitos.

⁵⁹ Véase Apartado 2.1.

Es así como ambas estructuras típicas compuestas resultaron necesarias a efectos de evitar supuestos de impunidad, a pesar que su sola presencia en nuestro código sustantivo generaba de por sí una doble tipificación de conductas típicas. No obstante, a consecuencia de las modificaciones legislativas de las últimas décadas en cuanto a las reglas de aplicación de la pena en el caso del concurso de delitos, ese escenario no es el mismo al día de hoy.

7.2.1 Las estructuras típicas compuestas y la consecuente doble tipificación de conductas

Desde el ámbito normativo, la tipificación de estructuras típicas preterintencionales y cualificadas por el resultado no hace más que agrupar en un solo supuesto de hecho a dos conductas tipificadas en otros artículos del mismo Código Penal; ello a efectos de imponerles una consecuencia jurídica más severa que la resultante de la aplicación del concurso ideal de delitos.

Lo expuesto hasta aquí demuestra que -por una parte- en cuanto al supuesto de hecho, ambas estructuras típicas compuestas configuran un supuesto de tipificación simultánea, en la que se integran una acción y un posterior resultado que agrava la misma, ambos regulados paralelamente por separado en el código sustantivo; y -por otro lado- en cuanto a la consecuencia jurídica, de no hallarse así tipificadas, el caso se resolvería por las reglas generales del concurso ideal de delitos.

Estando a lo indicado en el punto anterior, inicialmente tal técnica legislativa revestía utilidad puesto que, de aplicarse las reglas del concurso, el delito menos grave quedaba impune en atención al principio de absorción, situación que no se configura actualmente puesto que al presente adoptamos el principio de exasperación.

Por tanto, es evidente la existencia de una doble tipificación toda vez que las estructuras típicas preterintencionales y cualificadas por el resultado llevan implícita la coexistencia de dos supuestos de hecho típicos, la conducta inicial ilícita y un resultado posterior (lesión u homicidio) que agrava sus consecuencias; hecho que deviene en innecesario puesto que la función garantizadora del tipo y la función preventiva de la pena cumplen sus fines desde que se encuentran presentes por separado en el código sustantivo, sin necesidad que dichas conductas se hallen tipificadas por segunda vez a través de estructuras típicas compuestas.

7.2.2 La modificación del tratamiento punitivo del concurso de delitos: La ausencia de supuestos de impunidad

El tratamiento punitivo para los casos de concurso ideal de delitos (artículo 48° del Código Penal) ha sido modificado mediante el artículo 3° de la Ley 28726 (publicada el 04 de mayo de 2006), adoptándose desde entonces el principio de exasperación, el cual evita cualquier supuesto de impunidad en caso devenga un ulterior resultado lesivo a consecuencia del accionar del agente.

Por tanto, si bien inicialmente el legislador prefirió utilizar las estructuras típicas preterintencionales o cualificadas por el resultado por cuestiones de política criminal, esto fue en atención a criterios de proporcionalidad y motivos de prevención general, puesto que dichas estructuras típicas agravan la consecuencia jurídica en virtud al resultado lesivo ulterior, evitando que alguno de los delitos quedara impune. Esta fue su utilidad práctica y la razón de su inclusión en nuestro Código Penal.

Sin embargo, hoy no existe más dicha utilidad y su conservación deviene en innecesaria pues, ante su eventual supresión, ya no cabrían supuestos de impunidad al sancionarse ambos supuestos con la regla general del concurso ideal de delitos, el cual aplica el principio de exasperación imponiendo la pena del delito más grave, pero haciéndolo objeto de agravación.

Finalmente, es menester reiterar que los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado no son más que supuestos típicos específicos de concurso ideal, por consiguiente, a efectos que su consecuencia jurídica sea acorde al principio de proporcionalidad, la sanción no debe ser superior a la suma de las penas de los delitos que la integran. Así, esa necesaria similitud o igualdad de sanciones es un argumento que abona a la postura de la innecesariedad de mantener estructuras típicas compuestas en el Código Penal, pues revelaría un caso de doble tipificación con las mismas consecuencias jurídicas.

7.3 Criterios para la determinación de la consecuencia jurídica

Debido a que en los delitos cualificados por el resultado no cabe alegarse un contenido adicional del injusto⁶⁰ resulta obvio que la pena abstracta no debería superar la suma del delito base inicial y el correspondiente al resultado ulterior más grave, no obstante, lo cierto es que las penas asignadas por el legislador resultan del todo excesivas.

Al respecto, pareciera que el legislador desconoce que los delitos cualificados por el resultado no son más que supuestos típicos específicos de concurso ideal, por consiguiente, reiteramos que la consecuencia jurídica no debe ser superior a la suma de las penas de los delitos que la integran.

Por tanto, a efectos de arribar a resultados coherentes y propocionales tanto respecto al mínimo como al máximo legal, y no caer en situaciones de arbitrariedad o impunidad, es de vital importancia establecer reglas o criterios mínimos de determinación de la pena.

7.3.1 Criterios para la determinación del límite superior de la pena abstracta

En virtud al principio de proporcionalidad o prohibición de exceso, los delitos cualificados por el resultado no deberían tener sanciones superiores a la suma de las penas de los delitos que lo conforman por separado (delito base inicial y el correspondiente al delito ulterior más grave), debiéndose fijar límites para

⁶⁰ Véase apartados 3.2 y 3.3.

evitar la imposición de las penas desproporcionadas y excesivas previstas en nuestro Código Penal.

Para tal efecto, consideramos que lo más efectivo sería una clausula general que establezca como límite que la pena a imponerse no deberá superar la suma de ambos delitos por separado. No obstante, consideramos que los inconvenientes no terminarían ahí, pues es evidente que -debido a la incongruencia penológica de los delitos cualificados por el resultado- será necesario revisar o ajustar todos los marcos penales afectados para no caer en más o peores incoherencias.

Por lo expuesto, la solución más viable parece ser la aplicación de las reglas del concurso ideal de delitos y el principio de exasperación⁶¹, aunque cabe destacar que las reglas del referido principio no evitan una eventual desproporción en todos los casos pues su regulación sólo indica que “podrá incrementarse hasta en una cuarta parte, sin que pueda extenderse a treinta y cinco años”, no estableciendo mayores límites que impidan la imposición de penas superiores a la suma de los delitos que la integran. Sobre el particular, cabe resaltar que el Código Penal español sí regula el concurso de delitos en ese sentido, impidiendo así penas indiscutiblemente desproporcionadas.

Sin embargo, reiteramos que para la aplicación de tal solución (creación de una regla general que establezca que la pena a imponer no podrá ser superior a la suma de las penas de los delitos que la integran) será necesario revisar la

⁶¹ Véase apartado 1.2.2.1

totalidad de los marcos penales afectados antes que comprometer el avance que supone la eventual supresión de las estructuras típicas compuestas por la aplicación del concurso de delitos⁶².

7.3.2 Criterios para la determinación el límite inferior de la pena abstracta

En cuanto al límite inferior de la pena, es necesario asignarse al mínimo más alto una función de clausura, según la cual el autor no pueda ser sancionado a una pena igual o -peor aún- menos grave que la que le hubiera correspondido si hubiera violado sólo una ley (la del mínimo más alto), pues -de ser así- uno de los dos delitos cometidos quedaría indefectiblemente impune.

En cuanto a la aplicación de las reglas del concurso ideal, tenemos que nuestro Código Penal sólo hace énfasis en la construcción de un nuevo marco penal partiendo del marco penal original más grave e incrementando su extremo superior en una cuarta parte del extremo superior original, sin hacer referencia alguna al extremo mínimo legal, para el cual se continúa aplicando el mínimo legal del delito original más grave sin someterlo a ningún tipo de agravación, lo cual hace más que evidente una flagrante vulneración al principio de proporcionalidad.

Respecto a la problemática sobre el mínimo legal en el concurso de delitos, Díez Ripolles (1983) indica lo siguiente:

⁶² En ese sentido, Díez Ripolles (1983; p. 121) refiere igualmente que previo a la supresión de los delitos cualificados por el resultado es necesario revisar y -en caso sea necesario- ajustar los marcos penales comprometidos.

“Las críticas a los resultados que conlleva el concurso ideal regido por la exasperación no se han hecho esperar, centrándose fundamentalmente en los bajos límites mínimos a que da lugar, que se considera no reflejan adecuadamente ni el contenido de lo injusto y la culpabilidad, ni las exigencias político criminales de estas conductas, ni siquiera desde el punto de vista de los partidarios de la supresión de los delitos calificados por el resultado, debiendo acudir a diversos recursos adicionales para obviar tal inconveniente.” (p. 118)

Asimismo, Cardenal Murillo (1989) subraya que el límite mínimo queda muy rebajado frente a los actuales delitos cualificados, lo que podría salvarse previendo para los casos especialmente graves una pena mínima más elevada, y en ese contexto cita a varios autores, como son: Mezger quien es de la opinión que, en vez de prever un tratamiento generalizado del tipo para “casos especialmente graves”, ha de optarse por uno particularizado en la Parte Especial; y Schröder quien frente a la solución del concurso ideal regido por el criterio de la asperación, propone elevar los límites inferiores del marco penal del delito más grave. (p. 610)

Consideramos que en cuanto a la determinación del mínimo legal de la pena, se deberá formular reglas en los que el mínimo resultante sea siempre más alto que el del delito original más grave, sólo así no se vulneraría el principio de proporcionalidad e igualdad y se generaría coherencia normativa.

7.4 El concurso ideal de delitos y su compatibilidad con los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad

Estando a lo expuesto a lo largo del presente trabajo de investigación, no existe justificación para mantener estructuras típicas preterintencionales o cualificadas por el resultado en nuestro Código Penal, pues su argumento inicial de no permitir que determinadas conductas queden impunes como consecuencia de la aplicación del concurso ideal y el principio de absorción, ya quedo atrás con la modificación legislativa que adopta el principio de exasperación, evitándose cualquier supuesto de impunidad ante un eventual resultado posterior (lesiones u homicidio).

Asimismo, tenemos que la aplicación de las referidas estructuras típicas compuestas ha traído consigo la vulneración flagrante de los principios limitadores del poder penal, como son el principio de legalidad, proporcionalidad y culpabilidad, los cuales pueden ser fácilmente redimidos mediante la aplicación de las reglas del concurso ideal⁶³.

Efectivamente, en cuanto a la vulneración del principio de legalidad (mandato de taxatividad), el mismo quedaría plenamente realizado con la aplicación de las reglas del concurso ideal de delitos, pues dicha figura sí tiene regulación expresa en la parte general del Código Penal y carece de mayores discrepancias dogmáticas, permitiéndose una solución coherente y pacífica.

⁶³ Véase Apartado IV.

Asimismo, en cuanto a los principios de culpabilidad y proporcionalidad, éstos son plenamente compatibles con las reglas del concurso de delitos pues el principio de exasperación constituye un límite a la imposición de penas excesivas, mientras que los delitos compuestos en su mayoría establecen penas absolutamente desproporcionales sin criterio alguno. Al respecto, tomamos como postura que los márgenes de la pena abstracta en ningún caso deben ser superiores a la suma de las penas previstas en los dos delitos que la integran (ya sea en cuanto a su extremo mínimo o máximo legal), caso contrario la pena sería excesiva y, en consecuencia, incompatible con el principio de culpabilidad y proporcionalidad.

No obstante, consideramos también que el artículo 48º de nuestro Código Penal merece un par de agregados en cuanto a su consecuencia jurídica, ello con la finalidad que tener plenamente establecido que una sola de las disposiciones en conflicto no cubre todo el daño causado por el acto cometido, así: (i) Deberá asignarse al mínimo de la pena más grave una función de clausura que evite una sanción inferior al límite mínimo más severo de los marcos penales de los delitos que la integran, y (ii) Deberá fijarse como límite no ser sancionado con una pena mayor a la suma del máximo legal de los delitos que lo integran.

CONCLUSIONES

1. La doctrina admite formalmente cuatro posibles combinaciones entre el delito base y la consecuencia especial o resultado más grave: (i) Tipo básico doloso y resultado cualificado culposo, (ii) Tipo básico doloso y resultado cualificado doloso, (iii) Tipo básico culposo y resultado cualificado culposo, y (iv) Tipo básico culposo con resultado cualificado doloso. El desarrollo dogmático ha terminado por denominar a las dos primeras como delito preterintencional y delito cualificado por el resultado respectivamente. Respecto a la tercera combinación, nuestro legislador sólo contempla el tipo imprudente de circunstancias agravantes de producción de peligro común (Art. 278), el cual consideramos innecesario pues bastaría aplicar el delito de homicidio imprudente (art. 111). La última modalidad es de imposible ejecución, pero nuestro Código Penal hace una deplorable excepción al tipificar el homicidio culposo agravado por conducción en estado de ebriedad (art. 111 último párrafo).
2. La ausencia de regulación expresa de los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado en la parte general del Código Penal ha originado, por un lado, posiciones dogmáticas contradictorias que comprometen el mandato de taxatividad de la imprudencia y, por otro lado, criterios jurisprudenciales incompatibles con los principios de legalidad y proporcionalidad. Dichos problemas de interpretación quedarían resueltos con

la aplicación remisiva del artículo 12 del Código Penal, el cual exige que en los delitos imprudentes el tipo establezca de manera expresa la punición culposa, de manera que si ello no ocurre, se entenderá que el delito es imputable solamente a título de dolo.

3. El mandato de taxatividad del principio de legalidad se haya comprometido en los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado únicamente respecto al tipo subjetivo del segundo resultado lesivo, no obstante, sólo estaremos frente a un delito preterintencional si el tipo indica que el resultado ulterior más grave es imprudente o -al menos- previsible para el agente, siendo que en los restantes nos encontraremos indefectiblemente ante un delito cualificado por el resultado, pero reiteramos que el referido criterio de interpretación no es aceptado pacíficamente por los juristas ni la jurisprudencia nacional.
4. Los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado no contienen un injusto adicional por lo que la pena a imponer no debería superar la suma del delito base inicial y el correspondiente al resultado ulterior más grave. No obstante, vemos con admiración en nuestro Código Penal que ambas estructuras típicas contienen en su mayoría penas considerablemente desproporcionadas y mucho mayores a las que corresponderían mediante la aplicación de las reglas del concurso ideal de delitos, lo cual hace necesario establecer límites coherentes y propocionales respecto al mínimo legal como al máximo legal.

5. Las estructuras típicas preterintencionales y cualificadas por el resultado carecen de la coherencia penológica exigible a todo cuerpo legal por lo que quedarían dos caminos a seguir: (i) Revisar las consecuencias jurídicas previstas para todos los delitos que utilicen estructuras típicas preterintencionales y cualificadas por el resultado a efectos de tomar un criterio uniforme, más allá de la postura dogmática que se adopte; o, (ii) Suprimir ambas estructuras típicas y utilizar las reglas del concurso ideal de delitos a fin de evitar vulneraciones a los principios de legalidad y proporcionalidad.

6. Por lo expuesto a lo largo del presente trabajo, consideramos que conservar las estructuras típicas preterintencionales y cualificadas por el resultado en nuestro Código Penal no hace más que traer problemas interpretativos e innecesarios puesto que los mismos se solucionarían de manera pacífica a través de las reglas generales del concurso ideal de delitos. No obstante, si bien las reglas del concurso ideal cautelan los principios de legalidad y proporcionalidad, este último no quedaría plenamente realizado en todos los supuestos, por lo que será necesario: (i) Asignarse al mínimo del marco penal una función de clausura que evite una sanción inferior al límite mínimo más severo de los marcos penales de los delitos que la integran, y (ii) Fijarse como límite una sanción que no sea superior a la suma de los máximos legales de los delitos que la integran.

RECOMENDACIONES

El presente trabajo de investigación pretende dar dos recomendaciones alternativas al legislador penal respecto a los puntos problemáticos tratados en el presente trabajo de investigación, siendo necesario precisar que la segunda de éstas constituye la sugerencia más adecuada pues consiste en la creación de reglas generales de aplicación y compromete menores cambios legislativos, conforme se detalla a continuación:

1. En caso el legislador decida conservar los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado en nuestro Código Penal, será necesario lo siguiente: (i) Incorporar una regulación expresa en la parte general del Código Penal que permita identificar y discriminar perfectamente ambas estructuras típicas compuestas a efectos de impedir mayor controversia interpretativa, como por ejemplo establecer la expresión “el agente pudo prever el resultado” como supuesto típico de preterintencionalidad, y -además- (ii) establecer como límite que la pena a imponer no deberá superar la suma del delito base inicial y el correspondiente al resultado ulterior más grave.

Lo complejo de esta alternativa radica en la incongruencia penológica de ambos delitos compuestos, pues será necesario revisar o ajustar todos los marcos

penales comprometidos para evitar la imposición de penas desproporcionadas y excesivas.

2. La recomendación alternativa consiste en la supresión de los delitos delictivos preterintencionales y cualificados por el resultado y -consecuentemente- la aplicación de las reglas del concurso ideal de delitos y el principio de exasperación, aunque cabe destacar que las reglas del referido principio no evitan una eventual desproporción en todos los casos, pues su regulación sólo indica que “podrá incrementarse hasta en una cuarta parte, sin que pueda extenderse a treinta y cinco años”, no estableciendo mayores límites que impidan la imposición de penas superiores a la suma de los delitos que la integran. Asimismo, no se hace referencia alguna al extremo mínimo legal, para el cual se continúa aplicando el mínimo legal del delito original más grave sin someterlo a ningún tipo de agravación, lo cual hace más que evidente una flagrante vulneración al principio de proporcionalidad.

En tal sentido, consideramos que el artículo 48º de nuestro Código Penal merece un par de agregados en cuanto a su consecuencia jurídica, así: (i) Deberá asignarse al mínimo del marco penal una función de clausura, el cual no podrá ser inferior al límite mínimo más severo de los marcos penales que lo integran, y (ii) Deberá fijarse como límite no ser sancionado con una pena mayor a la suma de los máximos legales de los delitos que la integran.

De este modo, el concurso ideal de delitos deberá ser tipificado de la siguiente manera:

Normativa actual	Propuesta legislativa
<p data-bbox="331 380 846 485">Artículo 48.- Concurso ideal de delitos</p> <p data-bbox="331 562 846 1108">Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años.</p>	<p data-bbox="868 380 1383 485">Artículo 48.- Concurso ideal de delitos</p> <p data-bbox="868 562 1383 1108">Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años.</p> <p data-bbox="868 1186 1383 1591">La pena privativa de libertad que fije el juez no podrá ser inferior al límite mínimo más severo de los marcos penales aplicables, ni superior a la suma de las penas aplicables por separado.</p>

FUENTES DE LA INFORMACIÓN

Referencias Bibliográficas

Bacigalupo, Enrique. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Hammurabi.

Bacigalupo, Enrique. (1997). *Principios de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi.

Boldova Pasamar, M.Á. (1994). La imputación subjetiva de resultados “más graves” en el Código penal español. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 55-80.

Bramont Arias, L. & Bramont-Arias Torres, L. A. (2001). *Código Penal Anotado*. Lima: San Marcos.

Bramont-Arias Torres, L. A. & García Cantizano, M. (1998). *Manual de Derecho Penal - Parte Especial*. San Marcos.

Bramont-Arias Torres, L. M. (2002). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Lima: EDDILI.

Cabanellas, G. (1996). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta.

Cardenal Murillo, A. (1989). Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 593-620.

Castillo Alva, J. (2004). *El delito de Aborto*. Lima: Ara Editores.

Diez Ripolles, J.L. (1983). Los delitos cualificados por el resultado y el artículo 3º del proyecto de Código penal español de 1980 (II). *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 101-126.

- Ebert, U. (2005). *Derecho penal, parte general*. Pachuca: UAEH.
- Galvez Villegas, T. A. & Delgado Tovar, W. J. (2011). *Derecho Penal. Parte Especial* (Vol. II). Lima: Jurista Editores.
- García Caverro, P. (2007). *Derecho Penal Económico*. Lima: Griley.
- Gimbernat Ordeig, E. (2013). *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Buenos Aires: B de F Ltda.
- Gracia Martín, L., Boldova Pasamar, M. Á., & Alastuey Dobón, M. C. (2004). *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Hurtado Pozo, J., & Prado Saldarriaga, V. (2011). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (4ª ed., Vol. II). Lima: Idemsa.
- Jaén Vallejo, M. (2002). *Justicia Penal Contemporánea*. Lima: Portocarrero.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General* (2ª ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Jiménez de Asúa, L. (1962). *Tratado de derecho penal. Parte general* (Vol. III). Buenos Aires: Losada.
- Laurenzo Copello, P. (1992). *El resultado en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Lopera Mesa, G. P. (2005). Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales. *Jueces para la democracia*, 39-53.
- Luzón Peña, D.M. (1995). Delitos cualificados por el resultado. *Enciclopedia jurídica básica*, 2035-2062.
- Martos Núñez, J.A. (2012). *Los delitos cualificados por el resultado en el Derecho Penal español*. España: Bosch Editor.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal. Parte General* (10ª ed.). Barcelona: Reppertor.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2007). *Derecho Penal. Parte General* (7ª ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch.

- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2012). *Derecho Penal. Parte Especial* (Vol. II). Lima: Idemsa.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2017). *Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Polar Cadillo, J. L. (Setiembre de 2008). La exigencia “lex certa” como expresión del principio de legalidad. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia - RAE JURISPRUDENCIA*.
- Polar Cadillo, J. L. (Octubre de 2008). La exigencia “lex praevia” como expresión del principio de legalidad. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia - RAE JURISPRUDENCIA*.
- Polar Cadillo, J. L. (Noviembre de 2008). La exigencia “lex stricta” como expresión del principio de legalidad. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia - RAE JURISPRUDENCIA*.
- Polar Cadillo, J. L. (Diciembre de 2008). La exigencia “lex scripta” como expresión del principio de legalidad. *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia - RAE JURISPRUDENCIA*.
- Portocarrero Hidalgo, Juan. (2003). *Delitos de Lesiones*. Lima: Portocarrero.
- Quintero Olivares, Gonzalo. (2015). *Parte General del Derecho Penal*. España: Aranzadi.
- Quintero Olivares, Gonzalo & Muñoz Conde, Franciso. (1984). *La reforma penal de 1983* (2ª ed.). Barcelona: Ediciones Destino.
- Rodríguez Delgado, Julio. (2007). *El Tipo Imprudente: Una visión funcional desde el Derecho Penal Peruano*. Lima: Grijley.

- Rojas Vargas, Francisco. (2013). *Derecho Penal. Estudios Fundamentales de la Parte General y Especial*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Roxin, Claus. (1997). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas.
- Salinas Siccha, Ramiro. (2010). *Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra el patrimonio*. Volumen II. Lima: Grijley.
- Sanz Morán, Á. J., Sánchez Lázaro, F., Maldonado Fuentes, F., Palermo, O., & Mañalich Raffo, J. (2016). *Reincidencia y Concurso de Delitos*. Buenos Aires: Bdef.
- Stratenwerth, Günther. (2005). *Derecho Penal. Parte General I: El hecho punible*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Suárez Montes, R.F. (1981). La preterintencionalidad en el proyecto de Código penal de 1980. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 795-824.
- Velásquez V., Fernando. (2009). *Derecho Penal. Parte General*. Colombia: Comlibros.
- Villa Stein, Javier. (2004). *Derecho Penal. Parte Especial*. Lima: San Marcos.
- Villavicencio Terreros, Felipe. (2006). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley.
- Villavicencio Terreros, Felipe. (2014). *Derecho Penal - Parte Especial - Vol. I*. Lima: Grijley.
- Zaffaroni, Raúl, Aliaga, Alejandro, & Slokar, Alejandro. (2006). *Manual de Derecho Penal. Parte General* (2ª ed.). Buenos Aires: Ediar.

Referencias web

- Ambos, Kai. Preterintencionalidad y cualificación por el resultado. Reflexiones desde el Derecho comparado. Recuperado de: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/121388/167836>
- Cardenal Murillo, Alfonso. *Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado*. Recuperado de: http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1989-20059300620
- Díez Ripolles, José Luis. *Los delitos cualificados por el resultado y el artículo 3º del proyecto de Código penal español de 190 (II)*. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46234>
- Oliver Calderon, Guillermo. La exasperación de la pena en el concurso material de delitos: la reiteración de delitos de la misma especie. Recuperado de: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v26n2/art07.pdf>

Legislación

- Decreto Legislativo Nº 638. Código Penal.
- Ley Nº 28726 - Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46º, 48º, 55º, 440º y 444º del código penal, y el artículo 1350 del código procesal penal.
- Ley Nº 28730 - Ley número 28730 que modifica el artículo VIII del Título Preliminar y los artículos 50º y 51º del Código Penal y adiciona un párrafo a su artículo 69.

ANEXOS

Ley N° 28726 - Ley que incorpora y modifica normas contenidas en los artículos 46º, 48º, 55º, 440º y 444º del código penal, y el artículo 1350 del código procesal penal.

Ley N° 28730 - Ley número 28730 que modifica el artículo VIII del Título Preliminar y los artículos 50º y 51º del Código Penal y adiciona un párrafo a su artículo 69.

Acuerdo Plenario Nº 3-2008/CJ-116, en el V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales
Permanente y Transitorias publicado el 08 de enero del 2010