



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Escuela Profesional de Derecho

TESIS

**“El homicidio entre hermanos a propósito del artículo
107 del Código Penal”**

“

PRESENTADO POR:

BACHILLER KAREN DANITZA TARRILLO CABRERA

ASESORES:

DR. ASEVEDO VILLAR, CARLOS

DR. CHAPARRO LLONTOP, MIGUEL

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADA

LIMA - PERÚ

2017

INFORME DE TESIS

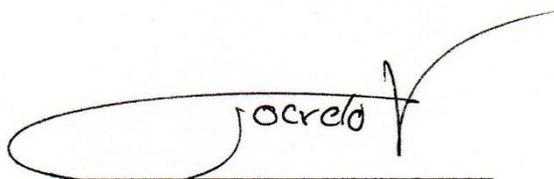
Para : Dr. Noé Ruiz Dávila
De : Docente Abg. Carlos Acevedo Villar
Asunto : Tesis Alumna **KAREN DANITZA TARRILLO CABRERA**

Tengo el agrado de dirigirme a usted, para saludarlo y a la vez informar que la alumna **KAREN DANITZA TARRILLO CABRERA**, ha presentado su tesis denominada "**El Homicidio entre Hermanos a propósito del artículo 107 del Código Penal**", habiendo cumplido con subsanar las observaciones advertidas.

Cumplo con informar que la tesis de la bachiller KAREN DANITZA TARRILLO CABRERA, se ajusta a los requisitos que la Universidad Alas Peruanas tiene en su malla curricular metodológica de investigación.

Sin más que informar, me despido cordialmente.

Atentamente:



Abg. Carlos Acevedo Villar
Asesor Metodológico - UAP

Chiclayo 18 de Agosto del 2016



SR.

DR. NOE RUIZ DAVILA

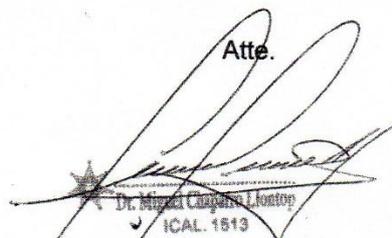
**DIRECTOR DE LA ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD ALAS PERUANAS
FILIAL CHICLAYO.-**

Mediante la presente informo a Ud. Que como asesor de tesis temático y después de haber revisado el trabajo de la alumna **SRTA. KAREN DASNITZA TARRILLO CABRERA.**, en la elaboración de su trabajo de tesis de la Facultad de Derecho; he de INFORMAR:

ALUMNA	TEMA
KAREN DANITZA TARRILLO CABRERA	EL HOMICIDIO ENTRE HERMANOS A PROPOSITO DEL ARTICULO 107 DEL CODIGO PENAL

Informo que la **SRTA. KARAN DANITAZA TARRILLO CABRERA**, se encuentra **APTA** para rendir y aprobar el examen profesional, y poder optar el grado profesional de Abogada.

Sin otro particular, reitero los sentimientos de mi especial consideración y estima.

Atte.

Dr. Miguel Campese Llanos
ICAL 1513



Dedicatoria

El presente trabajo está dedicado a mi hijo Franco, porque él es mi motivo que me ayudo a tener la valentía de salir adelante y así lograr mis sueños.

Agradecimiento

En primer lugar, agradezco a Dios, porque me dio la vida, por haberme cuidado y guiado por el buen camino y por permitirme ser una gran profesional.

En segundo lugar, agradezco a mi madre y a su esposo, ya que ellos me ayudaron a seguir adelante, siempre impulsándome a ser mejor persona, ya que me enseñaron valores y logre contar con su incondicional apoyo moral y económico.

En tercer lugar, agradezco a mis hermanos, tíos y amigos, que fueron personas que me ayudaron a surgir y a salir adelante.

En cuarto lugar, agradezco a mis docentes de la Universidad Alas Peruanas, por su paciencia e incondicional ayuda, ya que siempre estuvieron ahí para orientarme y absolver mis incertidumbres jurídicas.

Reconocimiento

A nuestra Alma Máter la Universidad Alas Peruanas, por brindarme la oportunidad de desarrollar capacidades, competencias y optar por el Título Profesional de Abogado. Así como a mis profesores que expandieron mi percepción y mi entendimiento en el transcurrir de la etapa académica.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Dedicatoria.....	04
Agradecimiento.....	05
Reconocimiento.....	06
Índice	07
Resumen.....	13
Abstract.....	14
Introducción.....	15

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática.....	18
1.2. Delimitación de la investigación.....	19
1.2.1 Delimitación Social.....	
1.2.2 Delimitación Espacial.....	
1.2.3 Delimitación Temporal.....	
1.3. Formulación del problema de investigación.....	20
1.3.1 Problema General.....	
1.3.2 Problemas Específicos.....	
1.4. Objetivos.....	21
1.4.1 Objetivo General.....	
1.4.2 Objetivos específicos.....	
1.5. Justificación de la Investigación.....	
1.6. Limitaciones de la Investigación	22

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1 ANTECEDENTES DEL ESTUDIO DE INVESTIGACIÓN.....	24
A. En el mundo.....	
➤ Grecia.....	
➤ Roma.....	
➤ En la biblia – Jerusalén.....	
➤ Chile	
B. En el país.....	
2.2 BASES TEÓRICAS.....	27
2.2.1. DERECHO PENAL.....	
1. Evolución del derecho penal en el Perú.....	
2. El primer Código Penal peruano (1863) y la recepción del Código Penal español de 1848-50.....	
3. Concepto.....	33
4. Características.....	34
▪ Carácter Público.....	
▪ Carácter Teleológico.....	
▪ Coercitivo.....	
▪ Valorativo.....	
▪ Normativo.....	
▪ Sancionatorio.....	
▪ Rehabilitador.....	
▪ Preventivo.....	
▪ Retributivo	
▪ Preventiva – Represiva.....	
5. Fines del derecho penal.....	37
6. Tipos.....	41
7. Caracteres.....	42
8. El derecho penal y las ciencias auxiliares.....	44

▪ La Criminología.....	
▪ La Política Criminal.....	
1. Fuentes del derecho penal.....	48
▪ Derecho Penal Romano.....	
▪ Derecho Penal Germánico.....	
▪ Derecho Penal Canónico.....	
2.2.2. IUS PUNIENDI.....	56
1. Generalidades.....	
2. Concepto	59
3. Naturaleza	60
4. Limitación	
5. Fundamento y Atribución del Derecho de Reprimir.....	61
Fundamentación.....	
❖ Teoría retributiva.....	
○ Retribución Divina.....	
○ Retribución moral.....	
○ Retribución jurídica.....	
❖ Teorías Intimidatorias o de Previsión.....	
▪ Prevención especial.....	
▪ Prevención general mediante la pena.....	
▪ Conminatorias de prevención general.	
▪ La represión, facultad del Estado.....	
❖ <i>Teoría Jurídica</i>	
2.2.3. TEORÍA DEL DELITO.....	66
Generalidades.....	
1. Delito.....	75
A. Generalidades.....	
B. Definición.....	76
C. Elementos.....	82
• Acción.....	84
• Tipicidad.....	95
• Antijuridicidad	107

• Culpabilidad.....	109
A. Clasificación de los Delitos.....	114
2.2.4. EL PUNITIVISMO.....	116
✓ El Resurgir del Punitivismo.....	
✓ Punitivismo y Derecho penal simbólico.....	118
2.2.5. EL PARENTESCO.....	120
A. Parentesco Consanguíneo.....	
B. Parentesco por Afinidad.....	128
C. Parentesco por Adopción.....	131
2.2.6. EL PARRICIDIO.....	135
1. Generalidades	
2. Etimología.....	136
3. Antecedentes.....	
✓ Grecia.....	
✓ Roma.....	
4. Concepto.....	138
5. La agravación por el vínculo: El Parricidio.....	139
2.3. BASES LEGALES.....	141
2.3.1. Constitución Política del Perú.....	
2.3.2. Código Civil.....	
2.3.3. Código penal.....	
2.4. BASES LEGALES EXTRANJERAS.....	145
2.4.1. Chile.....	
2.4.2. México.....	
2.4.3. España.....	
2.4.4. Argentina.....	
2.4.5. Colombia.....	
2.4.6. Ecuador.....	

2.4.7. Uruguay.....	
---------------------	--

CAPÍTULO III

HIPÓTESIS Y VARIABLES

3.1 Hipótesis General.....	150
3.2 Hipótesis específicas.....	
A. Hipótesis Nula.....	
B. Hipótesis alternativa.....	
3.3 Variables.....	
A. Variable Independiente.....	
B. Variable Dependiente.....	

CAPÍTULO IV

METODOLOGIA DE LA INVESTIGACION

4.1 Diseño de Investigación.....	152
4.2 Tipo y Nivel de Investigación.....	
4.3 Método de la Investigación.....	
4.4 Población y Muestra.....	153
4.5 Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos.....	158
4.5.1. Técnicas e Instrumentos.....	
✓ La observación.....	
✓ La técnica de análisis documental.....	
✓ La técnica de la encuesta.....	
✓ Técnica del fichaje.....	
• Registro.....	
• Resumen.....	
• Textuales.....	
• Comentarios.....	

CAPÍTULO V
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS

RESULTADOS.....	161
5.1 Análisis de Datos.....	170
5.2 Prueba de Hipótesis.....	176
5.3 Discusión de Resultados.....	

CAPÍTULO VI
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 Conclusiones.....	181
6.2 Recomendaciones.....	182

FUENTES DE INFORMACIÓN

Referencias bibliográficas.....	183
Linkografía.....	186

ANEXOS

Anexo: 1 Matriz de Consistencia.....	187
Anexo: 2 Instrumentos.....	189

RESUMEN

La presente tesis ha sido denominada “*El Homicidio entre Hermanos a propósito del Artículo 107 del Código Penal*”, como se ha podido analizar y teniendo como problema que en nuestro código penal específicamente en el artículo 107 no se ha incluido a las personas que atentan contra sus hermanos como una figura de parricidio, planteándose como hipótesis que la falta de una regulación normativa que permita la incorporación del homicidio de segundo grado al artículo 107° del parricidio del Código Penal, determina la trasgresión a la sociedad ya que el núcleo de esta es la relación familiar y, se vulnera la Paz Social, asimismo se han planteado como objetivo general el Investigar y demostrar que la falta de una adecuada regulación normativa que permita la incorporación del homicidio de segundo grado como parricidio, ataca y trasgrede a la sociedad ya que el núcleo de esta es la relación familiar y, se vulnera la Paz Social. Pues la presente tesis se justifica en su importancia social como se ha manifestado tanto en la hipótesis como sus objetivos, por su propia naturaleza de protección de la vida humana y sobre todo de los familiares más cercanos que son los hermanos. Se ha podido obtener como resultados que existe en promedio mayoritario un desconocimiento de algunos conceptos que se deberán considerar en la presente investigación, asimismo que se planteado como propuesta que el artículo 107 del código penal deba ser modificado en el que se incluya como parricidio a aquellas personas atenten contra la vida de sus hermanos.

Palabras claves: Parricidio, Homicidio, Parentesco.

ABSTRACT

This thesis has been called "The Brothers homicide purpose of Article 107 of the Criminal Code", as has been analyzing and taking as a problem in our criminal code specifically in Article 107 has not been included people who threaten his brothers as a figure of parricide, considering the hypothesis that the lack of a legal regulation that allows the incorporation of the second-degree murder Article 107 ° of parricide the Criminal Code determines the transgression to society and the nucleus of this It is the family relationship and social peace is violated, also have been raised as general objective to investigate and demonstrate the lack of adequate legal regulation permitting the use of second-degree murder and parricide, attacks and transgresses society and the core of this is the family relationship and social peace is violated. As this thesis is justified in its social importance as manifested in both the hypothesis and its objectives, by nature of protection of human life and especially of the closest relatives are siblings. It has been obtained as results that exists in majority average ignorance of some concepts that should be considered in this investigation also I was raised as a proposal that Article 107 of the penal code should be modified in which it is included as parricide those people against the life of his brothers.

Keywords: Parricide, Homicide, Relationship.

INTRODUCCIÓN

La vida es un Derecho Fundamental de todo ser humano, el cual le permite exigir el respeto y la debida protección a la misma. El Estado debe encargarse de garantizar adecuadamente la satisfacción de todos los derechos fundamentales y especialmente el derecho a la vida mediante la determinación de deberes, en primer lugar, el deber de establecer de no realizar actos lesivos y dañinos que perjudiquen al ser humano, llegando inclusive a privarle de la vida a su propio hermano, y en segundo lugar el deber del Estado de brindarnos la debida protección.

Es en ese sentido que he tenido la oportunidad de poder realizar la presente investigación denominada *“El homicidio entre hermanos a propósito del artículo 107 de código penal”*, con la que se ha podido demostrar que estos hechos vulneran la paz social en nuestra sociedad y nos convierte en una sociedad deshumanizada, criminalizada y sin alternativas de mejorar, por estas razones he considerado necesario realizar la presente investigación que dentro de su desarrollo se encuentra dividido por capítulos.

En el capítulo I se ha consignado el planteamiento del problema, en este capítulo tenemos la descripción de la realidad problemática, la delimitación de la investigación, de manera social, espacial y temporal; se ha formulado el problema de manera general y específica, así como también se han planteado los objetivos generales y específicos; además de la justificación de la investigación y las limitaciones de la investigación.

En capítulo II en el que se ha desarrollado el marco teórico, en este capítulo se han plasmado los antecedentes de la investigación, así como las bases teóricas tales como derecho penal, conceptos, características, fines del derecho penal, fuentes del derecho penal, etc., el *Ius Puniendi*, el punitivismo, el parentesco, el parricidio. Además, en este capítulo se ha consignado a las bases legales y extranjeras.

En el capítulo III que vienen a ser las hipótesis y variables, acá se han formulado las hipótesis del problema tanto la general como específicas además de la identificación de las variables del problema.

En el capítulo IV de la Metodología de la investigación tenemos al diseño de la investigación, tipo y nivel de la investigación, métodos, población y muestra, técnicas, instrumentos de recolección de datos.

En el Capítulo V respecto del Análisis e interpretación de los resultados, en este capítulo se pueden apreciar los resultados plasmados a través de gráficos y tabulaciones a través del programa de Excel, los mismos que tendrán que ser analizados, realizar la prueba de hipótesis y por último la discusión de los resultados.

En el capítulo VI tenemos a las conclusiones y recomendaciones las mismas que se han planteado teniendo en cuenta a los resultados de la investigación y de manera que se pueda solucionar y contribuir a una mejor tipificación del artículo 107 del código penal sobre el parricidio y por último la presente investigación cuenta con las fuentes de información y los anexos que están conformados por la matriz de consistencia y la encuesta.

Y para culminar consideramos que el parricidio es visto como un problema que aqueja la vida real. Trataremos de explicar mediante el análisis qué es el PARRICIDIO, y mostraremos, así mismo, diferentes enfoques que lo abarcan; posteriormente hablaremos de cómo se ha juzgado a través de la historia y la sociedad y finalmente como pasa de ser parricidio a homicidio en razón de la relación o el parentesco. El parricidio, muerte intencionada hacia un pariente, en nuestra investigación específicamente hacia un hermano, pues es una variante rara de asesinato y violencia intrafamiliar que ocurre en circunstancias extrañas y aisladas

CAPÍTULO I
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la Realidad problemática

A lo largo de la historia siempre ha existida rivalidad entre los hermanos, y si nos remontamos a las épocas bíblicas tenemos el caso de Caín y Abel, en que este relato bíblico reúne algunos de los elementos que caracterizan la presencia de un asesinato fraterno, por la envidia de uno contra el otro, y siendo condenado por Yavhé el mismo que actuó como juez tras interrogar a Caín.

Como podemos ver desde las épocas antes de Cristo existía este tipo de odio, envidia, etc., entre hermanos que se veían inferiores frente a su colateral, por citar otro caso también de las mismas épocas, la historia de José y sus hermanos:

“Resulta que los 10 hermanos mayores que José tenían muchos celos de José, porque José le decía a su papá las cosas malas que hacían los hermanos mayores. Pero, además, José tenía sueños en los que veía que él iba a ser más importante que sus hermanos mayores e iba a estar por encima de ellos. Esto les daba mucha rabia y envidia a los hermanos de José. Jacob mandó a José a buscar a sus hermanos a ver si no les había sucedido nada y a llevarles comida. José salió a hacer lo que su papá le ordenó.

Los hermanos pudieron reconocer a José cuando estaba aún lejos, porque él venía con la túnica de muchos colores que le había dado su papá.

Llenos de envidia y de rabia hacia José, uno de ellos propuso matarlo, entre otros propusieron muchas cosas (...).”

Como se puede observar en la historia existió esa envidia entre los hermanos y el deseo de matarlos; sin embargo regresando a nuestra actualidad, los deseos de envidia y de acabar con la vida entre hermanos no ha cambiado sigue siendo este un problema, un problemas que nuestro

sistema jurídico no ha logrado corregir y reducir, pues tal es el caso de nuestro Código Penal en el que se ha estipulado la figura delictiva del Parricidio, en el artículo 107, el mismo que establece: *“El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, (...)”*, sin embargo el presente artículo no ha incluido a aquel que tiene parentesco en segundo grado colateral, es decir el hermano. Pues lo que se busca es sancionar a aquel que a “sabiendas” mata a su padre, o hijo, estas pueden ser biológicos o adoptivos, porque la norma no ha incluido a los hermanos, pues consideramos que no es lo mismo atentar contra un desconocido a que atentar contra un familiar de quien uno si tiene conocimiento de que se trata de una persona cercana uno.

1.2. Delimitación de la investigación

1.2.1. Social

La investigación tiene carácter social debido a que busca la tipificación correcta de las personas que atentas contra sus hermanos.

1.2.2. Espacial

La investigación se circunscribe al ámbito nacional debido a la discusión del artículo del código penal, el mismo que es de aplicación nacional

1.2.3. Temporal

Responde a un análisis de los posibles casos entre el 2012 al 2013.

1.3. Formulación del problema de investigación

¿En qué medida es importante que el homicidio en segundo grado sea considerado e incorporado como parricidio tipificado en el artículo 107° de C.P. y no considerado como homicidio simple según el artículo 106° del C.P.?

1.3.1. Problema General

El términos generales consideramos que nuestro código penal no ha considerado en su redacción del artículo 107, la inclusión de aquellos que tengas el segundo grado colateral, es decir, a los hermanos en la figura delictiva del parricidio, pues el espíritu del artículo citado es sancionar de manera ejemplar aquel que “a sabiendas” mata a algún integrante de su familia, y solo hace mención a los padre, abuelos (ascendientes) y a los hijos, nietos (descendientes), y estos pueden ser naturales o adoptivos, pero no menciona a los hermanos, a ellos simplemente se les aplicará los artículos del homicidio simple o su figura agravada, sin embargo lo que el artículo 107 quiere expresar es que se debe sancionar esa intención de querer matar y sobre todo a un integrante de su familia, en consecuencia es necesario que se incluya a los hermanos.

1.3.2. Problemas Específicos

¿El actual artículo 107 del Código Penal ataca y trasgrede a la sociedad en el núcleo de las relaciones familiares?

¿El artículo 107 del Código Penal estaría afectando la paz social?

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo General

Investigar y demostrar que la falta de una adecuada regulación normativa que permita la incorporación del homicidio de segundo grado como parricidio, ataca y trasgrede a la sociedad ya que el núcleo de esta es la relación familiar y, se vulnera la Paz Social.

1.4.2. Objetivos específicos

- Determinar que se ataca y trasgrede a la sociedad ya que el núcleo de esta es la relación familiar.
- Determinar que la falta de inclusión del homicidio en segundo grado al parricidio estipulado en el artículo 107° del Código Penal, vulnera la Paz Social.

1.5. Justificación de la Investigación

La incorporación del parentesco en segundo grado colateral, es decir, entre hermanos como figura delictiva del parricidio es importante debido a que busca la protección de la familia y sus relaciones entre sus integrantes más aun entre sujetos que tienen una relación muy directa que son los hermanos, pues es importante proteger a la familia y esta como célula vasca de la sociedad, nos garantiza que sus integrantes se desarrollen en familias que lejos de atentar contra ellos mismos buscan la unión, la protección, valores que nuestra actual sociedad está escasa, por el contrario se ha incrementado las pandillas juveniles, la drogadicción infantil, la prostitución, y peor aún el sicariato, debido a que en sus familias no existe una adecuada educación en valores y oportunidades que permitan tener otra opción de elección.

Tipificar de manera correcta y adecuada va a permitir que la comisión de los delitos reduzca su índice y eso genere que nuestra sociedad se vea cada vez menos peligrosa, generando un clima de paz social que es lo que todos buscamos y pretendemos lograr.

En ese sentido entendemos que el parricidio incluido en él la sanción de, aquel que mata a su hermano, sea uno de los crímenes más abominables que pueda concebir la humanidad, y por lo tanto que esté sujeto pueda ser sancionado por parte del aparato punitivo del Estado.

1.6. Limitaciones de la Investigación

- ❖ La presente investigación sólo comprende el lapso de 3 meses para su elaboración que incluye recolección de datos, sistematización de información, estructura, análisis, redacción entre otros.
- ❖ La investigación se limita a un análisis jurídico y social de los derechos en protección de la mujer como sujeto de derecho.
- ❖ El investigador cuenta con un escaso presupuesto.
- ❖ El investigador cuenta con escasa fuente bibliográfica.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DEL ESTUDIO DE INVESTIGACIÓN

A. En el mundo

➤ Grecia

No hay mucha información del parricidio entre los griegos, en la cultura romana es diferente, ya que si hay mención de las sanciones que se imponían a los parricidas, entre los griegos encontramos a Edipo del cual hablaremos a continuación.

Edipo Rey es una obra de Teatro escrita por Sófocles que narra la historia de Edipo, un desventurado príncipe de Tebas, hijo de Layo y de Yocasta. Poco antes de que Layo y Yocasta se casaran el oráculo de Delfos les advirtió de que el hijo que tuvieran llegaría a ser asesino de su padre y esposo de su madre. Layo tuvo miedo, y en cuanto nació Edipo, encargó a uno de sus súbditos que matara al niño, pero dicha persona no cumplió con la orden de matar a Edipo, solo perforó los pies del bebé y lo colgó con una correa de un árbol situado en el monte Citerón, faltando a su lealtad al rey Layo y también por el horror que le producía la orden que le habían dado. Por ese lugar pasó Forbas, un pastor de los rebaños del rey de Corintio, escuchó los grandes lamentos y llanto del bebé y lo recogió entregándoselo para su cuidado a Polibio. La esposa de Polibio, Peribea se mostró encantada con el bebé y lo cuidó con cariño en su casa, dándole por nombre Edipo, que significa "el de los pies hinchados.

*Edipo creció bajo el cuidado de Polibio y Peribea, y al llegar a los catorce años ya era muy ágil en todos los juegos gimnásticos levantando la admiración de muchos oficiales del ejército que veían en él a un futuro soldado. Uno de sus compañeros de juegos, con la envidia que le producían las capacidades de Edipo lo insultó y le dijo que no era más que un hijo adoptivo y que no tenía honra. Ante todo, lo que había escuchado y atormentado por las dudas, Edipo preguntó a su madre si era adoptivo o no, pero Peribea, mintiendo, le dijo a Edipo que ella era su auténtica madre. Edipo, sin embargo, no estaba contento con las respuestas de Peribea y acudió al oráculo de Delfos, quien le pronosticó que el **mataría a su padre** y*

se casaría con su madre, y además le aconsejó que nunca volviese Corinto, lugar donde nació. Al oír esas palabras Edipo prometió no volver jamás a Corinto, y emprendió camino hacia Fócida. En su viaje se encontró a un horrible monstruo, La Esfinge. La Esfinge tenía cabeza, cara y manos de mujer, voz de hombre, cuerpo de perro, cola de serpiente, alas de pájaro y garras de león y desde lo alto de una colina detenía a todo aquel que pasara junto a ella y le hacía una pregunta, y si no se la contestaban, la Esfinge les provocaba la muerte.

➤ **Roma**

Proviene de *parens*, y aunque en el primitivo derecho romano parecía haber servido para calificar todo homicidio, desde la ley de las XII Tablas el alcance de la expresión se circunscribió para designar estrictamente la muerte de los parientes. En la Ley de Pompeya, se amplió su comprensión, siendo luego limitada por Constantino al homicidio de descendientes. El parricidio fue siempre, considerado un delito excepcional. De ello son clara prueba las penas que se aplicaran a sus autores en la antigüedad; siendo del caso asimismo citar la opinión de Solón al respecto, quien se negó a negar penas en Atenas para los parricidas, en razón de que no creían que hubiera personas tan perversas que osasen romper los vínculos sagrados de la naturaleza (CAPURRO, 1995). En el mundo se tienen referencias de este problema.

➤ **En la biblia – Jerusalén**

“Y dijo Caín a su hermano Abel: Ven, salgamos nosotros dos a campo abierto. Y ocurrió que cuando los dos salieron a campo abierto, respondió Caín y dijo a Abel: Veo yo que el mundo no fue creado por amor ni es llevado según el fruto de obras buenas y que hay acepción de personas en el juicio. ¿Por qué tu ofrenda ha sido aceptada con benevolencia y mi ofrenda no ha sido recibida con agrado? Abel respondió diciendo a Caín: Yo veo que el mundo ha sido creado por amor y que es dirigido según el fruto de obras buenas y por cuanto mis obras fueron mejores que las tuyas, mi ofrenda fue recibida con benevolencia y tu ofrenda no fue recibida con agrado. Respondió Caín a Abel diciendo: No existe juicio y no existe juez y no hay otro mundo;

no hay concesión de recompensa para los justos y no hay castigo para los malvados. Abel replicó a Caín diciendo: Hay juicio y hay juez y hay otro mundo y hay concesión de recompensa para los justos y hay castigo de los malvados en el mundo venidero. Sobre tal tema estaban los dos disputando en el campo abierto, cuando se levantó Caín contra su hermano Abel y lo mató.”

El asesinato de Caín a Abel, recogido en el libro del Génesis, perteneciente a la Biblia, y en el que Yahvé actúa de juez tras interrogar y condenar al malhechor, sería la primera narración que reúne los elementos de una novela negra.

Así lo ha manifestado hoy el catedrático de Filología Inglesa de la Universidad de León José Luis Chamosa, en una conferencia que ha pronunciado en el segundo Congreso Internacional de Ficción Criminal de la capital leonesa, en la que ha incidido en que este relato bíblico reúne algunos de los elementos que caracterizan este género literario, entre ellos, el principal, como es la presencia de un asesinato

➤ **Chile**

La autora **Daniela R. Montecino Bastías (2000)** en su tesis manifiesta que: *En términos generales se denomina Parricidio al homicidio cometido en la persona de otro sujeto con quien se tiene lazos de sangre, o bien una relación unida por lazos de confianza derivados del matrimonio o la convivencia.*

Es así como se considera en Chile según la investigación de Daniela Montecino, al Parricidio.

B. En el país

“El artículo 107 del Código Penal peruano describe el delito de parricidio en un sentido amplio, general, que incluye tanto al parricidio propiamente dicho como al matricidio, filicidio y uxoricidio. En sentido restringido, parricidio es el homicidio cometido en agravio del ascendiente masculino inmediato; esto es, el padre natural o adoptivo. El matricidio en cambio está referido a la madre de quien comete el homicidio. El filicidio es el crimen perpetrado por el padre o la madre en agravio del hijo natural o adoptivo. La calidad consanguínea y el vínculo por adopción son presupuestos en el parricidio en sentido específico, en el matricidio y el filicidio. La diferencia está en el uxoricidio porque en este delito sólo existe como supuesto previo el vínculo originado por matrimonio civil válido, aunque el putativo también produce efectos civiles si se contrajo de buena fe.

El profesor de derecho y metodología Ivan Guevara (2006) *La consideración de este último tipo de matrimonio tiene sentido toda vez que el Código subsume en la figura del parricidio a los concubinos. La convivencia ha hecho sentir su peso a la sociedad civil. El nuevo texto sustantivo la ha reconocido como objeto de protección en el delito que comentamos, a diferencia del Código Penal derogado de 1924”,* En el país se tienen referencias de este problema.

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1. DERECHO PENAL

1. Evolución del derecho penal en el Perú:

El Perú es un país subdesarrollado. Esta situación es el resultado de un largo proceso histórico, iniciado por la Conquista española.

El Perú precolombino se desarrolló de manera autóctona durante un lapso de diez mil años y tuvo su expresión mayor en el Imperio

de los Incas, que organizaron un Estado militar y económicamente fuerte, logrando así el fortalecimiento de sólidos patrones culturales, la adaptación a un medio geográfico difícil y cierto grado de creatividad.

Ese desarrollo independiente fue interrumpido por la Conquista y la Colonia, que consistieron en el sometimiento y en la transformación de la sociedad indígena, lo que significó la integración de América al sistema económico europeo, su transformación en un gran reservorio de materias primas del mercado europeo, factor importante del desarrollo industrial de Europa occidental. De esta manera, el Perú fue integrado al sistema mercantil mundial.

La Conquista fue el inicio de un largo proceso de destrucción de las relaciones sociales de los grupos que, unificados por la dominación inca, constituían el Imperio y, al mismo tiempo, significó su reorientación conforme a los cánones europeos. Durante el período colonial (300 años), las estructuras y normas de los conquistadores se desarrollaron en continuo proceso de interrelación y oposición recíproca. Según Karen Spalding “el resultado final fue la organización interna del área andina como un sistema colonial basado en la sumisión de los miembros de la sociedad indígena hacia los de la sociedad europea, quienes a su vez se hallaban controlados y explotados por una metrópoli extranjera”. La incorporación de la sociedad indígena al sistema socioeconómico europeo, no en el sentido de "integración social" significó la imposición de patrones sociales y culturales, la que determinó el cambio y modificación del proceso cultural aborigen. Junto a su lenguaje, religión, sistema económico y político, *los españoles trajeron e impusieron su derecho*".

La Independencia produjo la ruptura de los lazos político-administrativos coloniales con España; pero no la quiebra de la relación de dependencia económica con la Metrópoli.

En ese aspecto, significó el paso a la esfera de influencia del imperio inglés. Internamente, se redujo a un "intento de reconstrucción solamente en términos políticos y declaratorios. La tenencia de la tierra cambia de manos y los financistas ingleses adquieren o consolidan su influencia mediante préstamos. La condición de los indígenas empeoró y los latifundistas "adquieren un poder de decisión local a un grado desconocido y hasta inconcebible en el tiempo de la Colonia"

Así, la colonización española, primero, y la República, después, ligaron el desarrollo del Perú al sistema económico-cultural occidental, lo que determinó su condición de colonia, de región proveedora de materias primas, de país subdesarrollado.

Todo este proceso ha dado lugar a un desarrollo desigual de la sociedad peruana. Existe una marcada diferencia entre las situaciones en Lima y las provincias; en la sierra, la costa y la selva; en las zonas industriales y agrícolas; en el medio urbano y en el rural. No se da una uniformidad cultural en el país, y la separación de clases sociales es muy acentuada.

Los españoles trajeron e impusieron, mediante la colonización, su cultura: idioma, religión, sistema político y económico, derecho, etc. Diversas Leyes de Indias datan de los primeros momentos del descubrimiento (la recopilación de estas leyes tuvo lugar en 1680). Las disposiciones legales españolas que estuvieron vigentes fueron las contenidas en las Siete Partidas, La Nueva Recopilación, las del Estío, las de la Novísima Recopilación y, asimismo, las del Fuero Real. La implantación de este orden jurídico no comentó con una radical eliminación del Derecho indiano de carácter consuetudinario. En un principio, se reconoció la vigencia de todas aquellas reglas que no contradecían los principios básicos del

orden español. A medida que avanzó y se consolidó el sistema colonial decreció su importancia.

En esta etapa histórica, no es posible hablar de recepción de un derecho extranjero. Se trata, más bien, de la imposición de un ordenamiento jurídico extraño a la población aborigen, y ésta no desempeñó el rol de sujeto activo en este proceso, sino más bien fue el objeto. Lo contrario es condición indispensable de toda recepción, que es la aceptación consciente y voluntaria de un Derecho extranjero. Es decir, que ella, no conlleva la coacción ni la destrucción del pueblo receptor. La Conquista española representaba la cultura occidental. Por estas circunstancias y por el carácter mismo de la conquista y la colonización, esta confrontación no podía culminar sino con la dominación político-económica de los vencidos y en su aculturación.

Las leyes españolas permanecieron en vigor en el Perú, como en el resto de América y España, hasta el siglo XIX. La independencia (1821), si bien constituyó "un momento de emergencia nacional", no produjo una "ruptura con el pasado, sino en el terreno sentimental y emocional". Las nuevas repúblicas americanas reconocieron, además del perfil administrativo precedente, la vigencia de cuantas disposiciones había regido y no estaban en oposición a las nuevas leyes y recientes decretos.

2. El primer Código Penal peruano (1863) y la recepción del Código Penal español de 1848-50.

En las siguientes tentativas de codificación penal, se acentúa en el Perú la tendencia a seguir el modelo hispánico. Diversas comisiones se formaron para dotar al país de un Código Penal; pero sólo la nombrada por el Congreso de 1853 logró elaborar un Proyecto. Dos comisiones revisaron este Proyecto (en 1857 y 1860), antes de que fuera aprobado en 1863. En una nota de remisión del resultado de sus labores, fechada el 20 de mayo de

1859, la Comisión de 1857 reconoció haber seguido al Código Penal español de 1848-50 por haber creído encontrar en sus disposiciones los más saludables principios y las mejores indicaciones de la ciencia, y en razón a que estado las actuales costumbres de los peruanos vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes del idioma de Castilla no era posible alejar nuestro Proyecto de aquellas acertadas disposiciones.

El Código Penal español de 1848-50, modelo seguido por nuestro legislador, fue imitación del Código brasileño de 1830, "copia a su vez del Código napolitano, como éste lo era del francés de 1810" (36) El legislador no tuvo en cuenta otra ley extranjera, como lo hiciera el argentino, quien siguió de manera harto fiel el Código bávaro de 1913, obra de Anselmo Feuerbach y el de Luisiana (a través de la exposición de Livingston).

Este apego al modelo español se nota, igualmente, en la legislación procesal penal. El Código de Enjuiciamiento en Materia Penal de 1863 tuvo como fuente inmediata a la ley española denominada Reglamento Provisional de 26 de setiembre de 1835.

A pesar de que no existen estudios profundos sobre las ideas jurídicas dominantes en los primeros cincuenta años de la República, se puede admitir con Zavala Loayza (38) que la Escolástica, la doctrina de los Padres de la Iglesia, Santo Tomás, con su docta "Summa", formaron el arsenal del Convictorio Carolino y, después, de las Universidades. El ambiente en la República se modificó poco, luego que otras generaciones sucedieron a las de Viadurre, Sánchez Carrión, Luna Pizarro, etc.

En buena cuenta, lo anterior nos indica que la cultura del sector dominante en el Perú era casi la misma que predominaba en España por lo que la Importación del modelo español (Código 1848-50) puede ser calificada de recepción homogénea; ya que la cultura

del receptor no era distinta a la del país originario del Código receptor y no habiéndose seguido sino un solo modelo, no debe ser considerada como una recepción plural o ecléctica.

Es cierto que el legislador peruano no realizó una transcripción literal del Código español, sino que lo modificó para adecuarlo al "estado del país". Pero también es acertado afirmar que sólo tuvo en cuenta un aspecto de la realidad peruana, ignorando a la numerosa población nativa, que, si bien había sido "modelada" al estilo hispánico durante la Colonia, no se podía sostener que sus "costumbres" estuvieran "vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes y del idioma de Castilla". Los indígenas, mayoría entonces en el país, no eran sujetos activos en este proceso de recepción, sino que lo soportaban como lo hicieron con la legislación colonial.

Nuestro proceso de reforma se inició con el nombramiento de una comisión parlamentaria en enero de 1915. El Proyecto fue elaborado por Víctor M. Maúrtua, revisado por una nueva comisión en 1921 y, finalmente, aprobado sin discusión parlamentaria en enero de 1924.

Así, pues, tenemos que los modelos utilizados por el legislador son, en orden de importancia, los Proyectos suizos de 1915 - 16 y 1918, el Proyecto italiano de 1921 y el Código de la misma nacionalidad de 1889, el Código argentino de 1921, el Código uruguayo de 1889 y el proyecto sueco de 1918.

La influencia de este último es mínima; pero no irrelevante. Se refleja en la adopción del sistema días-multa (art. 41 C.P.). La influencia holandesa es patente en algunas disposiciones generales concernientes a la aplicación de la ley penal y, sobre todo, en las referentes al concurso de leyes y de delitos. En el Libro tercero del Código, consagrado a las faltas, es notoria la influencia uruguaya.

3. Concepto

El derecho penal es una de las ramas del derecho, esto es, del sistema normativo de las relaciones sociales de carácter jurídico, o, lo que es lo mismo, de las relaciones externas de los individuos entre sí o con el Estado.

El derecho penal regula la potestad estatal de castigar, determinando lo que es punible y sus consecuencias. Estas no se agotan hoy en las penas, como sucedía en las leyes antiguas y en las legislaciones clásicas, cuyo único objetivo era el castigo del delincuente. Uno de los aportes fundamentales de la escuela positiva de derecho criminal, fue su valor como incentivo para ampliar los medios jurídicos utilizables por el Estado para luchar contra la delincuencia, agregando a las penas, las medidas de seguridad, también como un medio regulable por el legislador penal y cuya aplicación presupone la comisión de un delito y un debido proceso judicial.

Como parte del ordenamiento jurídico, el derecho penal está constituido por enunciados que contienen, ante todo, *normas* y la determinación de las infracciones de estas, que constituyen delitos (por ejemplo, el artículo del Código Penal que define el homicidio).

Además, también forman parte del derecho penal, *reglas* donde se establecen qué presupuestos condicionan la responsabilidad penal por los delitos. Finalmente, el derecho penal contiene también enunciados que describen las *consecuencias jurídicas* que se prevén para la infracción de las normas, es decir, para los delitos. (Bacigalupo, 1996)

En el *derecho penal de hecho*, este es contemplado en primer término: lo primario es la lesión del orden jurídico o del orden social; el autor, es decir, sus características personales, sólo entran en consideración en forma secundaria. Ello significa que las

características personales del autor carecen por sí solas de entidad para dar por cumplidos los presupuestos para la aplicación de una pena. Por lo general, dichas características personales se toman en cuenta —si es que se las toma en cuenta - en el momento de la individualización de la pena aplicable por el hecho cometido. (Bacigalupo, 1996)

En el *derecho penal de autor* el hecho tiene solamente una *función sintomática* y los tipos penales *legales* requieren ser complementados por un tipo *judicial* de autor. (Bacigalupo, 1996)

El derecho penal existe como un sistema de normas abstractas que, sin necesidad de la ocurrencia de un caso delictivo, puede ser interpretado, pero no tiene, en sí mismo, la posibilidad de realizarse prácticamente. Para hacerlo, necesita del derecho procesal penal y del derecho de ejecución penal. El derecho penal establece qué es lo que debe hacerse con el responsable de haber cometido un delito, pero son el derecho procesal penal y el derecho de ejecución penal los que dicen cómo se debe proceder para hacer efectivo el precepto penal.

4.Características

El derecho penal se caracteriza por ser un conjunto de normas y de reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquellas. (Bacigalupo, 1996)

Lo que diferencia sustancialmente al derecho penal de otras ramas del derecho es, ante todo, la especie de consecuencias jurídicas que le son propias: las penas criminales (de privación de la libertad, de multa o de privación de derechos determinados) y las medidas de seguridad (medidas destinadas a impedir la reincidencia sin consideración al grado de responsabilidad

individual). Pero, además, la gravedad de la infracción de las normas que constituyen el presupuesto de la aplicación de la pena.

De la investigación realizada hemos podido encontrar que respecto al derecho penal tenemos las siguientes características.

- **Carácter Público:** El derecho penal tiene como finalidad la seguridad jurídica y la paz, tratando de brindar protección a los valores de orden fundamental que sean armónicos con la vida en sociedad. Dicha sociedad es representada mediante el Estado; que es a quien le corresponde la tipificación de hechos punibles, así como también le compete el establecimiento de sanciones y de su aplicación mediante órganos estatales establecidos que llevan a cabo la administración de la justicia penal.

En síntesis, únicamente el Estado puede imponerse en sus decisiones frente a la población mediante sus entes jurisdiccionales establecidos. Además, la protección con la que el bien jurídico debe contar, conformadora del aspecto de orden teleológico del derecho penal, se encuentra representada mediante sanción de actos que se perjudican un valor social establecido que debe ser asegurado.

- **Carácter Teleológico:** El autor Ricardo Nuñez (1999) nos indica que: *“la misión del derecho penal comprende la adecuada protección de los bienes jurídicos, sean estos propiamente individuales o de proyección social. Lo que se persigue es la tranquilidad y la seguridad social”*.

Proteger el bien jurídico tutelado, constituye el objetivo primordial de la norma y de su alcance, tutela penal y sentido solamente pueden medirse a través de interprete, mediante un camino contrario al tomado por el legislador.

En conclusión, la debida protección del bien jurídico tutelado, conformador del aspecto de orden teleológico del derecho penal, se encuentra representado la sanción de las actuaciones que perjudican un valor social determinado al cual se le quiere brindar protección.

- **Coercitivo:** El ordenamiento se encarga de la seguridad jurídica, entendiéndose este como la seguridad con que se cuenta para la salud, para vivir y llevar a cabo una determinada profesión, así como para comunicarse, sin que nadie pueda intervenir en la consecución de los derechos anotados.

Por tanto, el derecho penal se encarga de mantener la seguridad jurídica mediante una coerción penal que se manifiesta a través de la pena; debido a ello el derecho penal es el encargado de seleccionar todos los comportamientos antijurídicos que lesionen dicha seguridad.

- **Valorativo:** Debido a que se encarga del sometimiento de las acciones que realiza el ser humano a los juicios de valor. Existen acciones de importancia y otras que no lo son para el derecho penal. Para aquellas acciones sin importancia, el derecho penal se encarga de regular sanciones.

- **Normativo:** Se refiere a un conjunto de normas jurídicas; y como disciplina de orden científica, dichas normas son constitutivas de su mismo objeto de estudio, debido a tener relación directa con una ciencia cultural

- **Sancionatorio:** Dicha característica no requiere ser demostrable, las sanciones penales son determinadas para quien infrinja las normas imperativas, el castigo es la característica principal del derecho penal. Por lo general el derecho penal se encarga de brindarle protección jurídica a los distintos bienes

jurídicos que existen, ya que no los constituye por sí solo. En dicho sentido le otorga un reforzamiento a la protección de la cual gozan previamente los bienes jurídicos.

- **Rehabilitador y Preventivo:** Cuenta con un carácter rehabilitador y preventivo, tal como lo señala el autor Emiro Sandoval Huertas al indicar que: *“las medidas de seguridad llegan a formar parte de la sanción sumando sus fines preventivos, rehabilitadores y reformadores del delincuente”*. (Marroquin, 2007)

- **Retributivo:** Debido al daño ocasionado por un delito determinado, al trasgresor le es impuesta una determinada pena, por ello se establece que el derecho penal tiene carácter retributivo.

- **Preventiva – Represiva:** Tiene una función preventiva – represiva, debido a que brinda protección a los bienes jurídicos que se encargan de tutelar cuando se limitan las conductas que lesionan el orden ya establecido, y por otro lado, también alerta las trasgresiones nuevas a la ley, no únicamente por intimidación generada por una pena en quien la padece, sino que también debido a que la ejecución de la pena a quien trasgrede genera respeto a los valores de la convivencia social por parte de los miembros de la sociedad.

El autor Claus Roxin nos indica: *“el derecho penal y la política criminal deben mantenerse en armonía, es decir no pueden estar vinculadas”*

5. Fines del derecho penal

❖ Fin social:

Desde el punto de vista del *fin social* de la protección, el derecho penal, puede ser *individualista* o *socialista*. (Nuñez, 1999)

- **Individualista.** - El derecho penal es individualista si el sentido predominante de su protección es el resguardo de los intereses de las personas como tales y como miembros de la sociedad.
- **Socialista.** - la finalidad del derecho penal es socialista si, a los efectos de su protección, el valor supremo está representado por los intereses de la colectividad. Son esos intereses los que determinan cuáles bienes de las personas merecen protección y en qué medida se la debe realizar.

❖ **Fin Político:**

Políticamente, el derecho penal puede tener una finalidad liberal o autoritaria. (Nuñez, 1999)

- **El derecho penal es *liberal*** si representa un sistema de seguridad jurídica frente a lo punible y sus consecuencias. Supone, por un lado, la exclusión del castigo de las ideas y sentimientos, los cuales corresponden al fuero privado de los individuos, que está exento de la autoridad de los magistrados.

El derecho penal liberal supone, por otro lado, la vigencia del principio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*. Este principio excluye la imputación criminal y el castigo al margen de los delitos definidos y reprimidos por la ley. En su esfera, la única fuente del derecho penal es la ley previa al hecho cometido. De esta manera, el derecho penal cumple una función de garantía para los gobernados frente a los gobernantes.

El derecho penal liberal se traduce, procesalmente, en la exigencia del debido proceso judicial como presupuesto de la condena.

- El derecho penal es **autoritario**, si el objeto de la protección penal no son los intereses de los individuos, sino los deberes de éstos con el Estado. Para garantizar estos deberes con toda amplitud, prescinde del principio *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*. Por consiguiente, según el autoritarismo, la ley no es la única fuente del derecho penal, sino que los delitos y las penas pueden deducirse por analogía (Nuñez, 1999). El derecho penal deja de tener una función de garantía para los gobernados y se convierte en una seguridad para la represión conveniente para el gobernante. En este derecho penal aparecen como valores supremos, que encuentran una proficua fuente en la analogía, delitos tales como los contra-revolucionarios o los contra la seguridad del Estado o la economía o la raza u otros ingredientes del absolutismo estatal. El autoritarismo le asigna a la represión un fin ético y seleccionador.

❖ **Carácter Sancionatorio:**

Se dice que el derecho penal no es autónomo, sino accesorio de otras ramas jurídicas. Su única misión sería la de sancionar la violación de intereses reconocidos por otras ramas del derecho (Jiménez De Asúa, 1999). Lo real es que, si bien, el derecho penal está sometido al principio de la unidad del sistema jurídico positivo, que excluye contradicciones entre sus distintas ramas respecto de la juridicidad o antijuricidad de los hechos, goza de autonomía para configurar y castigar delitos sin necesidad de la existencia de especiales regulaciones prohibitivas de los otros sectores del derecho. (Nuñez, 1999)

❖ **Función del Derecho Penal**

La función del derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos. Se trata, por lo tanto, de la prevención de la lesión de bienes jurídicos. Este punto de vista puede ser concretado, en principio, de dos maneras diferentes:

- En primer lugar, se puede sostener que la protección de bienes jurídicos debe tomar en cuenta sólo aquellas acciones que representen por lo menos un peligro objetivo de lesión del bien, prescindiendo, por lo tanto, al menos inicialmente, de la dirección de la voluntad del autor: mientras no haya una acción que represente un peligro para un bien jurídico, considerando este peligro objetivamente y sin tener en cuenta la tendencia interior del autor, no habrá intervención del derecho penal.

La tarea del derecho penal para este criterio, comenzaría con el peligro real para el bien jurídico protegido.

- En segundo lugar, la protección de bienes jurídicos puede comenzar ya donde se manifiesta una acción disvaliosa, aunque el bien jurídico mismo todavía no haya corrido un peligro concreto. En este caso la peligrosidad de la acción dependería de la dirección de la voluntad del autor a la lesión del bien jurídico y no de la proximidad real de la lesión del bien jurídico.

El primer punto de vista fue dominante desde Von Liszt (1881) hasta los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, durante los cuales fue perdiendo lentamente terreno. El segundo, fue representado por Welzel: "La tarea del derecho penal es la protección de bienes jurídicos mediante la protección de valores ético-sociales elementales de acción". En la elaboración de la teoría del delito ambos puntos de partida han conducido a diversas configuraciones de los respectivos sistemas. El criterio que parte del peligro del bien jurídico realmente corrido o concretado en lesión, dio lugar a una teoría del delito propia del positivismo que encontró en la acusación de un resultado (por ejemplo, lesiones corporales) un principio legitimante para remontarse a un juicio sobre la personalidad del autor (derecho penal de autor); Von Liszt: "*Se pregunta ¿qué*

merece el hurto, la violación, el asesinato, el falso testimonio? en vez de preguntar ¿qué merece este ladrón, este asesino, este testigo falso, este violador? ... No se castiga al concepto sino al autor". (Bacigalupo, 1996)

Mientras la función preventiva del derecho penal es prácticamente indiscutida en la teoría, no es tan pacífica la opinión que acepta para este una función represiva, entendiendo por tal "no la expresión del esfuerzo por realizar mediante la justicia penal mundana una ideal moral absoluto, sino el medio necesario para alcanzar la protección de la sociedad de un modo justo" (Bacigalupo, 1996). Se trata, de todos modos, de una función de ratificación de determinados valores sociales o de ciertas normas de ética social.

La función preventiva del derecho penal es consustancial con las teorías de la pena que ven en esta un medio de prevención del delito (teorías relativas).

Por el contrario, la función represiva o la finalidad de ratificación de normas de ética-social están ligadas a las teorías que, de alguna manera, fundamentan la pena en la idea de justicia (teorías absolutas). La circunstancia de que hoy dominen entre nosotros las teorías llamadas de la unión, que articulan prevención y represión, determina por tanto que se reconozca al derecho penal funciones preventivas y represivas a la vez. En otras palabras: *la función del derecho penal depende de la concepción de la pena que se siga.*

6. Tipos

❖ El Derecho Penal subjetivo

En su sentido más amplio, es la facultad que el Estado tiene de definir los delitos y fijar y ejecutar las penas o medidas de

seguridad: es el llamado *Ius Puniendi*. Es facultad, porque el Estado, y sólo él, por medio de sus órganos legislativos, tienen autoridad para dictar leyes penales; pero es también deber, porque es garantía indispensable en los Estados de Derecho, la determinación de las figuras delictivas y su amenaza de pena con anterioridad a toda intervención estatal de tipo represivo.

❖ El derecho penal objetivo

Ese conjunto de normas legales que asocian al crimen como hecho la pena como legítima consecuencia, constituye el Derecho Penal objetivo. El Derecho Penal objetivo es el régimen jurídico mediante el cual el Estado *sistematiza, limita y precisa* su facultad punitiva, cumpliendo de ese modo con la *función de garantía* que, juntamente con la *tutela de bienes jurídicos*, constituyen el fin del Derecho Penal. (Fontan, 1998).

7. Caracteres

- ✓ La **naturaleza normativa** de esta disciplina resulta de la esencia misma de su objeto: las normas de Derecho. Partiendo de la separación en ciencias culturales y naturales, que formuló Mayer (1903) en el carácter normativo está implícita su condición de ciencia cultural.
- ✓ La **naturaleza valorativa**. La íntima relación en que están los caracteres señalados del Derecho Penal, hace que sea también de la condición de normativo de donde surja la naturaleza valorativa de ese Derecho, porque sus disposiciones contienen juicios de valor alcanzados sobre la base de una escala, cuya graduación la determina el interés que resulta de estimar los hechos a la luz de la finalidad propuesta por el Derecho Penal.
- ✓ El **Derecho Penales finalista**, porque tiene un fin en sí mismo. La ley regula la conducta que los hombres deberán

observar en relación con las realidades en las que deben asentarse las normas, en función de un fin colectivamente perseguido y de una valoración de esos hechos.

- ✓ La ***Función de garantía***. Debe inspirar la ley penal un criterio definido de autolimitación de la potestad punitiva del Estado, que asegure el respeto por las garantías individuales, indispensable en los Estados de Derecho. (Fontan, 1998)

Esa *misión de garantía* no llega a cumplirse totalmente con la inclusión en los códigos de figuras penales por las que se sancionan las conductas que amenazan, ponen en peligro o lesionan los bienes jurídicos, sino asegurando con los tipos la discontinuidad de las ilicitudes previstas por la ley. Es, pues, en el aspecto negativo - en los silencios de la ley - donde reside esa seguridad. En otras palabras: la ley penal ha de ser redactada "acuñando los delitos en tipos" y limitando la intervención penal del Estado únicamente a la ejecución de las acciones previstas en ellos.

- ✓ El ***Derecho Penal es una rama del derecho público***. Ese carácter resulta de la función reguladora de las relaciones entre el Estado y los individuos sometidos a un orden jurídico. No existe relación de soberanía y de sumisión más característica que la del individuo sometido al Estado por la coacción de deber sufrir una pena, dice Maurach. Derecho Penal "***ius poenale***" recibe su justificación del derecho de castigar propio del Estado *ius puniendi*. (Fontan, 1998)

En su función específica, el juicio penal no decide los derechos de las partes entre sí o con relación a terceros, sino la existencia o inexistencia de las circunstancias que justifiquen el ejercicio de la potestad del Estado, a través de

su facultad más excepcional: la aplicación de penas u otras medidas del derecho criminal.

- ✓ La llamada ***naturaleza sancionadora del Derecho Penal***. Al afirmar que el Derecho Penal es sancionador, se sientan, por lo común, dos premisas que juzgamos necesario distinguir. Por un lado, como la denominación primariamente lo indica, se señala que, en materia penal, el Estado se vale como última ratio del resorte más poderoso de que dispone para el mantenimiento del orden jurídico: las sanciones penales.

Por otro lado, se asigna a la ley penal función secundaria o accesoria de las otras ramas del Derecho. Para quienes eso piensan, la aplicación de sanciones no es solamente una característica diferencial, peculiar de nuestra disciplina, sino la consecuencia de su carácter accesorio, por obra del cual su función se limita a la aplicación de sanciones a aquellos actos que han sido valorados como antijurídica por otras leyes.

8.El derecho penal y las ciencias auxiliares

Generalidades

Fue un error pensar que mientras se definiera el delito como una violación al derecho y no como un hecho concreto, determinado por causas, no sería posible aplicar los métodos científicos criminológicos. Esa idea implicaba confundir el delito como institución estructurada y reglamentada por la ley penal, con el delito como fenómeno patológico individual y social. Lo que era necesario admitir para la provechosa aplicación de esos métodos, no era una confusión entre la naturaleza normativa del

derecho penal y la naturaleza de esas ciencias naturales, sino un auxilio de éstas para aquél.

El derecho penal legislativo no surge de la nada, ni representa una doctrina pura del derecho penal al servicio de un orden social determinado, sea un orden nacional (*derecho penal nacional*) o internacional (*derecho penal internacional*).

Para cumplir su misión, el derecho penal no puede prescindir del auxilio de otras ciencias cuyos objetos son el delito como fenómeno patológico individual y social y la política social aconsejable frente a él, instrumentable en la ley penal. Estos dos grandes sectores del saber auxiliar del derecho penal pueden comprenderse bajo dos denominaciones: la criminología y la política criminal.

- **La Criminología**

La criminología no representa, en sí misma, una ciencia autónoma, porque los múltiples aspectos del delito que deberá estudiar como "ciencia de la criminalidad" (*Garófalo*) O "ciencia del delito" (*Ingenieros*), no permiten un método único de investigación, necesario, a la par de la unidad del objeto (delito), para que una disciplina constituya una ciencia.

La criminología, como disciplina auxiliar del derecho penal, tiene un múltiple contenido científico. Para el conocimiento del crimen o delito como fenómeno natural, que constituye el objeto de la criminología, ésta cuenta con el aporte de las ciencias criminológicas y de las respectivas disciplinas o ciencias auxiliares de ellas, a saber: por un lado, la antropología criminal, que se ocupa del delito como manifestación somática o psicológica

individual; y, por otro lado, la sociología criminal, que tiene por objeto el delito como fenómeno social.

La condición de la criminología de ser auxiliar del derecho penal, no implica que sólo deba ocuparse de los hechos que éste considere como delitos. La idea de que el objeto de conocimiento de las ciencias criminológicas está delimitado por la previa valoración jurídica, porque el delito es, ante todo, un concepto jurídico (EXNER), olvida que el auxilio de la criminología al derecho penal no se traduce en valoraciones y calificaciones de los fenómenos individuales y sociales, así sea como delitos naturales, sino en su determinación causal, descriptiva y funcional, quedando a cargo del legislador penal su valoración político-criminal.

El auxilio de la criminología al derecho penal se manifiesta, así, por una parte, en el conocimiento, a los efectos de su apreciación normativa por el legislador, de realidades operantes en el ámbito de los intereses de una sociedad; y, por otra parte, en la cooperación para el conocimiento de las realidades ya captadas por las normas represivas. Es secundario que, en razón del primer tipo de auxilio, se pueda discutir el carácter criminal de la ciencia que lo proporciona. (Nuñez, 1999)

- **La Política Criminal**

El material que las ciencias criminológicas le proporcionan para su estudio al legislador penal, resulta mejor aprovechado mediante el auxilio de la política criminal. Ésta, que recibió un verdadero impulso a través de la Unión Internacional de Derecho Penal (1889), por obra de *Von Liszt*, *Prins* y *Von Hamel*, y cuya tarea ha sido concebida de maneras diferentes (Jimenez de Asua,

1999), no se mueve en el campo de la prevención del delito, propio de la política social, ni en el de su descubrimiento, que corresponde a la criminalística, utilizada en especial por la investigación policial.

La política criminal tiene por finalidad adecuar la legislación penal a las necesidades de la defensa de la sociedad frente al delito, mediante la configuración del elenco de los delitos, las penas y las medidas de seguridad y las reglas que los rigen, así como el mejoramiento del procedimiento penal y de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad y corrección. A estos efectos, la política criminal, haciendo un examen crítico de la legislación vigente, aprovecha para mejorarla, los datos de la criminología y de todos aquellos aportes que, como los de la jurisprudencia y doctrina penales, de la experiencia carcelaria, de la política social, de la técnica legislativa, etc., considera útiles para cumplir su misión.

9. Fuentes del derecho penal

El estudio de las legislaciones penales antiguas puede hacerse, en sí mismas o comparativamente, como aportes al derecho ulterior. Aquí se trata de una reseña desde este punto de vista.

Las instituciones penales modernas tienen en no poca medida su fuente en el derecho romano, germánico y canónico.

- **Derecho Penal Romano**

Si bien el derecho penal romano no estuvo ordenado en forma sistemática, en él se encuentra un gran número de instituciones receptadas o desenvueltas por el derecho penal

moderno. Su examen, a la luz de la mejor enseñanza, demuestra que no son las materias del derecho penal aquellas de las cuales el derecho romano no proporciona precedentes.

El derecho penal romano señala como fundamento de la pena, la venganza, la retribución o la defensa de la disciplina pública. Conoce tanto el delito de comisión como el de omisión; el delito permanente o sucesivo y el transitorio o instantáneo.

Diferencia el delito permanente del concurso de delitos. En éste, distingue el caso del que, con acciones diversas, lesiona el orden jurídico o con la misma acción ofende normas diversas y viola derechos (concurso material), del caso en que la misma acción considerada ofensiva de la misma norma, es contemplada en diferentes disposiciones legislativas (concurso formal).

Sólo admite como autor responsable del delito al hombre, varón o mujer, capaz (maduro y sano de mente) y culpable (dolo). El dolo es compatible sólo con la intención directa. No basta la posibilidad de prever el resultado delictivo {dolo eventual). Lo que está fuera de la intención pertenece al casus, por el que no se responde.

Excusan la ignorancia y el error de hecho sobre una circunstancia constitutiva del delito. Se discute sobre si la ignorancia y el error de derecho sirven de excusa. En general, en contra de Binding, que opina en sentido contrario porque considera que el dolo se integra por la *scientia iuris*, se piensa que la ignorancia y el error de derecho no excusan.

Conoce el principio de la coacción por la prepotencia humana o por causas naturales.

No ignora las causas de justificación del delito. Se ocupa de la defensa necesaria, que extiende a los familiares y al patrón; del estado de necesidad y de la obediencia debida.

No castiga la sola voluntad delictiva, sino el hecho delictivo voluntario. Castiga la consumación del hecho definido como delito y no su tentativa. No implica el castigo de ésta, el castigo como delitos consumados, de hechos materialmente imperfectos, preparatorios de un objetivo ulterior, por ejemplo, el castigo como delitos contra la paz doméstica, del acopio de armas o de actos preparatorios del hurto; o el castigo como homicidio, de actos preparatorios del homicidio por robo.

Conoce la participación criminal. Distingue los que toman parte directa en la consumación (*coautores, socii*), el que incita al delito o lo aconseja (*instigador, actor*) y el auxiliador (*minister*), pero no los castiga de manera desigual.

Por regla, la pena es personal, sólo excepcionalmente se traslada a los familiares (penas pecuniarias y contra el honor). Distingue la pena de la sanción de policía. Particularmente en los primeros tiempos, distingue la pena privada de la pública. Aquélla es una regulación de la venganza privada (*addictio, talión, composición*). La pena pública puede ser Capital (de muerte o que, por ser privativa del *status libertatis* o del *status civatis*, produce una *capitis diminutio* máxima o media) No Capital. Esta, a su vez, puede ser aflictiva (mutilación y flagelación), restrictiva de la libertad (trabajos forzados, relegación, cárcel, arresto), o patrimonial (confiscación de los bienes, decomiso o confiscación de objetos determinados, penas pecuniarias) o infamante (incapacidades, deshonores).

El derecho penal romano desenvuelve principios sobre la eficacia de la ley penal en razón de las personas y el lugar.

Castiga, entre otros delitos, el hurto, la injuria, el daño al patrimonio de los particulares, entre los que está el incendio; la violación de sepulcros (daños a las cosas religiosas), el daño a las cosas públicas y los delitos sexuales; entre los delitos públicos están el perduellio y el *crimen maiestatis* (delitos contra el Estado), los delitos de religión, los contra las buenas costumbres, el crimen vis, el homicidio, las falsedades, el *crimen pecuniarum repetundarum* (aceptación de dádivas y exacciones cometidas por los funcionarios públicos), el *peculatus (furtum publicae pecuniae)*, el *ambitus* (fraude electoral) y el plagio (robo de hombre).

- **Derecho Penal Germánico**

El derecho penal germánico ha influido, en mucha menor medida que el romano, en la estructuración del derecho penal actual en cuanto toca a nuestras instituciones criminales, pues las fuentes germanas, de tanta importancia para el derecho penal del Imperio Alemán, sólo se manifiestan en nuestros precedentes en la medida en que, a través del Código penal de Baviera de 1813, trascendieron al proyecto Tejedor.

Las fuentes del derecho penal germánico son el antiguo derecho germánico, comprendidas las leyes populares (*Volksrechte*); la Carolina u Ordenanza para los juicios capitales, redactadas por *Schwar semberg* para el Obispado de Bamberg (*Bamber gensis*, año 1507), aplicable luego a los países francos (*Brandenburgica, Brandenburgensis*, 1516), finalmente elevada a la categoría de ley del Imperio (*Peinliche Gerichtsordnung Karls V*, 1532), y el Derecho Penal Alemán Común (*Gemeines deutsches Strqfrecht*) (Florian, 1934).

El desenvolvimiento progresivo del derecho penal de la época germana, se manifiesta fundamentalmente en la época franca por la institución de la Faída o venganza de sangre. Ésta o la

Busse o enmienda, en caso de renunciarse aquélla- rige la represión fuera del ámbito familiar y de la Sippe, que está sometido a la potestad punitiva de su jefe.

En el derecho penal germánico prepondera el *elemento objetivo*, esto es, el daño. Sólo después, cuando se le fue dando importancia al elemento subjetivo, las fuentes llegan a usar términos que distinguen los delitos voluntarios de los involuntarios. Si bien las leyes, por regla, no distinguen entre la culpa y el caso, para ciertos delitos exigen culpa o dolo. La preterintencionalidad se equipará a la voluntad del hecho.

Siendo el daño el fundamento de lo antijurídico, la tentativa no se castiga, aunque, como en el derecho romano, se castigase como delito perfecto la tentativa de ciertos hechos.

La instigación (*consilium, expositio, elocati*), reconocida excepcionalmente en el derecho más antiguo, comenzó a tener más amplia elaboración cuando debió reconocerse que el delito del siervo no era siempre un delito del patrón, sino que era un delito propio suyo, pues el siervo podía obedecer o no la orden o consejo de aquél.

Más fácil desenvolvimiento tuvo la participación consistente en el auxilio, lo que se explica porque la responsabilidad por actos materialmente vinculados con el delito se adaptaba más al objetivismo del derecho penal germánico, que la responsabilidad fundada en una vinculación intelectual (instigación). La reunión de personas con fines delictivos constituye la banda (*contubernius, colluta*), que requiere una vinculación jerárquica (jefe y secuaces) entre un número mínimo de personas. El favorecimiento es considerado una figura distinta de la complicidad, pero, por lo general, es tratado con la misma severidad que la autoría.

El sentido objetivo de la responsabilidad penal que prevaleció por largo tiempo en el derecho penal germánico, no favoreció un razonable reconocimiento de las causas personales eximentes, atenuantes o agravantes de la pena. Cuando se llegó a distinguir los hechos involuntarios de los voluntarios, el delito de los menores se consideró involuntario. Algunas leyes fijan esa edad en doce años. Otras, distinguen el delito de la mujer del cometido por el varón, pero no siempre para favorecerla. La demencia es admitida como causa minorante (derecho nórdico) o causa de inimputabilidad (derecho longobardo). La condición política o social del autor y de la víctima tenía influencia sobre la pena.

- **Derecho Penal Canónico**

El Corpus *Juris Canonici* está receptado, aunque no de modo exhaustivo, por el derecho penal de la Iglesia. El Corpus recogió lo legislado hasta el siglo XIV en el Decretum Gratiani (1140), las Decretales de Gregorio IX (1232), el Liber Sextus de Bonifacio VIII (1298) y las Constituciones de Clemente V (Clementinae, 1313). Quedaron al margen los Libri poenitentiales.

La Iglesia, que fundó su derecho de castigar en la delegación divina de la venganza contra los malhechores, distinguió a los fines del castigo, el pecado y el delito, aunque a éste lo consideró con marcada preponderancia del factor interno y, consecuentemente, puso como finalidad de la pena la enmienda del reo mediante la penitencia representada por aquélla. El subjetivismo del derecho penal canónico contrasta con el objetivismo del derecho penal germánico.

La influencia de la Iglesia sobre el derecho penal se explica por la jurisdicción sobre los laicos de que gozó, especialmente en la Edad Media.

Además de su importancia en lo que atañe al elemento subjetivo del delito, el derecho penal canónico la tuvo en relación a la distinción del derecho y de la moral, así como a la clasificación de los delitos y de las penas. La Iglesia ejerció una influencia benigna respecto de la represión, combatiendo con la tregua de Dios las violencias y la Faida, y ofreciendo protección con el derecho de asilo. La tesis cristiana de la humanidad, tendió a excluir las diferencias sociales como razón para castigar de manera distinta. Su influencia en el derecho penal común persistió en forma preponderante hasta el advenimiento del iluminismo.

Distingue los delitos:

- En ***Delicta Eclesiástico***, que ofenden el derecho divino, son de la competencia de la Iglesia y se castigan con las *poenitentiae* (herejía, cisma, apostasía, simonía);
- En ***Delicta Mere Seculari***, que lesionan el orden humano, son reprimidos por el poder laico con verdaderas penas y por la Iglesia con *poene medicinales* indeterminadas y que terminan sólo con la enmienda del culpable; y
- En ***Delicta Mixta***, castigables por el poder laico y por la Iglesia, con *poene vindicatívae*. Son, en particular, los delitos contra el matrimonio y la moral, las magias, el falso juramento, la falsificación y otros.

El derecho penal canónico reconoce como sujeto activo del delito al hombre. Los procesos contra animales, que están a cargo de la Iglesia, no significan reconocerlos como

sujetos capaces de delinquir, sino que implican una especie de execración o maldición tendiente a prevenir futuros daños por parte del animal. (Nuñez, 1999)

Empero, para el derecho penal canónico la pena no tiene siempre carácter personal, pues a veces afecta a los difuntos y a los parientes inocentes del reo. También admite la responsabilidad penal de las corporaciones y de los entes colectivos. La reacción contra esta tesis, a la que no le puso fin, fue una obra principal del que luego fue Papa Inocencio IV, para quien, siendo la *universitas* una ficción, un *nomen iuris*, sin existencia real, no puede actuar por sí.

Para el derecho penal canónico, la intención criminal, que es esencial, presupone el discernimiento, esto es, la voluntad libre y la conciencia del hecho cometido. El que no puede discernir no tiene capacidad delictiva. Carecen de ella los locos, los privados de conciencia (por fiebre violenta, sueño, sonambulismo, ira, intenso dolor), los menores de siete años (infantes). La capacidad de los púberes (14 años los varones y 12 las mujeres) depende de las circunstancias.

El derecho penal canónico distingue el dolo. Este existe cuando el agente, con ánimo deliberado, realiza una acción para cometer el delito (*fanímus, malum studium*) o según su previsión debe o no producir ese efecto (*sciens, scienter*). Este dolo no se distinguió claramente de la culpa. A veces, el tipo delictivo se integra con un elemento subjetivo.

La culpa consiste, en sentido objetivo, en la relación entre la conducta del agente y un resultado no querido, pero que había debido y podido evitar (*negligentia*). En sentido

subjetivo, significaba una ignorancia reprochable de los efectos dañosos de una acción u omisión (*imperitia, ignorantia*). (Nuñez, 1999)

Excusan la ignorancia y el error de hecho sobre los elementos esenciales del delito. Ellos atenúan si recaen sobre circunstancias agravantes o que cambian la especie delictiva. Pero la regla tiene excepciones. La ignorancia y el error de derecho no excusan, aunque atenúan. También excusa la violencia moral (*vis compulsiva*). *Coactus, tamenvoluit*. (Nuñez, 1999)

El derecho penal canónico se rige por el principio *cogitationis poenam nemopatitur*. La idea de que el derecho canónico castiga la simple intención criminal, sólo resulta de no haberse distinguido el delito del pecado. El derecho penal canónico no tiene una regla general sobre la tentativa, y únicamente registra casos muy especiales en los cuales se la castiga. (Nuñez, 1999)

El derecho penal canónico se ocupa de la participación criminal. Esta supone una cooperación activa. La cooperación por conductas negativas es un pecado. La participación es intencional. Por regla, la misma pena del autor es aplicable a los otros partícipes, pues lo que preferentemente se considera es la intención criminal que los guiaba. Como formas de la participación criminal, el derecho penal canónico, admite la instigación, la complicidad, la ratificación de un delito ya cometido por otro (equiparada al mandato) y el favorecimiento. (Nuñez, 1999)

El derecho penal canónico castiga delitos contra la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor y la propiedad y

delitos de falsedad, así como la falsificación de documentos, de decretos pontificios, de moneda, de pesas y medidas y la suposición de parto, la calumnia, el prevaricato y la corrupción de funcionarios. Prevé delitos contra los intereses jerárquicos de la Iglesia y faltas disciplinarias de los clérigos. (Nuñez, 1999)

2.2.2. IUS PUNIENDI

1. Generalidades

La potestad punitiva ha sido relacionada con el concepto de soberanía. Su inicial desarrollo se formuló y consolidó dentro del complejo de ideas del sistema inquisitivo y tuvo posterior desenvolvimiento dentro de las ideologías estatistas. (Vásquez, 2001)

El delito deja de ser entendido como daño y es fundamentalmente valorado como desobediencia y, por ello, como una suerte de ataque al soberano quien, consecuentemente, tenía la facultad de castigar para restablecer la autoridad vulnerada y disuadir ejemplarmente la posible comisión de conductas semejantes. Para ello se crea un conjunto de instituciones monopólicas encargadas de ejercer de manera oficiosa y oficial todo lo concerniente a la materia punitiva.

En lo básico, el precedente esquema se mantiene hasta nuestros días, ya que salvo limitadas excepciones todo lo relacionado con el tema penal está investido del ya indicado carácter público.

Dentro del pensamiento posterior a la Revolución Francesa y no obstante las importantes reformas de racionalización y liberalismo que fueron dando lugar a la conformación del actual Derecho Penal, la construcción doctrinaria (especialmente la alemana, de notoria influencia sobre la española y latinoamericana) se mantuvo fiel a una visión esencialmente estatista que no dudó jamás en considerar al Estado (como una entidad en sí misma) como el sujeto (el soberano)

investido de la facultad punitiva, esto es, de imponer las penas que estime necesarias para el mantenimiento de su orden y de sus fines.

Como lo puso en claro Popper, la línea de pensamiento que desde Platón a Hegel desarrolló el concepto del Estado como entidad válida en sí misma superior ontológicamente al individuo, potenció consecuentemente la idea de una facultad o poder preexistente de castigar al súbdito, poder que se en causa diversamente según las alternativas y necesidades de ese mismo poder.

La señalada es la primera y más notoria expresión del *Ius Puniendi* o derecho estatal de castigar, que entre nosotros resume Fontán Balestra diciendo que "el Estado, como sujeto de la potestad penal, está facultado para imponer la pena...", constituyendo tal poder "el Derecho Penal subjetivo" (Fontan, 1998); como consecuencia de este poder, establece objetivamente las disposiciones reguladoras del Derecho Penal sustantivo, las normas instrumentales para su aplicación (Derecho Procesal Penal) y la reglamentación de la ejecución, todo lo cual se concreta como Derecho Penal objetivo.

De tal forma, y dentro de la referida concepción, el Derecho Penal objetivo no sería sino consecuencia de la propia autolimitación de ese poder soberano. Sobre el particular, expone Jiménez de Asúa (1999): "El Derecho Penal subjetivo no es limitado, pues el Estado, en el ejercicio del poder de castigar, tiene que limitarse a sí mismo, fijando el supuesto y el contenido de su actuación (el crimen y la pena). La limitación del Derecho Penal subjetivo está lograda por el Derecho Penal objetivo".

Debe señalarse que esta posición apareció durante mucho tiempo como prevaleciente y que incluso aquellas teorías que principalmente la cuestionaban, lo hacían, como el caso del positivismo italiano, desde una perspectiva aún de más extremo estatismo, ya que apuntaban a señalar que no cabía hablar de un derecho subjetivo sino de una

simple y lisa facultad imputativa y sancionatoria directamente derivada de la soberanía.

El Estado (una abstracción) surge institucionalmente de la Constitución que es una regulación del ejercicio legítimo del poder organizado en función de determinados fines sociales y como garantizador de preexistentes derechos individuales y sociales. Esa Constitución es la que otorga la legitimidad estatal y, en el caso de la facultad punitiva, la que establece los cauces por los que habrá de discurrir la consiguiente regulación específica, tanto en los aspectos sustantivos como procesales. De tal forma y como lo hemos ya estudiado respecto del denominado proceso de criminalización, el Poder Legislativo sanciona leyes en las que se definen conductas a cuya comisión se asocian, como consecuencia, penas. Esta determinación de comportamientos punibles es la que hace surgir la facultad sancionatoria, que no existe de modo concreto, amplio o indeterminado, sino, por el contrario, en función de la regulación sustantiva. Esto significa que el pretendido *ius puniendi* es consecuencia del Derecho Penal objetivo y, por cierto, no lo contrario.

En este punto asiste razón a Rodríguez Devesa (1977) cuando concisamente dice que el concepto subjetivo del Derecho Penal no es otro que el que refiere a la facultad de establecer las pertinentes leyes y "aplicarlas cuando se cumplan los requisitos en ellas prevenidos".

La primera y más importante de esas condiciones es la que ya se ha estudiado y que desde la época de Beccaria tiene rango de fundamental garantía y de base del Derecho Penal liberal bajo el nombre de principio de legalidad, complementado con el de reserva y coherente con los valores de libertad y seguridad.

De tal forma, el pretendido derecho general de penar no es tal (salvo como facultad legislativa, la que, por otra parte, también se condiciona ante límites constitucionales, racionales y objetivos), sino que surge del

conjunto de infracciones taxativamente determinadas y descritas. Como bien señala Almagro Nosete la garantía de legalidad "pide una taxatividad en la definición y fijación de los elementos componentes del tipo delictivo que, al concretar los hechos, impide la extensión analógica de las descripciones delictivas" (Almagro, 1991).

En este punto debemos recordar lo desarrollado por la doctrina penal en orden a los fines del Derecho Penal que, de una manera genérica, deben responder a un equilibrio entre las necesidades de evitar y castigar comportamientos gravemente lesivos para el orden jurídico y para mínimos niveles de coexistencia, y la vigencia de zonas de libertad, intangibles a la intromisión estatal.

En consecuencia, la pena sólo podrá ser aplicada cuando se arribe a un juicio afirmativo de responsabilidad respecto de una autoría culpable en la comisión de un hecho previsto como delito en ley válida y vigente, y tal determinación sólo puede darse dentro de determinados procedimientos, acordes con la garantía de judicialidad.

De esta manera, podemos concluir en la muy relativa utilidad del tema de la facultad estatal de castigar, la que dentro del Estado Democrático de Derecho de base constitucional, aparece tan sólo como el poder de dictar leyes penales, pero ello dentro de los límites que el mismo texto y espíritu constitucional condicionan.

2. Concepto

El *Ius Puniendi* es aquella expresión latina que es utilizada para referirse a esa facultad que tiene el Estado de sancionadora. Por un lado que, la expresión "IUS" equivale a decir "derecho", mientras que la expresión "PUNIENDI" equivale a "castigar" y por tanto se puede traducir literalmente como derecho a penar o derecho a sancionar. La expresión se utiliza siempre en referencia al Estado frente a los ciudadanos.

3.Naturaleza

El Estado, como sujeto de la potestad penal, está facultado para imponer la pena que restablece el orden jurídico. A él corresponde el llamado Derecho Penal subjetivo o *Ius Puniendi*, fundado en la necesidad de la sociedad misma de reprimir los actos que revelan mayor disvalor jurídico-social. Como sujeto de la soberanía, el Estado es el titular de la potestad de imperio, del cual se desprende la facultad de acuñar los delitos y fijar las penas. (Fontan, 1999)

4.Limitación

Es la facultad no es ilimitada, ya que el Estado, en el ejercicio del *Ius Puniendi*, debe auto limitarse. Este límite está dado:

- Por el ***Derecho Penal objetivo***, que constituye el límite exacto de la facultad de reprimir, y que es deber del Estado establecer, tanto porque no se concibe una sociedad organizada sin normas legales represivas, cuanto por el hecho de que resulta garantía indispensable la determinación de las figuras delictivas y sus amenazas de pena con anterioridad al hecho que motiva la intervención de tipo penal por parte del Estado.
- El Estado ***no puede irrumpir en la esfera de lo no punible***, amenazando con pena conductas indiferentes desde ciertos puntos de vista. Al respecto manifiesta Maurach hoy se reconoce de modo unánime que al *Ius Puniendi* le han sido trazados unos límites por la dignidad humana, y por una firme relación entre culpa y castigo, que no pueden ser sobrepasados por la objetivación del poder penal, el Derecho Penal material, sin poner en peligro su contenido ético". (Fontan, 1999)

5. Fundamento y Atribución del Derecho de Reprimir

Fundamentación

Interesa saber en virtud de qué razones el Estado adopta la pena para aplicarla a quienes han delinquido y el juicio será, lógicamente, distinto, según sea la misión que a la pena se asigne. Por eso, sin superponer el problema del fundamento del Derecho Penal con el de función de la pena, a menudo será lógico y necesario referirse al segundo.

Cuatro son las ideas fundamentales alrededor de las cuales giran todas las teorías: retribución, prevención, corrección y defensa.

❖ Teoría retributiva

Son aquellas para las que la pena es la medida que corresponde al delito. Quien ha violado la ley, debe ser castigado.

Esta noción retributiva ha sido apoyada en principios religiosos, morales y jurídicos.

- **Retribución Divina.** La relación delito-pena está dada para Stahl por el orden moral de las cosas, merced al gobierno divino del mundo. Para este autor, el Estado no es una creación humana, sino la realización temporal de la voluntad divina. La pena vence la voluntad que cometió el delito y violó la ley suprema. (Fontan, 1999)
- **Retribución moral.** Sostienen sus partidarios la exigencia ineludible de la naturaleza humana de que el mal sea retribuido con el mal, como al bien debe corresponder la recompensa. (Fontan, 1999)

Este principio general alcanza su forma más evolucionada a través de KANT, quien da como fundamento del derecho de

reprimir el imperativo categórico del deber. Es exigencia indispensable de la ley la necesidad absoluta de razón.

- **Retribución jurídica.** Es Hegel quien formula esta doctrina, con estructura de sistema. Para este autor, el Estado persigue el mantenimiento del orden jurídico; el delito causa una aparente destrucción del Derecho, que la pena inmediatamente restablece, realizando la compensación jurídica. (Fontan, 1999)

El hecho del delincuente se vuelve contra él a través de la pena; por eso, cuando realiza el delito por su propia voluntad, quiere la violación del Derecho, que es tanto como si quisiera la pena.

La norma es para HEGEL que la propia conducta ha de aplicarse al autor de un delito, sin que tenga, por consiguiente, motivo alguno para quejarse

❖ **Teorías Intimidatorias o de Previsión**

Como su nombre lo indica, se proponen prevenir la comisión de nuevos delitos, mediante el carácter intimidatorio que la ley lleva consigo. Esta idea central ofrece modalidades que son consecuencia del medio empleado y la amplitud del fin propuesto:

- Sobre esas bases podemos distinguirlas en ejecutivas y conminatorias. Las primeras persiguen evitar la comisión de nuevos delitos mediante la aplicación y ejecución de la pena; las segundas consideran que la amenaza del castigo logra el fin de prevención perseguido.

- Las teorías ejecutivas se distinguen según se propongan evitar la comisión de nuevos delitos sólo por aquel a quien se aplica la pena (prevención especial) o por todos los individuos del grupo (prevención general) (Fontan, 1999):

- **Prevención especial.** Como hemos adelantado ya, consideran objetivo de la ley penal el impedir ulteriores atentados por parte del delincuente sometido a la pena, por el temor que en él produce la posibilidad de sufrir una nueva condena. El representante más caracterizado de esta tendencia ha sido Grollman.
- **Prevención general mediante la pena.** A este concepto responde todo el sistema de las penas ejemplificadoras aplicadas especialmente en la Antigüedad y en la Edad Media. La pública ejecución de los condenados a muerte lo mismo que los suplicios a que se somete a los condenados en presencia del pueblo, persiguen intimidar a sus componentes. La pena ejerce así función preventiva, mediante el temor, sobre todos los componentes del grupo.
- **Conminatorias de prevención general.** Persiguen estas teorías evitar la comisión de delitos, mediante el efecto que la amenaza de la pena fijada para el delito produce sobre todos los componentes del conglomerado social: consideran logrado el fin de la prevención con la amenaza del castigo.

- **La represión, facultad del Estado**

Las teorías que tratan de explicar por qué la facultad de represión está en manos del Estado, pertenecen en alguna medida al ámbito del derecho político. Estas concepciones no tratan de justificar sólo la colocación del ius puniendi en manos del Estado, sino la facultad de éste de determinar todo el ordenamiento jurídico.

- ❖ **Teoría Contractualistas**

Para los contractualistas la facultad jurídica del Estado emana de un contrato social. La teoría de la asociación o del agrupamiento corporativo representó un antecedente directo

de la teoría mecánica o mecanicista de la sociedad, más conocida con el nombre de contractual.

La expuso en sus lineamientos clásicos Thomas HOBBS: *“Para asegurar la protección y el orden social se crea la sociedad política, de una manera artificial, mediante el contrato. El egoísmo es el motivo determinante de la autoridad y la ley. Esta última obedece a un deseo instintivo de conservación social. El principio de conservación obliga a los hombres a reunirse y someter su voluntad a determinadas leyes o normas de conducta. Cuando se llega a este momento, la voluntad del Soberano es la única fuente legal”* (Fontan, 1999 pág. 91)

Según John Locke, la ausencia de un pacto fundamental, de un Poder Judicial que dirima los litigios y la incapacidad de los individuos, para defender sus derechos contra toda injusticia, conduce a las vaguedades e incertidumbres de una situación insostenible. Para salir de este paso, forman los hombres la sociedad política, por medio del pacto social, cediendo su prerrogativa personal en la interpretación y ejecución de la ley natural, a cambio de la garantía de que ha de respetarse su derecho a la vida, libertad y propiedad.

Quien da el aporte más importante al organicismo es Spencer y no ya como pura idea filosófica, sino más bien como un instrumento metódico de base biológica. Los rasgos fundamentales en que consiste la analogía entre el organismo animal y el social son para él los siguientes:

- a) El crecimiento es un proceso común a ambos;
- b) Todo aumento de volumen está acompañado de una evolución en la estructura;
- c) La diferenciación en las estructuras lleva consigo una diferenciación en las funciones;

- d) A una mayor diferenciación del órgano, con especialización de funciones, tanto en el organismo biológico como en el social, corresponde una mayor dependencia recíproca de las partes diferenciadas;
- e) La vida, tanto de un organismo como de una sociedad, está producida y condicionada por la vida de sus ingredientes o unidades.

Bueno es recordar que sobre esa base apoyaron sus teorías autores pertenecientes al positivismo penal. Así, GARÓFALO afirma que del mismo modo que todo el organismo reacciona contra la violación de las leyes que regulan sus funciones naturales, en toda asociación sucede lo mismo: Ferri concluye que la penalidad no es más que una desasimilación artificial de los elementos nocivos.

❖ **Teoría Jurídica**

Dice Kelsen: "Para una ciencia que no se enreda en imágenes antropomórficas y busca la realidad de las relaciones humanas detrás del velo de las personificaciones, el Estado y su Derecho son un solo y mismo sistema de coacción". Y en otra parte afirma: "Si el Estado es el orden jurídico, la teoría del Estado tiene que coincidir con la teoría del Derecho".

Las teorías jurídicas consideran el Estado como la esencia misma del Derecho, y es la propia necesidad de sometimiento a un orden jurídico lo que le da su razón de ser.

2.2.3. TEORÍA DEL DELITO

Generalidades

La teoría del delito es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley. (Bacigalupo,1996)

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

El carácter práctico de la teoría del delito se manifiesta además en los siguientes puntos:

- Las soluciones que proponga en el marco de sus teorías parciales (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etc.) deben ser practicables, es decir, referirse a circunstancias del hecho que sean determinables y comprobables de acuerdo con las reglas del derecho procesal penal.
- La mera posibilidad de establecer distinciones conceptuales lógicas (por ejemplo: la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad en función de un criterio determinado) no es todavía fundamento suficiente para aceptar una teoría; se requiere además una fundamentación de su racionalidad político-criminal (ejemplo: la distinción de las agravantes y atenuantes en genéricas —arts. 9 y 10 del Código Penal español— y específicos —por ejemplo la atenuación por

causa de honor en el infanticidio, art. 410 del Código Penal español— es lógicamente posible, pero sólo sería significativa si de esa manera se pudiera justificar el tratamiento de unas y otras con base en reglas distintas, ya sea respecto del error o de la participación y esto tuviera un sentido político-criminal plausible).

La teoría del delito se estructura como un método de análisis de distintos niveles. Cada uno de estos niveles presupone el anterior y todos tienen la finalidad de ir descartando las causas que impedirían la aplicación de una pena y comprobando (positivamente) si se dan las que condicionan esa aplicación. Gráficamente podría decirse que se trata de una serie de filtros cuyos orificios son más estrechos en cada nivel. Sólo tiene sentido preguntarse por la adecuación típica de un hecho que reúna los requisitos de una acción. De igual modo sólo cabe preguntarse por la culpabilidad si previamente se ha comprobado la existencia de una acción típica y antijurídica. (Bacigalupo, 1996)

La teoría del delito se estructura, además, en un sistema de conceptos, es decir, que las relaciones entre unos y otros conceptos responden a unas ideas generales ordenadoras. La importancia del sistema de la teoría del delito, en su concepción clásica, consiste en que este permite inferir consecuencias lógicas que no estarían expresadas en la ley y posibilita un tratamiento igual de cuestiones iguales, y desigual de las desiguales. En este sentido, la teoría del delito presupone que el legislador ha adoptado sus decisiones de una manera razonable a partir de un punto de partida conocido y cognoscible. La lógica del sistema derivado de este punto de partida del legislador garantizaría, en consecuencia, una aplicación de la ley según el principio de legalidad. Implícitamente esta justificación del sistema admite

que el texto de la ley es tan claro que, por lo menos, el punto básico del que ha partido el legislador puede conocerse indubitadamente a través de los pensamientos expresados en la misma ley.

Sin embargo, la historia dogmática demuestra que esta última explicación no es realista. En efecto, el pensamiento del legislador se expresa en su lenguaje y este, como todo lenguaje natural, no es unívoco, sino todo lo contrario.

Ello explica que sobre un mismo Código Penal hayan podido elaborarse diversos sistemas (por ejemplo "causalistas", "finalistas", etc.) y, a la vez, que dichos sistemas hayan podido trasladarse a otros derechos positivos diversos del que les sirvió de origen e, inclusive, permanecer una vez derogado el Código sobre el cual se elaboraron.

En los últimos tiempos, el estudio de la teoría jurídica del delito se ha constituido en el objeto primordial del Derecho Penal, y dentro de ella se han producido los trabajos de más importancia y el mayor número de cambios. La doctrina permite diferenciar algunas etapas:

Etapa Científica.- Una primera etapa, representada, entre otros, por Feuerbach en Alemania, Pacheco en España y la Escuela Toscana en Italia, especialmente a través de las figuras de Carmignani y Carrara, constituye el período en que, sobre la base del derecho natural, se llega a un nivel científico del Derecho Penal. (Fontan, 1999)

La exposición, que no se ciñe a un determinado derecho positivo, adopta la fórmula sencilla y clara de la bipartición, en la que todo lo subjetivo pertenece a la culpabilidad y todo lo objetivo a la antijuridicidad.

En la concepción de *Carrara*, el delito es un "ente jurídico", en el que todos los elementos tienen idéntica jerarquía; están en un mismo plano de valor y de significado, la acción, la antijuridicidad y la culpabilidad. Delito es: *Infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.*

Se propone *Carrara* señalar qué características debe reunir el hecho al que se asigne carácter de delito. No debe incluir en un código penal hechos que no reúnan esas características indicadas en su definición. Está, pues, señalando las peculiaridades que debe tener un acto para ser incluido en la ley penal.

Su definición no supone la existencia de una ley penal sobre la cual se elabora, sino que, podría decirse que, a la inversa, es la ley la que deberá adaptar las previsiones a su definición. Por eso hemos denominado a estas definiciones pre jurídicas, o acaso mejor, condicionantes de las legislaciones. *Carrara* caracteriza la ley penal como la ley dictada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y según sus propias palabras aspira a "fijar el límite perpetuo de lo ilícito".

La responsabilidad se sustenta en la imputabilidad moral, que es fruto del albedrío: el ser humano, pudiendo optar entre el bien y el mal, se decide por este último y es por ello merecedor de castigo.

La labor en esta etapa es intensa y fecunda. Y si bien la concepción del delito como ente jurídico - en la que *Carrara* cifró sus mejores esperanzas- cedió su lugar al estudio del

delito como acción, muchos de los trabajos de esa época tienen hoy plena vigencia. La tarea de analizar, diferenciar y definir realizada, dio al Derecho Penal la jerarquía de una disciplina científica.

El Positivismo

La idea que asigna al hombre capacidad de decisión es para Ferri tan ilusoria como la que más, y un concepto de la responsabilidad fundado en ella, consecuentemente falso. El determinismo rige los actos del ser humano, y sólo un sistema que se sustente en esa comprensión puede ser considerado justo y útil. El delito es un fenómeno natural al que el hombre es impulsado por un determinismo cosmológico.

El sistema centró su labor en dos ideas fundamentales: la defensa social y la peligrosidad. La responsabilidad resulta de la condición humana del autor que revela una tendencia peligrosa que da derecho al grupo para tomar medidas de defensa. Es la responsabilidad social frente a la defensa social. (Fontan, 1999)

A quien ha delinquido se lo debe resocializar, si ello es posible. Si no lo es, la pena de muerte o la relegación por tiempo indeterminado proporcionan el medio para la defensa social.

Como consecuencia del nuevo enfoque que se dirige prevalentemente al delincuente, el positivismo adopta el método positivo.

Queda como saldo de las ideas del positivismo la aceptación de cierta "*responsabilidad*" de los inimputables para el Derecho Penal. Como consecuencia de esa especie de responsabilidad, aceptación de diversas medidas, distintas de

la pena, que son también consecuencia del delito, fundadas en *la atribución del hecho y la peligrosidad del autor*. (Fontan, 1999)

En esta última tendencia, con distintas variantes, están la *Terza Scuola*, cuya doctrina desenvuelven E. Carnevale y B. Alimena y, la *Escuela Político-Criminal*, orientada por Von Liszt, Van Hamel y Prins. El neopositivismo se manifiesta, particularmente, en la persona de Florián y en la de Grispign. (Fontan, 1999)

Etapa Dogmática Clásica

La dogmática adquiere su primer perfil, que ha de ser tenido como clásico, a través de las obras de Von Liszt y de Von Belling. (Fontan, 1999)

Ambos tratan el delito como acción con determinadas características. La acción se destaca de los elementos restantes del delito –todos ellos independientes entre sí– para alcanzar un plano de mayor jerarquía: el delito es acción; es acción antijurídica; es acción culpable. Esto se ve claramente a través de la denominación que uno y otro autor dan a los capítulos de sus obras: “*El delito como acción*”, “*El delito como acción culpable*”.

Caracteriza esta etapa la concepción puramente “naturalística” de la acción, de la cual la corriente dogmática se ha apartado mucho posteriormente. También puede verse en esta tendencia la concepción psicológica de la culpabilidad en su modalidad más característica: la imputabilidad es presupuesto de la culpabilidad; el dolo y la culpa son sus formas o especies. Por otra parte, prevalece la idea de una antijuridicidad objetiva y formal, caracterizada, esencialmente, por la contradicción del acto con el orden jurídico.

Beling, citado por Fontan Balestra, (1999) destaca la función de la adecuación típica como punto central del concepto de delito. No obstante, señala que es un concepto puro, sin significado independiente. En conexión con ella, el acto ilegal culpable se convierte en un delito, pero sola carece de tiempo, espacio y existencia. No es una noción de la vida real, sino de la ley, a la cual se llega mediante abstracciones de los elementos de las distintas figuras de delitos. Además, su presencia no denota la de otro u otros de los elementos del delito y viceversa. Este modo de ver las cosas tiene como punto de partida para que así sean vistas, una doctrina elaborada en su totalidad sobre la base del derecho positivo vigente.

La pena no debe ser incluida como requisito en la definición del delito; *es la consecuencia de él.*

Los puntos de vista de Beling, particularmente en relación con el papel de la tipicidad, han de cambiar en el año 1930, en el trabajo publicado con motivo del homenaje a Frank, donde admite vinculaciones entre antijuridicidad y tipicidad, perdiendo así ésta su carácter independiente

Etapa Dogmática Neoclásica

La línea clásica Liszt-Beling se quiebra, en primer lugar, al señalar Mayer la existencia en algunos tipos de elementos normativos y de los que llamó elementos subjetivos de lo injusto. Esto reveló que el tipo no es neutro al valor como Beling lo entendió y -para buena parte de la literatura alemana- que la antijuridicidad contiene elementos subjetivos, lo que hizo decir a Mayer que son engañadas las esperanzas de quienes confían en construir una tipicidad carente de valor y una antijuridicidad puramente objetiva.

Para Mayer los elementos del delito no mantienen entre sí la total independencia que le asignara la posición clásica: la tipicidad es indicio de la existencia de la antijuridicidad, y la estudia comprendida en la acción.

Quien da a esta etapa neoclásica su fisonomía definitiva es E. Mezger, al asignar a la tipicidad la función de determinar lo injusto penal, señalar la existencia de elementos normativos en la culpabilidad, y abrir paso a la antijuridicidad material.

Define el delito empleando la forma adverbial típicamente para calificar a la antijuridicidad, con lo cual determina que el tipo es el injusto descrito concretamente por la ley en sus artículos, y a cuya realización va ligada la pena.

El contenido de la culpabilidad no se agota con los elementos psicológicos contenidos en el dolo y en la culpa. La culpabilidad es el conjunto de presupuestos de la pena - incluida entre ellos la imputabilidad- que fundamentan para el autor el reproche de la conducta antijurídica: el autor obró como lo hizo aun cuando pudo haberlo hecho de otro modo. El dolo y la culpa son elementos de la culpabilidad sobre los que se hace el juicio de reproche.

Es misión del Derecho Penal la tutela de bienes jurídicos. La acción es materialmente antijurídica cuando lesiona o pone en peligro un bien jurídico de los tutelados por la ley penal.

Finalismo

La teoría de la **Acción Finalista** no se limita a innovar únicamente en materia de acción; incursiona en todos los aspectos de la teoría jurídica del delito y lo hace en una medida no conocida antes.

La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento “finalista” y no solamente “causal”. La “finalidad o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo (conducta biocibemética anticipada). La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objeto, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es “vidente” y la causalidad es “ciega”. (Fontan, 1999)

El delito es conducta, acto humano voluntario, entendido en el sentido que se dio en el párrafo anterior; esto es, como ejercicio de actividad final.

El dolo pertenece a la acción típica; la culpa es, también, una forma de la tipicidad de una conducta. El primero se estructura sobre el dominio finalista del hecho; la segunda sobre la causación de una lesión evitable. Su reproche resulta de la violación de un deber de cuidado.

La concepción finalista de la culpabilidad lleva más lejos el aspecto normativo de lo que lo hace la fase neoclásica. Puesto que ni el dolo ni la culpa pertenecen a la culpabilidad, ésta se limita exclusivamente al juicio de reproche o juicio de culpabilidad.

La teoría del delito, como sistema de filtros que permiten abrir sucesivos interrogantes acerca de una respuesta habilitante de poder punitivo por parte de las agencias jurídicas, constituye la más importante concreción de la función del derecho penal en cuanto al poder punitivo (negativo o represivo) habilitado por las leyes penales manifiestas. Por ello, la elaboración dogmático-jurídica ha alcanzado en este punto su desarrollo más fino, quizá a veces sobredimensionado en relación al resto del derecho penal.

1. Delito

A. Generalidades

La construcción del sistema de la teoría del delito requiere un punto de partida. Este punto de partida es lo que llamamos un concepto total del delito, o concepto sintético. (Bacigalupo, 1996).

Las ideas básicas de una teoría jurídica del delito se expresan en una oposición tradicional: el delito es la "*infracción de un deber ético-social*" o, desde un punto de vista contrario, la "lesión o puesta en peligro de un bien jurídico", es decir, se trata de la infracción de un deber ético-social o de la lesión (o puesta en peligro) de un interés social. (Bacigalupo, 1996)

Ambas ideas básicas generan sistemas de la teoría del delito de distinto contenido en sus elementos particulares. En el sistema apoyado en la infracción de un deber ético-social el hecho prepondera sobre el autor y la libertad del autor es el fundamento legitimante de su responsabilidad. Al contrario, en el sistema que parte de la lesión de un interés social, el autor prepondera sobre el hecho y el fundamento legitimante de la "responsabilidad" penal está dado por el interés de la sociedad en evitar nuevas lesiones de bienes jurídicos.

El concepto total del delito resume básicamente, entonces, una idea sobre aquello que debe constituir el punto de partida de la teoría

jurídica del delito. En este concepto se condensa lo que se entiende globalmente por "digno de represión" o por merecedor de pena. Se trata de una idea que guarda estrecha relación con la "teoría" de la pena y que, a su vez, opera dentro de la teoría del delito como el axioma principal de la misma. En la adopción de uno u otro punto de vista, ha tenido singular importancia la concepción determinista o indeterminista de que respectivamente se haya partido. (Bacigalupo, 1996)

B. Definición

Las ideas básicas de una teoría jurídica del delito se expresan en una oposición tradicional: el delito es la "infracción de un deber ético-social" o, desde un punto de vista contrario, la "lesión o puesta en peligro de un bien jurídico", es decir, se trata de la infracción de un deber ético-social o de la lesión (o puesta en peligro) de un interés social. (Bacigalupo, 1996)

Ambas ideas básicas generan sistemas de la teoría del delito de distinto contenido en sus elementos particulares. En el sistema apoyado en la infracción de un deber ético-social el hecho prepondera sobre el autor y la libertad del autor es el fundamento legitimante de su responsabilidad. Al contrario, en el sistema que parte de la lesión de un interés social, el autor prepondera sobre el hecho y el fundamento legitimante de la "responsabilidad" penal está dado por el interés de la sociedad en evitar nuevas lesiones de bienes jurídicos.

El concepto total del delito resume básicamente, entonces, una idea sobre aquello que debe constituir el punto de partida de la teoría jurídica del delito.

En este concepto se condensa lo que se entiende globalmente por "digno de represión" o por merecedor de pena. Se trata de una idea que guarda estrecha relación con la "teoría" de la pena y que, a su vez, opera dentro de la teoría del delito como el axioma principal de la

misma. En la adopción de uno u otro punto de vista, ha tenido singular importancia la concepción determinista o indeterminista de que respectivamente se haya partido.

La definición del delito de un derecho penal de hecho podría encararse, en principio, desde dos puntos de vista. Si lo que interesa es saber lo que el derecho positivo considera delito (problema característico del juez), la definición podría lograrse recurriendo a la consecuencia jurídica del hecho concreto; en este sentido, será delito todo comportamiento cuya realización tiene prevista una pena en la ley. Por el contrario, si lo que interesa es saber si determinado hecho debe prohibirse bajo la amenaza de una pena (problema característico del legislador) esa definición no servirá, pues no podrá referirse a la pena, sino al contenido de la conducta (Bacigalupo, 1996). Dicho de otra manera: la definición del delito dependerá, en principio, de si lo que quiere caracterizarse son los comportamientos punibles o los merecedores de pena. El primer concepto dio lugar a un llamado concepto "formal" del delito, mientras el segundo fue designado como concepto "material" del mismo. Sobre todo, bajo el imperio del positivismo legal ambos conceptos se mantuvieron estrictamente separados en razón de la particular distinción del positivismo de la aplicación del derecho y la creación del derecho, es decir, la dogmática jurídica y la política. (Bacigalupo, 1996)

Sin embargo, en la medida en que se impuso el método teleológico, la línea divisoria dejó de tener la significación atribuida y las cuestiones del comportamiento punible y del merecedor de pena se relacionaron estrechamente en el campo de la dogmática jurídica (o sea en el momento de la aplicación de la ley).

Por lo tanto, en la dogmática orientada por el método teleológico de interpretación de la ley, una caracterización de los hechos merecedores de pena resulta ser un presupuesto inevitable para la determinación de los hechos punibles.

La idea del delito como infracción de deber estimará que hay una grave perturbación de la vida social cuando se infrinja una norma sin autorización (ilícito = infracción de una norma que estatuye un deber ético-social); a su vez considerará que el autor es responsable si ha obrado contra el deber pudiendo hacerlo de acuerdo con él (responsabilidad = culpabilidad).

Lo mismo suele ocurrir con el elemento de lo ilícito (tipicidad + antijuricidad): la infracción del deber ético-social, por un lado, se agota en la infracción de la norma que lo impone y la producción de un peligro o lesión real para un bien jurídico (interés social) no agrega nada o, inclusive, son innecesarias para la configuración de lo ilícito. Por otro lado, desde el punto de vista contrario, el elemento esencial de lo ilícito es precisamente esta lesión del bien jurídico y no la lesión del deber. (Bacigalupo, 1996)

Según **Ricardo Nuñez** (1999), refiere 3 tipos de definiciones dentro de lo que él llama **Definición Jurídica del Delito**:

Definición formal

El delito ha sido definido por los juristas de muy distinta manera. Antes de que la preocupación dogmática condujera a definirlo enumerando las características jurídicas que lo individualizan, el delito era definido de modo puramente formal, diciéndose que era el hecho previsto y penado por la ley. Esta definición se limitaba a individualizar genéricamente el delito como el hecho punible, pero no adelantaba nada sobre sus características como tal.

Definición doctrinaria

Ese formalismo fue abandonado por la Escuela Toscana, pero las características jurídicas que sus expositores le asignaron al delito en sus definiciones, no respondían como las que toman en

cuenta las definiciones jurídico - dogmáticas del delito, a las características emergentes del derecho vigente en un país dado, sino a las propias de una doctrina pura del delito, deducida de los principios de la "suprema ley natural-jurídica", que los legisladores debían obedecer para no caer en injusticias. Carrara, expositor de este punto de vista, define el delito como "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".

Definición dogmática

La definición dogmática del delito se caracteriza porque enuncia las condiciones que caracterizan jurídicamente el delito. Ella permitió que, abandonándose el tratamiento de las reglas generales del derecho penal sólo con motivo del estudio o aplicación de las particulares figuras delictivas, se confiriera autonomía al estudio de ellos y se accediera así a la exposición de una teoría autónoma y sistemática de la Parte General del derecho penal.

En la dogmática orientada por el método teleológico de interpretación de la ley, una caracterización de los hechos merecedores de pena resulta ser un presupuesto inevitable para la determinación de los hechos punibles. (Bacigalupo, 1996)

- ***El delito como hecho consistente en la violación de deberes ético-sociales***

¿Qué determina que un hecho sea "merecedor de pena"? la respuesta esta pregunta ocupa desde hace muy poco a la ciencia penal y, en consecuencia, es muy poco lo que hoy es posible decir al respecto. Sin embargo, parece claro que una primera respuesta consiste en referir el hecho a un orden de valores diverso del jurídico, entendiendo, por ejemplo, que el

orden estatal se compone de dos ordenamientos jurídicos: uno, el social, compuesto de las ideas morales generales de las que surgen las exigencias fundamentales de la vida social, y otro, el estatal.

El delito, en el sentido de comportamiento "merecedor de pena" consistiría en la infracción de ciertos deberes éticos.

- ***El delito como hecho socialmente dañoso***

Para un derecho penal que deba respetar una estricta separación de derecho y moral - como no solamente el positivismo jurídico exige - este punto de vista no resulta ser el más adecuado. Por ese motivo, la orientación moderna cree resolver el problema definiendo al delito desde el punto de vista de su donosidad social. Los comportamientos merecedores de pena serían aquellos que produjeran daño social. Pero esta fórmula es excesivamente amplia. Tanto que ni siquiera es totalmente opuesta a la anterior, pues siempre cabría la posibilidad de considerar como socialmente dañoso a lo que representé una lesión de "valores ético-sociales elementales".

La lesión de un bien jurídico sería, entonces, contenido esencial de la infracción del orden jurídico que se caracteriza como delito. De ello se ha deducido que un principio fundamental del derecho penal es la exigencia de que todo delito constituye por lo menos la lesión de un bien jurídico. Pero el concepto de bien jurídico es particularmente discutido. En la medida en que bienes jurídicos sean todas aquellas situaciones o valores que el legislador quiera proteger, prácticamente todo delito, es decir, toda amenaza de pena referida a un comportamiento determinado, protegerá un bien jurídico que será lisa y llanamente la finalidad perseguida por el legislador.

Bien jurídico ha sido entendido como *“el interés protegido jurídicamente”*. *“Todos los bienes jurídicos - agrega VON LISZT -son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad: los intereses no los crea el ordenamiento jurídico sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico”*

El propio VONLISZT lo reconocía: *“La necesidad crea la protección y con el cambio de intereses cambia también el número y la especie de los bienes jurídicos. Por ello, las normas jurídicas están enraizadas, en última instancia, tanto en la sabiduría como en las concepciones religiosas, éticas y estéticas del pueblo del Estado; ellas encuentran aquí su sostén firme y apoyado en la tierra y reciben de allí el impulso para su desarrollo”*. (Bacigalupo, 1996)

Toda selección y ordenación jerárquica de bienes jurídicos, por tanto, presupone una concepción social y consecuentemente también ética. La decisión del legislador de penalizar ciertos comportamientos lesivos de intereses sociales presupone que el mismo legislador considera positivamente esos intereses, es decir, los reputa merecedores de tutela y, además, les asigna un rango de importancia en el orden de intereses, rango del que deduce la legitimidad de protegerlos mediante una amenaza penal. *“La respuesta de la pregunta referente a qué es lo que en una sociedad debe tenerse por socialmente dañoso no queda reservada, ciertamente, al puro arbitrio, pero la dañosidad social concreta de un fenómeno social sólo puede definirse en forma relativa, con referencia a decisiones estructurales previas”*. (Bacigalupo, 1996)

- ***El delito como expresión de un sentimiento jurídico depravado (derecho penal de autor)***

Tanto la concepción del delito como “infracción de deberes ético-sociales” como la que considera que el delito es una acción “socialmente dañosa”, entendiendo por tales las que lesionan bienes jurídicos, son puntos de vista que vinculan la definición del delito a la comisión de un hecho (y eventualmente a la omisión de un comportamiento). Frente a ellas se ha procurado desplazar el centro de gravedad de la definición desde el hecho al autor o, dicho de otra manera, a la actitud del autor. Para este punto de vista, “según su esencia el autor es un miembro personal de la comunidad jurídica con un sentimiento jurídico depravado”. Pero además, todo “hecho legalmente tipificado no puede comprobarse si no se lo complementa mediante una tipificación judicial del autor”. Estos tipos no deben ser descripciones empíricas (biológicas, psicológicas o sociológicas). Estos aspectos sólo deberían tomarse en cuenta en el momento de la individualización de la pena. Por una parte, la base irracional de este punto de vista y, por otro, su innegable cercanía con la ideología del nacionalsocialismo o con corrientes autoritarias afines, ha hecho caer esta tendencia en cierto descrédito científico. Fue abandonada en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, ciertas referencias a la actitud del autor se perciben todavía en la teoría de la culpabilidad, aunque no en todos los autores.

C. Elementos

Los elementos del delito son los componentes y características, no independientes, que constituyen el concepto del delito.

A partir de la definición usual de delito: **acción típica antijurídica y culpable**, se ha estructurado la teoría del delito, de esta definición, se distinguen tres elementos diferentes ordenados de tal forma que cada uno de ellos presupone la existencia del anterior. Éstos son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Esta fórmula es

conocida genéricamente como el sistema Liszt-Beling en referencia a los autores a quienes, con razón a pesar de pertenecer a escuelas diferentes, se les atribuye el mérito de haber puesto las bases fundamentales de la moderna teoría del delito.

En términos generales, la tipicidad es la adecuación de un hecho concreto con la definición abstracta y genérica que hace un tipo legal; la antijuridicidad, la contravención de ese hecho típico con todo el ordenamiento jurídico; y la culpabilidad, es el continente de todo lo que dice relación con el sujeto responsable e implica, por tanto, la capacidad del Estado para exigirle al sujeto responsabilidad por ese hecho.

Esta definición no tiene otro objetivo que ofrecer al jurista una propuesta metodológica para el análisis jurídico de hechos concretos y poder determinar si éste eventualmente puede ser fuente de responsabilidad penal para las personas implicadas en su realización.

La teoría del delito es un producto de la dogmática. La doctrina, partiendo del derecho positivo, ha ordenado y sistematizado bajo las categorías tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad las reglas jurídicas que condicionan la posible responsabilidad penal de una persona. La ordenación y sistematización de estas reglas facilita su interpretación y su aplicación práctica en el análisis de los casos concretos. En tanto que las normas están integradas dentro de un sistema, su interpretación obliga a considerarlas en su conjunto de modo que guarden coherencia entre ellas. Por eso, la teoría del delito cumple también una función de garantía, pues no sólo evita una aplicación arbitraria de la ley penal, sino que también permite calcular cómo se va a aplicar dicha ley en un caso concreto. (Bustos, 1999)

En líneas siguientes desarrollaré cada uno de los elementos del delito tales como ***Acción, Tipicidad, Antijuridicidad y Culpable:***

✓ **Acción**

Introducción

Existen dos maneras de considerar el comportamiento humano, a los efectos de la aplicación de las normas jurídicas. El derecho, instrumento irremplazable para conducir un grupo social - cuyo manejo, en definitiva, ejerce el gobernante como instrumento de su poder -, puede utilizarse de modo tal que reprima a un individuo por lo que es, no por lo que hace. (Terragni, 1998)

Puede catalogar jurídicamente aun hombre por su personalidad, no por sus actos; puede ubicarlo en determinada condición jurídica atendiendo a su riqueza, su nacionalidad, su raza, su procedencia geográfica, su religión, su ideología política. Esta forma de actuar el derecho es, por desgracia, muy frecuente, y responde a una determinada concepción del poder político. A quienes lo ejercen les interesa mantener sojuzgado a determinado grupo, y entonces no importa que el individuo que pertenezca a él no haya hecho nada en desmedro del orden jurídico: el solo hecho de pertenecer a ese sector lo hará pasible de diferenciaciones que tendrán carácter de sanción pues le negará lo que se les concede a quienes no padecen tal "estigma".

Por supuesto que la inclinación a legislar acerca de la conducta y no del acto es propia de regímenes que desprecian los derechos individuales, que no respetan al hombre como unidad, como ser que tiene un fin superior al del Estado o al de la organización social. (Terragni, 1998)

El *delito* es esencialmente *acción*. Se nos podrá observar, de inmediato, que el delito es, también, antijuridicidad, culpabilidad y tipicidad, puesto que la ausencia de cualquiera de esos elementos supone también la del acto punible; por eso se los denomina a todos, situándolos en un mismo plano, caracteres o elementos del delito. Sin embargo, ateniéndonos a la materialidad, la acción o el acto, constituye el aspecto tangible y sustancial del delito. Cuando decimos que el delito es acción, estamos señalando la corporeidad de lo que jurídicamente, a través del juicio de valor que dan los otros elementos, se declara delictuoso. Es así como los demás elementos del delito aparecen, al definir el hecho punible, como características o condiciones de la acción.

a) Conceptos de Acción

➤ Concepto causal

El atribuir el movimiento a un hombre no será difícil; se tratará simplemente de un problema probatorio, pero ello no es suficiente para considerar que hubo acción en el sentido jurídico-penal. Sólo se atribuye la acción - y su resultado - a un sujeto, cuando ese movimiento es un producto de su psiquismo, cuando ha tenido la posibilidad de controlar sus movimientos. No todo movimiento es acción, así considerada, pues aunque lo fuese desde un enfoque puramente causal, no es acción humana. (Terragni, 1998)

El derecho respeta al hombre en sus facultades y posibilidades; le interesa lo que es humano, no aquello que dista de ser un reflejo de actuación personal para constituirse en un acontecimiento natural, que sólo tiene al hombre como protagonista. Si alguien es arrojado contra un objeto frágil y lo destroza, no se considerará tal movimiento como acción, pues la misma rotura se hubiese

producido si en lugar de un hombre hubiese sido impulsada una cosa cualquiera. El sistema jurídico no indaga si el empujado ha sido o no culpable; no necesita hacerlo, pues ni siquiera hubo acción. Hay otros movimientos que sí son propios pero que tampoco adquieren relevancia jurídica, pues si bien es el sujeto quien los realiza, no tiene posibilidad de evitarlos. Son los movimientos reflejos, en los que no hay una mínima participación psíquica. (Terragni, 1998)

Los movimientos reflejos no son mencionados por el Código, como tampoco el caso fortuito, pero esto no es obstáculo que impida su consideración, ya que nuestro derecho penal está concebido de manera tal que sólo puede aplicársele pena a quien comete un hecho que la ley califica como delito, empleando su psiquis. No puede aplicarse pena, entonces, por el acto que no pudo ser evitado.

El elemento fundamental de todo acto, es la voluntad del que lo ejecuta. Es por esto que el hecho de un insensato o de una persona que no tiene discernimiento y libertad en sus actos, no es considerado en el derecho como un acto, sino como un acontecimiento fortuito.

Pero no es exactamente así: para que haya acción no se requiere voluntad, tomando esta expresión en el sentido de dirección de los actos y representación del resultado, ya que es evidente que aun los actos ejecutados sin intención generan obligación (por. Ejemplo los hechos ilícitos culposos) (Terragni, 1998). En cuanto al discernimiento, si se entiende por tal la capacidad intelectual, tampoco es exacto que los actos de quienes no la tengan dejen de producir consecuencias jurídicas. Ya volveremos sobre el

tema en el capítulo de la inimputabilidad. En cuanto a la libertad, tampoco se requiere la libertad plena, pues dependerá del grado de influencia que han ejercido factores extraños a la decisión personal, la determinación de las consecuencias de los actos propios. En síntesis: los actos ejecutados sin discernimiento, intención y libertad no producirán por sí obligación alguna, pero pueden producirla a raíz de la aplicación de otros preceptos legales.

El criterio y sus consecuencias estaban implícitos en la obra de Freitas, cuando clasificaba los actos involuntarios en necesarios o fortuitos. Los primeros como los de nuestra actividad instintiva o fatal, tales los actos practicados sin libertad por causa de violencia de otras personas, y los segundos, los de la esfera de nuestra actividad espontánea, cuando los agentes practican el acto o dejan de hacerlo, sin discernimiento o sin intención. La importancia de esta clasificación -agrega Freitas, aparece tratándose de actos ilícitos. No hay imputación por los actos instintivos, que no son dominables (Terragni, 1998).

➤ **Concepto Finalista**

Inicialmente por obra de Welzel se ha atacado el concepto puramente causal de la acción, sosteniéndose que tal tipo de acción no tiene existencia real, pues toda acción humana contiene fines, que son los que interesan al derecho.

Es así que la intención o la finalidad constituirán el rasgo esencial que la distingue de todo proceso ciego, causal. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes.

Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es “vidente”; la causalidad es “ciega”, ha dicho Welzel.

La acción, así considerada, que tiene los límites que le traza el tipo penal, contiene en sí misma los ingredientes psicológicos del dolo y de la culpa, de manera que éstos escapen al elemento culpabilidad en la teoría del delito. La culpabilidad será considerada como un juicio de reproche. Elementos de aquel juicio, como son el dolo y la culpa en la concepción normativa, son ubicados en la acción típica de manera tal que el acto será doloso o culposo según la exigencia del tipo. Si en la acción no hay dolo ni culpa ella quedará impune, pero no porque no haya culpabilidad, sino porque no se han reunido las exigencias típicas. La culpabilidad desaparece - en cambio- cuando no se puede elaborar el juicio de reproche. Esta alteración sistemática de los componentes del delito hace que también varíe la faz negativa de los distintos elementos. Así el error, que en la teoría tradicional elimina la culpabilidad, en la concepción finalista determina que no queden reunidos los requisitos típicos.

Por supuesto que la concepción finalista no irrumpió en el escenario científico desprovista de antecedentes, sino, por el contrario, ella implica una continuación y depuración del estudio de los elementos subjetivos del tipo y de la concepción normativa de la culpabilidad.

Esta doctrina, encuentra su punto de partida en la capacidad que tiene el hombre de acondicionar el futuro sobre la base de su conocimiento del acontecer causal; capacidad relativa, pero capacidad; actúa, pues, proponiéndose un fin, por lo que la acción humana es finalista.

Para la concepción finalista, la acción no es un acontecer causal, sino un acontecer final. Según este modo de concebirla, la acción humana no se caracteriza porque entre la voluntad de la persona que acciona y su actividad o inactividad corporal medie una relación de causa (la voluntad) a efecto (la actividad o inactividad). Para el finalismo, la voluntad cumple, como integrante de la acción, una función directriz hacia la consecución de fines predeterminados, mediante su anticipación por el autor, la elección y aplicación por éste de los medios que considera aptos para lograrlos y la consideración por él de los efectos concomitantes a su logro. Sólo la actividad o inactividad así dirigida es, natural y legalmente, una acción. (Nuñez, 1999)

En tanto que el causalismo reduce la fase interna al impulso voluntario, el finalismo la concibe como anticipación (o proposición) del fin que el autor quiere realizar, seguida de la elección de los medios para su realización y la consideración de los efectos concomitantes que van unidos a los factores causales elegidos. Mientras que el causalismo reduce la fase externa a la actuación de la voluntad como resultado causado por la fase interna, sin atender al fin perseguido por el autor, el finalismo ve en esta segunda etapa de la acción un proceso causal real dominado por la determinación del fin y los medios en la esfera del pensamiento del autor. (Nuñez, 1999)

Esta concepción de la acción sobre la que los finalistas construyen a la teoría jurídica del delito y que se caracteriza porque, en contra del positivismo y del normativismo, traslada el dolo, de la culpabilidad a la acción, apareja transformaciones sustanciales respecto de la estructura de los distintos elementos jurídicos del delito

admitida por aquellas corrientes. También genera nuevos puntos de vista sobre la participación criminal y el concurso de delitos.

➤ **Concepción Social de la Acción**

La idea de que ontológicamente no es posible someter la acción y la omisión a un concepto común, ha sido superada por la concepción social de la acción, la cual reúne en un criterio superior de carácter valorativo, entidades que como el hacer y el no hacer, resultan incompatibles en el mundo del ser. Este criterio valorativo, que parte de la consideración de la conducta humana frente a la sociedad, condujo a la noción de la acción como la realización de un resultado socialmente relevante, que, desde el punto de vista jurídico penal, se traduce en la producción de un resultado típico. Esta conducta socialmente relevante puede consistir: a) en una actividad finalista; b) en la causación de consecuencias dominables por el autor; y c) en una inactividad frente a una acción esperada.

b) Elementos de la acción

En la composición de la acción entran:

- a) La voluntad del autor;
- b) El comportamiento exterior de éste;
- c) En los delitos que lo exigen, el resultado.

- ❖ **Voluntad.**- La voluntad es el proceso anímico impulsor o inhibitor de los nervios motores y, así, de la actividad o inactividad corporal de la persona. Si la actividad o inactividad corporal es ajena a la actuación real o posible de ese factor anímico, no representa una acción personal.

No corresponde a la persona que lo realiza y no es una acción, la actividad o inactividad atribuible:

- a) A una excitación de los nervios motores debida a un estímulo fisiológico- corporal, interno o externo, ajeno a la impulsión voluntaria de la persona, como son el estornudo, los estados convulsivos y la reacción por cosquillas o por el pinchazo (movimientos reflejos);
- b) A movimientos puramente fisiológicos, como el del tórax, debido al proceso respiratorio, cuya supresión está al margen de la energía síquica de la persona;
- c) A una fuerza físicamente irresistible (vis absoluta), caso en el que la persona del forzado es un instrumento de un tercero o la resultante de la impulsión de una fuerza natural o mecánica extraña. La persona forzada non agit sed agitur. No es propia, la falsificación realizada por la mano guiada en forma invencible por un tercero; ni lo es el desplazamiento corporal debido al lanzamiento efectuado mecánicamente u ocasionado por la caída en el vacío;
- d) A estados fisiológicos, como la fiebre, el sonambulismo, el hipnotismo, y otros estados semejantes, en los cuales la voluntad es impotente o gobernada.

Al dominio de la voluntad causal están sometidos tanto los comportamientos guiados por un querer consciente de su finalidad, precedidos por un proceso electivo o selectivo de los motivos del obrar, como los actos impulsivos y los automatizados (p. ej., caminar). (Nuñez, 1999)

❖ **Comportamiento**

El comportamiento que corresponde al hecho como acción, es la actividad a través de la que se manifiesta en el exterior el impulso interno. (Nuñez, 1999).

❖ **Resultado**

El resultado, como componente de la acción, no es su resultado jurídico. Este, que corresponde a todo delito, es la ofensa que el delito implica para un bien jurídico. Ofensa que puede existir con el daño o lesión del bien o sólo con su exposición a peligro, presumido o real.

El resultado, como elemento material integrante de la acción, puede consistir en algo físico (por ejm., una muerte, el apoderamiento de una cosa o una situación de peligro real para algo) o en algo síquico (la producción de un escándalo). El resultado es una consecuencia del comportamiento. Entre ambos debe mediar una relación de causalidad.

Para Carlos Fontan Balestra (1998), denomina a los elementos de la acción de la siguiente manera:

○ **Contenido de la voluntad**

Llena los requisitos de la acción la actividad corporal humana manejada por la voluntad del autor; que la guía con sentido.

Esa voluntad que guía el acto no agota el contenido de voluntad que pertenece a la culpabilidad, ni toma en cuenta su formación. Una cosa es que la conducta, por ser tal, responda a la decisión del hombre -libre o coacto, imputable o inimputable- y otra que se realice conociendo y queriendo o aceptando algo.

La diferencia aparece claramente en el aspecto negativo. Las causas que excluyen la acción tienen ese efecto,

precisamente, porque en tales casos el movimiento corporal no ha sido hecho por el aparente autor en cuanto persona. El cirujano que está realizando una delicada operación de cerebro, al que un tercero, intencionalmente o no, le da un golpe en el codo, a consecuencia del cual el bisturí penetra profundamente en la masa encefálica, no ha hecho él el movimiento que causó la lesión: no lo ha guiado él; no ha sido autor como persona; lo mismo hubiera sido, para el caso, que el tercero diera el golpe directamente sobre el bisturí, puesto que fue él quien manejó el movimiento.

Ya se dijo que voluntad es aquí dominio de la actividad o inactividad corporal que el ser humano está normalmente en condiciones de efectuar y proyectar en el medio exterior. Esa actividad, querida o no, es el autor quien en definitiva la decide y la guía. Por eso debe ser entendida como voluntaria o motivada (Jimenez de Asua, 1999).

- **La Acción y el Resultado**

La acción comprende también el resultado. Un movimiento corporal sin resultado, entendido éste en el sentido amplio que de inmediato le señalamos, no podría tener significación para la ley penal, cuyo contenido está limitado a las conductas humanas que lesionan, ponen en peligro o crean posibilidad de peligro para bienes jurídicos.

Por resultado se entiende: a) toda mutación en el mundo exterior, producida por el movimiento corporal que contiene la manifestación de voluntad; b) la no mutación del mundo exterior, por la inactividad del sujeto de quien se espera la realización de un movimiento corporal.

El sentido que debe darse a la palabra mutación o no mutación en el mundo exterior, es cosa largamente debatida. Tenemos por cierto que el efecto del delito puede consistir en un cambio físico o psíquico; damos, también, como fuera de cuestión, que son resultados el daño y el peligro.

Todo delito tiene un resultado. A veces, el resultado coincide en el tiempo con la acción. Pero esta circunstancia sólo puede apreciarse en relación con los tipos penales; es en ellos donde se señala si el resultado es, para el caso, la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico. No ha de pensarse que el resultado peligro deba estar indicado expresamente en la figura, aunque la previsión de tal resultado deba surgir de la figura misma.

Cuando a una mutación acaecida en el mundo exterior puede considerársela el resultado de un hacer humano, decimos que entre una y otro hay relación de causalidad: relación de causa a efecto (véase el siguiente párrafo).

La cuestión adquiere dificultad, porque el problema no se limita a la pura relación de causa a efecto propia de la investigación física, sino que entran en juego el factor humano y la descripción legal, a consecuencia de los cuales, de los resultados atribuibles físicamente a una causa, sólo una parte adquiere relevancia para el Derecho Penal. Hay así un nexo causal jurídico, distinto del físico, como consecuencia de la exigencia de que el autor tenga el manejo de su hacer para que pueda hablarse de acción en materia penal.

c) Definición de la acción

Luego de lo expuesto, podemos definir la acción, en sentido jurídico-penal, como conducta humana guiada con sentido por la voluntad del autor.

El dominio de la acción propiamente dicha es exigencia contenida en la definición de diversos autores. Así Schonke-Schroder: "Comportamiento corporal que es dominado por la voluntad"; Maurack "Conducta humana dominada por la voluntad, que la dirige hacia un resultado determinado". La autoría se caracteriza a través de la existencia del dominio del hecho. (Fontan, 1998)

Ya se dijo que la exigencia de que el autor maneje el movimiento corporal y lo dirija con sentido, aparece muy claramente al estudiar la falta de acción. En la fuerza física irresistible, por ejemplo, el movimiento corporal del violento es manejado y dirigido por quien ejerce la fuerza; en tanto que, en la coacción, el movimiento corporal del amenazado responde a su voluntad, que lo dirige hacia un fin, querido o no. Éste es el límite más alto de la acción, sin penetrar aún en el terreno de la culpabilidad. Piénsese si dirige o no su acción y si lo hace o no persiguiendo un objetivo quien, con el caño de una pistola en la nuca, hace los movimientos necesarios para que la combinación de la caja fuerte permita correr el cerrojo.

- **TIPICIDAD**

a) Introducción

A partir de comienzos de este siglo prácticamente toda la teoría del delito se ha elaborado en relación con la teoría del tipo. Esto no significa que con anterioridad a *Belingno* se concediera importancia a la descripción legal, sino que no se habían

focalizado los esfuerzos para extraer todas las consecuencias posibles del estudio del tipo penal. Si situamos el nacimiento del derecho penal moderno en la obra de *Beccarí*a, vemos que registra la insistencia para que se elimine la arbitrariedad judicial. En su época los delitos no estaban perfilados o "tipificados" merced a definiciones legales precisas y que no fueran susceptibles de interpretación extensiva por analogía. Por el contrario, las leyes penales solían ser descriptivas, esto es, enumerativas de "casos" concretos incluidos bajo la calificación de hurto, homicidio, estupro, etc. Con la ayuda de la abundantísima y también casuística doctrina penal, los jueces podían interpretar extensivamente cualquiera de los casos legalmente penados y dar entrada por analogía a supuestos no previstos por el legislador. (Terragni, 1998)

b) Concepto

*Beccarí*a haya afirmado: "En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o pena. Cuando el juez sea constreñido, o cuando quiera hacer aunque sea sólo dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre". Citado por Terragni, (1998)

Este criterio constituía la aspiración de todo un movimiento filosófico y político que culminó con la Revolución Francesa. Las leyes debían ser dictadas y publicadas en el lenguaje del pueblo, de manera que cada uno de sus integrantes supiese juzgar por sí mismo cuál podía ser la suerte de su libertad; los jueces debían limitarse a aplicarlas, sin torcer su sentido con interpretaciones personales. Con leyes claras e inteligibles y no tergiversadas, existiría libertad jurídica. El principio de legalidad, dé este modo entendido, comprende tanto a la descripción de las acciones delictivas como de las penas aplicables. Así, para *Beccarí*a, una pena aumentada más allá del límite fijado por las

leyeses la pena justa más otra pena; por tanto, un magistrado no puede bajo ningún pretexto de celo o de bien público aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente. Citado Terragni, (1998)

Para no mencionar sino unos pocos pensamientos de aquellos que iluminaron con su genio el desarrollo del derecho penal, diremos que *Romagnosi* tituló un capítulo de su Génesis, con la frase *De cuán importante es para la libertad pública y privada fijar los caracteres y límites del delito*. Allí dice que los juicios criminales no pueden tener legitimidad y utilidad antes de que se haya determinado exactamente qué acciones se deben considerar como delictivas y cuáles como inocentes. Según su criterio, para esa determinación no es suficiente que las leyes declaren delito una acción, si ella no estuviese prohibida por el "santo y eterno código de la naturaleza.

La doctrina del tipo y la tipicidad constituyen la continuación, el desarrollo y la profundización de los aportes al principio de legalidad y a la necesaria separación entre las acciones libres y las impuestas. Así se concretan los postulados liberales, pudiendo afirmarse que el *nullum crimen nidia poena sine lege* que Feuerbach enunció, es el postulado fundamental del derecho penal moderno.

En los delitos culposos, el tipo en el sentido restringido que expone Welzel, se refiere generalmente sólo al resultado. En esta concepción de la teoría del tipo se produce un corte sistemático entre hechos dolosos y culposos (Terragni, 1998).

No existe mayor disidencia, empero, en considerar el tipo como la descripción legal de una conducta combinada con pena; que el tipo contiene un núcleo constituido por el verbo, que marca la acción, y elementos descriptivos, subjetivos y normativos.

Con tales enunciados el tipo se revela importante en varios sentidos; como garantía individual con jerarquía constitucional pues “el tipo es la *lex* del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*”, de manera que sólo está mandada la conducta descrita; quedan proscriptas las leyes *ex post facto* y la analogía. (Terragni, 1998)

Debe destacarse también que la tipicidad es una característica exclusiva del derecho penal. No es que las otras ramas del derecho carezcan de descripciones de conductas, ya que la ley en general las realiza para establecer las consecuencias de cada acción, pero la diferencia radica en que el derecho penal está estructurado de manera tal que no puede haber comunicabilidad entre los distintos tipos, y por lo tanto no pueden llenarse las posibles “lagunas del derecho”.

En cambio, en derecho civil, comercial, etc. una conducta que no está específicamente prevista produce, no obstante, consecuencias jurídicas similares a las especialmente determinadas.

c) Contenido del Tipo

Siendo el tipo la descripción legal de la conducta conminada con pena, resulta claro que no todas las disposiciones del Código Penal son tipos, sino sólo aquellas que tienen esa específica función y están previstas en la Parte Especial, en las leyes penales especiales y en las leyes penales comunes que tienen contenido penal, y a todas las cuales se les aplican las disposiciones generales, mientras no dispongan lo contrario.

Es necesario distinguir en esas figuras el sujeto, a quien está dirigida la norma (sujeto activo), la acción incriminada y - a

veces - el sujeto sobre quien recaen las consecuencias del hecho (sujeto pasivo).

d) Clasificación

Los tipos delictivos son susceptibles de ser clasificados de acuerdo con su estructura (Jimenez de Asua, 1999). Por regla, la clasificación de los tipos corresponde a la de los delitos.

⊙ **Tipo general y tipo especial.**- En realidad, esta clasificación no tiene en cuenta las distintas estructuras de los tipos, ni corresponde a una clasificación de los delitos. Se trata de dos concepciones distintas del tipo. El tipo general no es otra cosa que la figura delictiva o tipo delictivo tomando en el sentido del hecho punible, y comprende todos los presupuestos de la pena (hecho típico, antijurídico, culpable y punible). En cambio, el tipo especial es, según consideramos en este Manual, la descripción formal del hecho punible. (Nuñez, 1999)

⊙ **Tipos básicos o fundamentales o generales y tipos especiales, que pueden ser calificados o privilegiados.**- Corresponde a la misma división de los delitos. La clasificación obedece al criterio de la relación entre lo general y lo especial. Los tipos o delitos básicos representan la figura simple del hecho punible (p. ej., el homicidio, art. 106; o el hurto, art. 185). Los tipos o delitos calificados (agravados) o privilegiados (atenuados) son modalidades especiales de un tipo básico. Las modalidades son circunstancias que aumentan la criminalidad del hecho (lo califican o lo agravan; v. gr., el parricidio o el homicidio alevoso) o la disminuyen (lo privilegian o atenúan; p. ej., el homicidio emocional). (Nuñez, 1999)

⊙ ***Tipos de ofensa simple y tipos de ofensa compleja.-***

Así también se clasifican los delitos. El criterio de división atiende al bien jurídico tutelado por el tipo o, correlativamente, al bien jurídico lesionado por el delito) Al tipo de ofensa simple le corresponde como objeto de la ofensa, un solo bien jurídico (la vida, al tipo del homicidio; la propiedad, al del hurto). Al tipo de ofensa compleja le corresponde como objeto de la ofensa, más de un bien jurídico. Pero, el título del delito es determinado por el bien que el legislador considera prevaleciente. El tipo del encubrimiento, lesiona la administración pública -lesión que determina el título del delito-, pero también lesiona en forma efectiva la propiedad de la víctima del delito del que proviene el dinero, la cosa o el bien. En la falsificación de un certificado médico, la ofensa que determina el título del delito es la de la fe pública, pero, además, el delito lesiona la libertad personal del detenido en el manicomio, lazareto u hospital. El pago con cheque sin provisión de fondos ofende, como bien prevaleciente, la fe pública, pero, a la vez, también lo hace respecto de la propiedad del que lo recibe en pago o a otro concepto lucrativo. (Nuñez, 1999)

⊙ ***Tipos con unidad o pluralidad de hipótesis.-***

Algunos tipos toman en consideración una sola forma de realizarse. El tipo del homicidio simple se realiza matando a otro, y el de hurto simple apoderándose ilegítimamente de la cosa mueble total o parcialmente ajena. Ambos son tipos o delitos con unidad de hipótesis. Los medios y los modos de matar o de apoderarse que no generan un tipo especial (calificado o atenuado), resultan indiferentes para los tipos del homicidio y del hurto simple. (Nuñez, 1999)

⊙ ***Tipos simples y tipos compuestos.-***

Esta clasificación atiende al aspecto numérico de las acciones u omisiones

típicas. La diferencia que media entre este criterio clasificatorio y el de la clasificación de los tipos, en tipos de ofensa simple y tipos de ofensa compleja, reside en que mientras éstos tienen en cuenta el bien ofendido por el delito, el carácter simple o complejo de que tratamos aquí toma en consideración la estructura del hecho típico. Algunos tipos admiten un solo acto (homicidio, lesiones, estafa); son tipos o delitos simples. Otros están integrados por varios actos, y constituyen tipos o delitos compuestos. El delito de pago con cheques sin provisión de fondos, no se consuma con la dación en pago o la entrega del cheque por otro concepto, sino con la omisión ulterior de su abono. Para quienes consideran que la repetición de los actos de cura es inherente a la habitualidad requerida por el ejercicio ilegal de la medicina, es un tipo o delito compuesto. Lo mismo se debe decir del tipo del encubrimiento por receptación, que demanda una “actividad habitual”. (Nuñez, 1999)

© ***Tipos de peligro y tipos de daño o lesión..-*** Esta clasificación mira la razón de la tutela represiva. Desde este punto de vista los tipos y los correspondientes delitos se dividen en tipos de peligro y en tipos de daño o lesión. (Nuñez, 1999)

A veces, la tutela represiva se discierne frente al peligro para un bien jurídico. Es el caso de los tipos de peligro. El peligro es la amenaza de daño para el bien protegido por la ley. La amenaza de daño no es la simple posibilidad de que el daño suceda, pues para hablar de una amenaza no basta que la producción del mal no sea imposible. La amenaza que constituye el peligro, es la probabilidad de que el daño se produzca como consecuencia de la situación de peligro creada por el comportamiento del autor. Esta probabilidad

existe si esa es una consecuencia que se produce normalmente. (Nuñez, 1999)

El peligro puede ser particular *individual* o *común*, según que exista para personas o cosas determinadas o respecto de las cosas o las personas en general.

El tipo o delito es de *daño* o *lesión* si el resultado del comportamiento es un daño o lesión para un bien jurídico, consistente en su destrucción u otra forma de perjuicio.

⊙ ***Tipos de simple conducta, tipos formales y tipos materiales.***- Frente a la división de los tipos o delitos en tipos o delitos de peligro y en tipos o delitos de daño, la subsistencia de la presente clasificación se justifica porque, a diferencia de aquélla, no atiende al peligro y al daño como razón de la tutela represiva, vale decir, a la razón política de la incriminación, sino que mira a la estructura del hecho típico. (Nuñez, 1999)

Tipo o delito de simple conducta es aquél que sólo requiere el comportamiento del autor, sin atender a un resultado potencial o efectivo.

Los tipos o delitos formales demandan, además del comportamiento del autor, un resultado potencial, como sucede con la injuria, la calumnia, la instigación y la intimidación pública y la falsificación documental.

Un tipo o delito es material o de resultado si su consumación exige, a la par del comportamiento del autor, que se produzca un resultado de daño efectivo. Son delitos materiales el homicidio, el hurto y la estafa.

⊙ **Tipos de comisión y tipos de omisión..-** Esta clasificación no considera, como se suele pensar, la forma positiva o negativa del comportamiento (hacer o no hacer), sino la razón de su anti normatividad. El tipo o delito es de comisión si el comportamiento, que puede ser una acción o una omisión, contraviene una norma prohibitiva. El homicidio es un delito de comisión, porque el comportamiento del autor contraviene la norma que prohíbe matar, y no porque sólo se pueda matar mediante una acción (v. gr., con un balazo), ya que también se lo puede hacer omitiendo algo. El tipo o delito es de omisión si el comportamiento contraviene una norma preceptiva. (Nuñez, 1999)

Son delitos de omisión: la omisión de auxilio, la denegación de justicia y la omisión a la asistencia familiar.

⊙ **Tipos instantáneos y tipos permanentes.-** Esta clasificación de los tipos o delitos atiende al aspecto temporal de la consumación del delito. (Nuñez, 1999)

El delito es instantáneo si su consumación se produce y agota en un momento. La unidad temporal de la consumación depende de la naturaleza del bien ofendido y no del modo de la conducta ofensiva. El homicidio se consuma en un momento, porque la vida es destruida por la conducta del autor en el momento del paso de la víctima a la muerte, aunque ésta haya sido el resultado de una conducta prolongada (envenenamiento progresivo) o la lesión mortal no haya operado instantáneamente. Sucede lo mismo con la consumación de los delitos de robo y de provocación al duelo, los cuales se consuman, respectivamente, tan pronto como la cosa ha pasado de poder de la víctima al del ladrón o en el momento mismo en que se produce el acto provocativo. No importa, por el contrario, que el ladrón haya luchado un lapso

con el dueño para privarlo de la cosa, o que el provocador al duelo se haya valido de una grabación extensa.

⊙ **Tipos comunes y tipos especiales.**- Esta clasificación de los tipos y de los delitos atiende a la calidad del autor. Por regla, cualquier persona puede ser autora del delito. En este caso, los tipos o delitos son comunes. En ellos el sujeto activo se designa por fórmulas como "*el que*", "*los que*", "*quien*" o "*quien quiera*". Nuestras leyes penales prefieren las dos primeras expresiones. (Nuñez, 1999)

Los tipos o delitos son especiales (o *proprios*) si el autor del delito debe poseer una determinada calidad: *funcionario, los padres, el deudor, etc.*

También se habla de delitos especiales, pero no de tipos especiales, respecto de los delitos regulados de manera especial o por leyes especiales del Congreso, pero estos últimos, si no exceden la materia represiva propia de una ley especial, no son delitos sino contravenciones.

e) La ausencia de tipo

⊙ La ausencia del tipo es ausencia del delito

Los tipos penales tienen la exclusividad en la determinación de los hechos punibles, mediante la limitación que empieza y termina en cada tipo. De modo que toda acción que no reúna las características contenidas en alguna de las figuras de la parte especial, no es un delito.

La función exclusiva de los tipos se aprecia muy claramente en su aspecto negativo, cuando se consideran hechos que pueden resultar condenables para la moral y la cultura de un pueblo y que no son punibles en razón de no

haber sido captados por la ley penal. Son casos claros los de acciones tipificadas por otros códigos, tales como el incesto, por ejemplo, que en el Código argentino no constituye delito. Por muy condenable que aparentemente pueda resultar un hecho para nuestra cultura, hasta tanto no esté previsto por la ley penal, el principio de reserva no admite otra solución que la que declara que no constituye delito por falta de tipicidad. (Fontan, 1998)

La ausencia de tipicidad puede resultar que no concorra un elemento particular (específico) de la figura, de que falte la forma de culpabilidad requerida por el tipo o del consentimiento en los casos en que tiene eficacia.

⊙ **El Consentimiento del Interesado como excluyente del Tipo**

En los casos en que el consentimiento tiene eficacia, tomando en cuenta los elementos de la figura y la naturaleza del bien, da lugar a ausencia de tipo. La expresión consentimiento "del interesado" es la correcta, pues no existiendo delito, resulta inapropiado hablar de víctima o de lesionado. Se trata del titular de un bien jurídico.

- ***Esfera de eficacia del consentimiento.-*** El consentimiento es eficaz cuando la tutela penal realizada a través de la correspondiente figura, sólo alcanza a los casos en que se obra contra la voluntad del interesado; no lo es cuando la protección se establece prescindiendo de esa circunstancia. Pero el Código no necesita decir en cada artículo de la parte especial que el hecho debe ser ejecutado contra la voluntad del interesado, porque ésa es la regla; debe decirlo y lo dice, en cambio, *cuando la acción es típica*

aun mediando el consentimiento, porque ésta es la excepción.

El consentimiento sólo tiene eficacia cuando recae sobre bienes disponibles que son el único objeto de la tutela penal; cuando esa tutela garantiza, además, un interés público o común, el consentimiento es irrelevante.

○ **Requisitos. Para que el consentimiento produzca efectos jurídicos**

Son necesarios tres requisitos:

- a. **Que haya sido prestado libremente por quien tiene la capacidad de disposición del bien jurídico protegido.-** No consiente libremente el que cede ante la amenaza o acepta inducido a error por el engaño. No consiente, tampoco, quien en el momento de acceder carece de la capacidad necesaria para disponer del bien de que se trata.
- b. **Que sea anterior o coincida en el tiempo con la acción.-** El consentimiento posterior a la consumación es de ningún valor, puesto que puede ser revocado libremente hasta ese momento; en cambio, una revocación posterior es siempre irrelevante. Cuando el hecho ha sido consumado, ya no puede hablarse de consentimiento, sino de perdón, renuncia a la acción o pacto, todo lo cual no impide la existencia del delito, aunque sí, en algunos casos, el ejercicio de la acción por el particular; pero esto constituye otro problema.
- c. **Que quien consiente sea el único titular del bien jurídico protegido.-** En los casos de ser varios los titulares del bien, sólo el consentimiento de todos tiene plena eficacia. Si Jorge y Enrique son condóminos de un reloj y Carlos se apodera de él con

el consentimiento de Enrique únicamente, Carlos comete el delito de hurto.

○ **Formalidades**

En lo que se refiere a la forma, debe tenerse en cuenta:

- *El consentimiento sólo necesita ser una manifestación de voluntad unilateral.* Por eso puede ser revocado antes del hecho. Pero este principio no rige cuando ha sido la consecuencia de un acto bilateral, para el que no puede valer una revocación unilateral. (Fontan, 1998)
- *No se requieren formalidades.* Todas las formas reconocidas por la ley y por la costumbre, son válidas para manifestar el consentimiento. La manifestación puede ser *expresa* o *tácita*.
- *Para que el consentimiento resulte eficaz no es preciso que sea conocido por el sujeto activo, puesto que ha de ser apreciado objetivamente.* La apreciación subjetiva nos conduciría a dar al consentimiento el carácter de causa excluyente de culpabilidad, tesis inaceptable.

✓ **ANTI JURICIDAD**

Hemos definido el delito como acción típicamente antijurídica y culpable. Así, pues, ha quedado ya dicho que la acción merecedora de pena debe ser antijurídica.

Concepto

La acción que el tipo penal describe es antijurídica en la mayoría de los casos. No en todos, pues existen circunstancias en las cuales, no obstante existir adecuación a la descripción legal, la acción no resulta contraria al derecho. Esto ocurre no sólo en virtud de la concurrencia de causas de justificación; existen conductas que, aun ajustándose a la descripción típica no suponen un

enfrentamiento con el orden jurídico, de manera que tampoco pueden ser consideradas disvaliosas. Sin pretender generalizar la advertencia, ni entrar en un debate iluminado por la intervención de penalistas de prestigio es de hacer notar que el tipo es un indicio de antijuridicidad, pero sólo eso. La antijuridicidad no deriva de la descripción típica en sí, sino del sentido de la norma que subyace en la figura personal. De manera que del hecho de que el legislador tipifique una conducta no deriva, de por sí, que la acción resulte antijurídica. Es preciso buscar el disvalor de la acción en la norma y su sentido; no de la simple prohibición o el mandato. Con esto queremos decir que la antijuridicidad indicada en el tipo no existe si media una causa de justificación, y tampoco existe si no puede afirmarse respecto de ella que es contraria a la norma. La calificación de antijurídica surgirá luego del juicio de valor que se realice comparando conducta y norma. De manera que una conducta descrita en el tipo puede ser adecuada al derecho, y lo será desde su origen. (Terragni, 1998)

La antijuridicidad es la calidad del hecho que determina su oposición al derecho. Esa calidad no existe simplemente porque el hecho sea típico. Salvo en los casos en los que un elemento normativo del tipo exige y adelanta, como un elemento de la noción del hecho, el juicio sobre la antijuridicidad del comportamiento del autor, la tipicidad es sólo un indicio de la antijuridicidad del hecho, ya que la presunción que aquélla implica es excluida si concurre una causa de justificación. El que mata en legítima defensa realiza el tipo delictivo, pero no obra antijurídicamente. Pero el que realiza un tipo penal obra antijurídicamente si no concurre una causa de justificación.

Hoy prevalece el criterio según el cual el hecho es antijurídico cuando, *además de contradecir al orden jurídico, lesiona, pone en peligro o tiene aptitud para poner en peligro, según la previsión legal, bienes jurídicos tutelados por la ley penal*. Esta triple posibilidad del aspecto material abarca los delitos de daño, los de peligro real y los de peligro potencial o presumido por la ley.

Una conducta típica es antijurídica si no hay una causa de justificación (como legítima defensa, estado de necesidad, o derecho de corrección paterno) que excluya la antijuridicidad. En vez de causas de justificación también se puede hablar de "causas de exclusión del injusto", en lo que no hay una diferencia de significado.

✓ **CULPABILIDAD**

La responsabilidad designa, tras la antijuridicidad, una valoración ulterior y que por regla general da lugar a la punibilidad, en el marco de la estructura del delito. Mientras que con el predicado de la antijuridicidad se enjuicia el hecho desde la perspectiva de que el mismo infringe el orden del deber ser jurídico-penal y que está prohibido como socialmente dañino, la responsabilidad significa una valoración desde el punto de vista del hacer responsable penalmente al sujeto. Quien cumple los requisitos que hacen aparecer como "responsable" una acción típicamente antijurídica se hace acreedor, desde los parámetros del Derecho penal, a una pena. Los presupuestos de la responsabilidad jurídico-penal son, entre otros, la culpabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la normalidad de la situación en la que se actúa, que falta en el caso de determinadas formas de peligro y de exceso en la legítima defensa; hay además en

la Parte especial, en el Derecho penal especial (o accesorio) y en el ámbito supra legal casos de exclusión de la responsabilidad, los más importantes de los cuales serán comentados más adelante.

La culpabilidad, por tanto, constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma. La cuestión de cuáles son esas condiciones dependerá del punto de vista que se adopte respecto de la pena. Las teorías absolutas de la pena exigirán, como condiciones de la responsabilidad, elementos que permitan fundamentar una responsabilidad ético-jurídica del autor. (Bacigalupo, 1996)

La regla "no hay pena sin culpabilidad", lógicamente presupone que el hombre goza del libre albedrío y de la conciencia que le permiten elegir valorativamente. (Nuñez, 1999)

Así como el principio *nullum crimen, nullapoena sine lege* iluminó el tránsito del absolutismo a la libertad, el axioma *nullapoena sine culpa* marca el rumbo hacia el definitivo reconocimiento de la dignidad humana. Significa que solamente puede imponerse pena cuando se demuestre la existencia de una concreta culpabilidad, cuando el delito sea el producto de la acción libremente decidida, cuando el resultado producido se atribuya a una conciencia que tuvo la posibilidad de apreciar el disvalor del acto. Representa la eliminación de toda forma de responsabilidad objetiva, manera bárbara de penar con prescindencia de las posibilidades y limitaciones humanas. El derecho penal de nuestros días, el de los regímenes institucionales que respetan los derechos individuales, repudia la atribución de

responsabilidad penal fundada en conceptos distintos del de la culpabilidad. El hombre debe responder solamente si ha actuado, si lo ha hecho de la manera prevista por la ley como delictiva, si su acto típico es antijurídico, y si su actuación típicamente antijurídica le es reprochable, pues pudiendo respetar la norma ha optado por transgredirla. Esta última característica es la culpabilidad; se trata de una condición de la acción que revela una particular actitud del sujeto respecto de su acto. Esa actitud, que es una actitud mental (no física, ya que si se tratase de una cuestión física detendríamos el análisis en la acción - como elemento del delito -, soporte indispensable al que se le agregan los demás calificativos), origina el reproche del derecho, que es mayor cuando el resultado ha sido conscientemente buscado o asentido; y que es menor cuando el resultado se produce por omisión de las diligencias necesarias para evitarlo; lo que en la terminología hoy en boga constituye una infracción a los deberes de cuidado.

a. Teorías sobre la culpabilidad

En las exposiciones sistemáticas sobre la culpabilidad pueden señalarse tres teorías principales, relacionadas con los distintos conceptos de la acción. De la sencilla concepción psicológica de la culpabilidad (*Radbruch, V. Liszt*), se pasó a la concepción normativa (*Frank, Goldschmidt, Freudenthal, Mezger*) y después como una evolución purificadora de ésta, a la concepción finalista (*Welzel*).

Para la **teoría psicológica** la culpabilidad consiste y se agota en la relación de conocimiento o de posibilidad de conocimiento entre el delincuente y su hecho. La culpabilidad es un concepto genérico, cuyas especies, que agotan su contenido, son el dolo y la culpa. Estas

especies de culpabilidad presuponen la imputabilidad del autor y son excluidas por la ignorancia, el error y la coacción (*Kohlrachs*). En contra del sicologismo, entre otras objeciones, se ha dicho que en la culpa inconsciente no se da la relación síquica mencionada, pues, en ella, la posibilidad del resultado delictivo no es advertida por el autor. Esto condujo a negar que la culpa inconsciente fuera una forma de culpabilidad. Pero, ni siquiera cuando por falta de precaución no se prevé que se puede delinquir (*culpa inconsciente*), desaparece la posibilidad de conocer el resultado delictivo.

Para la **concepción normativa**, la *culpabilidad* es un juicio de valor: no es dolo o culpa, sino que es la reprochabilidad de su conducta antijurídica al autor en razón de que le era exigible otra conducta distinta. El juicio de reprochabilidad se funda en la libertad del autor para obrar (libertad interna: imputabilidad; libertad externa, normalidad de las circunstancias concomitantes), en el fin perseguido por él y en el conocimiento del significado de su conducta (*dolo*), o en la posibilidad de conocerlo (*culpa*). De esta manera, el dolo y la culpa sólo representan, alternativamente, un elemento del juicio de culpabilidad; y la no exigibilidad de otra conducta, incluso por causas de inculpabilidad no previstas por la ley (*causas supra legales*), tiene el carácter de una causa general de exclusión de la culpabilidad.

La **concepción finalista** purifica el normativismo excluyendo del ámbito de la culpabilidad los elementos subjetivos, que pasan a integrar la acción. Liberada así la culpabilidad de su base psicológica, conserva como único contenido la reprochabilidad, cuyas premisas son

la imputabilidad del autor (su capacidad síquica de motivarse de acuerdo a la norma) y su posibilidad de comprender lo injusto. Esta concepción desconoce que a la culpabilidad debe pertenecer el soporte humano de la responsabilidad, que no reside en un juicio de reprochabilidad que no realiza el autor, sino en el comportamiento anímico de éste, que es lo reprochable.

b. Límites de la culpabilidad: El Caso Fortuito

El caso fortuito constituye el límite de la culpabilidad. Nadie es culpable si no ha habido, al menos, posibilidad de previsión del hecho típicamente antijurídico. De acuerdo con la fórmula tradicional, fortuito es lo que no ha podido preverse o que previsto no ha podido evitarse.

El obrar culposo - el peldaño más bajo de la responsabilidad penal - conduce a pena por haber concretado el autor un resultado típicamente antijurídico, que no previó (culpa sin previsión) y por ello no evitó, pudiendo y debiendo haberlo previsto y evitado, de haber puesto en su obrar la diligencia que el Derecho le impone. La razón de la punibilidad de esas acciones culposas radica, pues, en la posibilidad de representación del acontecer y, con ello, en la exigencia jurídica de evitarlo

La ausencia de tal posibilidad y con ella del deber jurídico, es lo que caracteriza el caso fortuito, por lo que un resultado producido concurriendo esas circunstancias no puede ser objeto de reproche, ya que queda por debajo del límite inferior de la responsabilidad penal, que es la culpa.

D. Clasificación de los Delitos

Las clasificaciones más difundidas entre los autores y de mayor uso, son las siguientes:

- ⊙ **En función de su gravedad.-** El C.P. habla en su Art. 11 de delitos y faltas (clasificación bipartita). Ambas contienen la estructura que se deja estudiada. La distinción es puramente cuantitativa: un mismo hecho, por ejemplo, el hurto, puede ser delito o falta según el valor del bien hurtado. Es una cuestión de política legislativa. Las faltas son llamadas delitos en miniatura, y "delitos veniales" y poco difieren de los delitos.

- ⊙ **Según la modalidad de la realización.-** Se puede hablar de delitos de mero comportamiento y de resultado, en los casos en que el tipo requiera o no que la acción vaya seguida de un resultado, separado espacio-temporalmente del comportamiento. En los delitos de mero comportamiento no es necesario; por ejemplo, violación real (Art. 170 del C.P.), violación de domicilio (Art. 159 del C.P.). Lo contrario sucede en los delitos de resultado; por ejemplo, el homicidio (Art. 106 del C.P.).

- ⊙ **Según la incidencia del sujeto en el injusto.-** Pueden ser comunes o especiales. Comunes son aquellos, la mayoría, que tienen un sujeto activo y pasivo innominado, es decir que basta con la expresión "el que" para determinar al sujeto. Los delitos especiales requieren de ciertas condiciones especiales que señala la Ley.

- ⊙ **Según el número de sujetos.-** Hay delitos individuales o mono subjetivos, para los cuales basta con un sólo sujeto, activo o pasivo, para su configuración; y otros que requieren necesariamente una pluralidad de sujetos activos (agrupaciones ilícitas, Art. 317) o pasivos (el llamado delito masa), es decir, delitos pluri subjetivos o colectivos.

⊙ **Según su forma de consumación.-** Los delitos de resultado pueden dividirse en delitos instantáneos, permanentes y de estado. Los instantáneos se consuman en el instante en que se produce el resultado, sin que ésta determine la creación de una situación antijurídica duradera (por ejemplo, el homicidio). El permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor (por ejemplo, el secuestro, Art. 152 del C.P.), o sea, dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica. El delito de estado o instantáneo con efectos permanentes, crea un estado antijurídico duradero, pero la consumación cesa desde la aparición de éste, porque el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento (por ejemplo, el delito de bigamia, Art. 139 del C.P.).

⊙ **Según su naturaleza.-** Existen delitos comunes y delitos políticos. Históricamente la distinción se ha efectuado atendiendo a criterios objetivos, subjetivos y mixtos. Los criterios objetivos se refieren a la naturaleza del bien jurídico lesionado o puesto en peligro; y desde este punto de vista, delito político será aquel que lesiona o pone en peligro un bien jurídico de naturaleza política, esto es, un bien jurídico constituido esencialmente por el interés de la comunidad en el mantenimiento de una determinada organización de las relaciones que atañen a los Poderes Públicos; por ejemplo, los "Delitos Contra los Poderes del Estado y el orden Constitucional" (Art. 346-350), los "Delitos contra la Voluntad popular" (Art. 354-360). Las tesis subjetivas se apoyan en la naturaleza del móvil, exigiendo en algunas de sus formulaciones, no sólo que el móvil del actuar sea político, sino también que sea altruista, evolutivo o progresivo; por ejemplo, los "Delitos que comprometen las relaciones exteriores del Estado" (Art. 335-343), cuando el culpable no hubiere obrado por lucro u otro móvil innoble.

- ⊙ **Según su forma de afectar el bien jurídico.-** Se distingue entre delitos de lesión y delitos de peligro. Si el tipo, la destrucción o menoscabo del bien jurídico, dará lugar a un delito de lesión (homicidio, lesiones, hurto, robo, estafa, etc.), mientras que si se contenta con su puesta en peligro, constituirá un delito de peligro.

Los delitos de peligro se dividen en delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto. En los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión (por ejemplo, "el exponer a peligro de muerte o de grave e inminente daño a la salud de un menor de edad o persona incapaz", (Art. 125 del C.P.), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal resultado de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la conducta, peligrosidad que se supone inherente a la acción, salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano (por ejemplo, el Art. 274, que castiga al que "conduce vehículo motorizado en estado de embriaguez o drogadicción").

2.2.4. EL PUNITIVISMO

✓ El Resurgir del Punitivismo

Reconducir los fenómenos de expansión que aquí interesan de modo global sólo a estos supuestos de promulgación de normas penales meramente simbólicas no atendería al verdadero alcance de la evolución. Pues si recurso al Derecho penal no sólo aparece como instrumento para producir tranquilidad mediante el mero acto de promulgación de normas evidentemente destinadas a no ser aplicadas, sino que, en segundo lugar, también existen procesos de criminalización a la antigua usanza, es decir, la introducción de normas penales nuevas con la intención de promover su efectiva aplicación con

toda decisión, es decir, procesos que conducen a normas penales nuevas que sí son aplicadas O al endurecimiento de las penas para normas ya existentes. De este modo, se invierte el proceso habido en los movimientos de reforma de las últimas décadas – en España, después de 1978 - en el que fueron desapareciendo diversas infracciones -recuérdese sólo la situación del Derecho penal en materia de conductas de significado sexual- que ya no se consideraban legítimas. En este sentido, se advierte la existencia en el debate político de un verdadero **clima punitivista**: el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal; un ambiente político-criminal que, desde luego, no carece de antecedentes. Pero estos procesos de criminalización -y esto es nuevo- en muchas ocasiones se producen con coordinadas políticas distintas al reparto de roles tradicional que podría resumirse en la siguiente fórmula: izquierda política- demandas de descriminalización/derecha política-demandas de criminalización.

El modo más claro de apreciar la dimensión de este fenómeno quizás esté en recordar que incluso conduce a la rehabilitación de nociones - abandonadas hace años en el discurso teórico de los ordenamientos penales continentales- como la de inocuización

En este sentido, parece evidente, en lo que se refiere a la realidad del Derecho positivo, que la tendencia actual del legislador es la de reaccionar con “decisión”, dentro de muchos sectores diversos de regulación en el marco de la “lucha” contra la criminalidad, es decir, con un incremento de las penas previstas. Un ejemplo, tomado del Código penal Español lo constituyen las infracciones relativas al tráfico de drogas tóxicas o estupefacientes y sustancias psicotrópicas la regulación contenida en el texto de 1995 duplica la pena prevista en la

regulación anterior, de modo que la venta de una dosis de cocaína - considerada una sustancia que produce “grave daño a la salud”, lo que da lugar a la aplicación de un cipo cualificado - supone una pena de tres a nueve años de privación de libertad (frente a, aproximadamente, uno a cuatro años en el anterior Código), potencialmente superior, por ejemplo, a la correspondiente a un homicidio por imprudencia grave (uno a cuatro años) o a un delito de aborto doloso sin consentimiento de la madre (cuatro a ocho años) en los términos previstos en el mismo “Código penal de la democracia” apoyado parlamentariamente por la izquierda política. Como es sabido, la evolución más reciente discurre en dirección a una ulterior oleada de endurecimiento.

En este mismo contexto, una consideración de la evolución habida en los últimos años en los Estados Unidos -sin tener en cuenta las más recientes medidas legislativas- puede ser reveladora de cuál es -o mejor dicho: de lo lejos que se puede llegar hasta alcanzar- el punto de llegada de esta escalada: mediante la legislación de “*three strikes*” puede llegar a suceder que un autor que bajo aplicación del Código penal español ni siquiera ingresara en prisión, en algunos Estados de los EE.UU. sufra cadena perpetua, entendida ésta además en sentido estricto (hasta la muerte del condenado).

✓ **Punitivismo y Derecho penal simbólico**

Con lo expuesto hasta el momento ya queda claro que ambos fenómenos aquí seleccionados no son, en realidad, susceptibles de ser separados nítidamente. Así, por ejemplo, si se introduce una legislación radicalmente punitivista en materia de drogas, ello tiene una inmediata incidencia en las estadísticas de persecución criminal (es decir, no se trata de normas meramente simbólicas de acuerdo con el

entendimiento habitual), y a pesar de ello es evidente que un elemento esencial de la motivación del legislador a la hora de aprobar esa legislación está en los efectos “simbólicos” obtenidos mediante su mera promulgación. Y a la inversa, también parece que normas que en principio cabría catalogar de “meramente simbólicas” pueden llegar a dar lugar a un proceso penal “real”.

Lo que sucede es que en realidad, la denominación “Derecho penal simbólico” no hace referencia a un grupo bien definido de infracciones penales lo caracterizadas por su inaplicación, por la falta de incidencia real en la “solución” en términos instrumentales. Tan sólo identifica la especial importancia otorgada por el legislador” a los aspectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas.

Y estos efectos incluso pueden llegar a estar integrados en estrategias mercado-técnicas de conservación del poder político, llegando hasta la génesis consciente en la población de determinadas actitudes en relación con los fenómenos penales que después son “satisfechas” por las fuerzas políticas.

Dicho con toda brevedad: el Derecho penal simbólico no sólo identifica un determinado “hecho”, sino también (o: sobre todo) a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual, sino como otro. Es decir, que la existencia de la norma penal -dejando de lado las estrategias a corto plazo de mercadotecnia de los agentes políticos- persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como “otros” no integrados en esa identidad, mediante la exclusión del “otro” Y. parece claro, por otro lado, que para ello también son necesarios los trazos

vigorous de un **punitivismo** exacerbado, en escalada, especialmente, cuando la conducta en cuestión ya se hallaba amenazada de pena. Por lo tanto, el Derecho penal simbólico y el punitivismo mantienen una relación fraternal. A continuación, puede examinarse lo que surge de su unión: el Derecho penal del enemigo.

2.2.5. EL PARENTESCO

Con respecto al presente tema consideramos oportuno señalar las diferentes maneras de establecer el parentesco ya sea por consanguinidad, afinidad o por adopción, los mismo que se detallaran a continuación.

A. Parentesco Consanguíneo

En principio el parentesco en general puede ser concebido como aquella relación o conexión familiar que hay entre dos o más personas, derivada de la propia naturaleza, o por imperio de la ley o, también, generado por criterios religiosos.

A decir de Borda (2002), el parentesco *“es el vínculo jurídico que nace de lazos de sangre, del matrimonio o de la adopción”*.

Sánchez Román (1935) entiende por parentesco “[...] La relación, unión o conexión que existe entre varias personas, en virtud de la naturaleza, de la ley o de la religión. Estas distintas fuentes de parentesco motivan sus especies de naturaleza *civil y espiritual o sacramentar*”

Suarez Franco (2001) afirma que el *“... parentesco es el vínculo, conexión o enlace por consanguinidad o afinidad. El parentesco es la relación de familia que existe entre dos personas”*.

Azpiri (1992) anota que *“... el parentesco es el vínculo jurídico que nace de los lazos de sangre, que deriva del matrimonio o*

que se origina con la adopción. Esta definición alude al vínculo jurídico porque el vínculo biológico, no trascienda a ese otro plano, no tendrá consecuencias jurídicas y, por tanto, no será posible todavía hacer referencia al parentesco”

Para Albaladejo (1982), “... *el parentesco es un vínculo que liga a unas personas con otras, vínculo que, pudiendo proceder de diversas causas, da origen a distintas clases del mismo (parentesco de consanguinidad, de afinidad y adopción) ...*”

El indicado tratadista añade lo siguiente:

“...Parentesco de consanguinidad es el vínculo de sangre que une a las personas.

Es decir, las personas son parientes consanguíneos unas de las otras porque llevan (en parte, al menos) la misma sangre.

Las personas que son parientes de sangre: o descienden unas de otras (como el hijo, del padre, o el padre, del abuelo). (...) En el primer caso se habla de un parentesco de sangre en línea recta; en el segundo, de parentesco de sangre colateral.

El parentesco de sangre puede ser doble o sencillo: así, hermanos de padre y madre comunes, o hermanos sólo de padre o sólo de madre (...). Los hermanos que lo son de padre y madre se llaman *hermanos CARNALES*.

Los hermanos que lo son sólo de padre o sólo de madre, se llaman también *MEDIOS* hermanos (...). Los que son hermanos de madre se denominan hermanos *UTERINOS*; los que los son de padre, se denominan hermanos *CONSANGUINEOS* (en sentido estricto, ya que, en sentido amplio, también son hermanos consanguíneos todos los demás, puesto que del todo o en parte llevan la misma sangre).

Si el parentesco de sangre se crea en matrimonio, se denomina de consanguinidad matrimonial, si se crea fuera de aquél, la consanguinidad se califica no matrimonial. Así que el hijo de un soltero es consanguíneo no matrimonial de éste”

Barros Errazuriz expone que:

Se llama parentesco de consanguinidad al vínculo de sangre que existe entre dos personas que descienden de un tronco común. Este parentesco tiene su base en la misma naturaleza humana y reposa en la filiación.

Consta de grado y línea. Grado es la distancia que hay de una generación a otra. Línea es la sucesión de personas entre las cuales existe relación de parentesco. La línea puede ser recta o colateral: recta, si descienden unos de otros, la que a su vez puede ser ascendente o descendente, según que con relación a una persona determinada se considere a sus autores, o sea, a las personas de quienes descienden, o a su posteridad, o sea, a los que de ella descienden; colateral o transversal es la formada por parientes que, procediendo de un tronco común, no descienden unos de otros (...). La división en recta y colateral tiene aplicación en el matrimonio, el cual está prohibido en toda la línea recta (...). La línea también puede ser paterna o materna, según se designe a los parientes de una persona por parte del padre o de la madre; a esto obedece la división de los hermanos en carnales y en paternos o maternos, según tengan un mismo padre y una misma madre, o sólo un mismo padre, o sólo una misma madre (...).

(...) Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones (...), o lo que es lo mismo, por el número de personas, descontando una de ellas. Para mayor claridad, conviene tener presente que la generación

es la sucesión de descendientes en línea recta. La computación de los grados es muy fácil-en la línea recta porque basta contar el número de generaciones; el cálculo es más complicado en la línea colateral, porque hay que subir desde un pariente hasta el autor común y bajar después hasta el otro pariente. Se puede figurar este parentesco por una escala doble que parte del autor común. Cada escalón es un grado..." (Barros, 1981)

Coviello, sobre la materia que nos ocupa en este punto, señala lo siguiente:

"... El parentesco tiene por base la comunidad de sangre, derivada de la generación: por lo cual se define 'la relación entre las personas que descienden una de otra o bien de un autor común' (...). De aquí la distinción de parentesco en línea recta y parentesco en línea colateral, u oblicua. Por línea se entiende el conjunto de las personas que descienden una de otra, por lo que cuando se habla de línea recta no se quiere indicar sino tal serie de personas; y cuando se habla de línea oblicua o colateral para indicar el conjunto de personas que no descienden una de otra, pero que tienen el mismo tronco común, designase impropriamente el conjunto de dos o más líneas rectas que convergen en un solo punto, o sea el conjunto de dos o más series de personas que descienden una de otra con referencia a un autor común. Para determinar la intensidad del vínculo de parentesco entre las personas, se cuentan las generaciones: toda generación constituye un grado, por lo que la proximidad del parentesco se determina por la proximidad del grado. En la línea recta el cálculo es muy sencillo: para saber en qué grado de parentesco se encuentra una persona cualquiera con respecto a otra de la cual desciende (padre e hijo; abuelo y nieto, etc.) se encuentran las generaciones que median entre las dos personas; o, lo que es lo mismo, se cuenta el número de las personas excluyendo sólo al ascendiente a que se refiere el parentesco que se trata de establecer (...). El número así

obtenido indica el grado de parentesco que se buscaba. De esta suerte, el hijo es pariente en primer grado respecto al progenitor, el nieto está en segundo grado en relación con el abuelo paterno o materno, y así sucesivamente. En la línea colateral el cómputo se basa en el mismo criterio. Para establecer cuál es el grado de parentesco entre dos personas que se encuentran en líneas diferentes, pero que tienen un mismo autor, hay que contar tanto el número de los grados que median entre la persona cuyo parentesco se trata de definir y el autor común, como el de los grados que hay entre el mismo autor común y la otra persona respecto de la cual se quiere determinar la proximidad del parentesco. La suma de los dos números representa el grado de parentesco entre las dos personas que son parientes en línea colateral. Así es que también aquí son tantos los grados cuantas son las generaciones, o cuantas son las personas que se encuentran entre el autor común y aquéllas cuyo parentesco se pretende fijar, menos el autor común (...). Así, los hermanos son entre sí parientes en segundo grado, los tíos y sobrinos en tercero, los primeros en cuarto, y así sucesivamente (...).

La línea recta suele distinguirse en descendente y ascendente; distinción que no se funda sino en el modo de considerar la línea en una hipótesis de hecho, es decir, de arriba hacia abajo, o de abajo hacia arriba, según que se trate de ver cuáles son las personas que descienden del mismo tronco, o de determinar en cambio cuáles son los ascendentes de una persona..."

Barbero (1967) enseña que:

"Se dice 'consanguinidad' la relación jurídica proveniente del vínculo de consanguinidad entre dos personas por el hecho de la generación.

Remontando en el tiempo hasta el primer hombre, todos en el mundo somos, naturalmente, consanguíneos. Pero no todos

somos 'parientes' jurídicamente, ya que los ordenamientos jurídicos, en general, no asignan relevancia jurídica al hecho de la consanguinidad más allá de un cierto grado. Esto equivale a decir que la 'consanguinidad' (hecho), después de un cierto límite no produce 'parentesco'

Por otra parte, según que la consanguinidad, hasta donde sea relevante, tenga por base la generación en relación matrimonial o extramatrimonial, se sigue de ella un parentesco legítimo o un parentesco natural. Pero hay que hacer notar todavía queda por 'parentesco', si bien solamente natural, no siempre y por el sólo hecho de que se dé la 'generación', o sea la 'consanguinidad natural', sino sólo y en cuanto la generación sea 'reconocida' o 'declarada' (...); cuando no es tal (...), continúa siendo ciertamente consanguinidad, hecho natural indestructible por el derecho, pero no da lugar a calificación jurídica y consiguiente relación de 'parentesco'

El indicado jurista italiano añade lo siguiente:

"El 'parentesco' es un término sintético en el cual se expresan varias posiciones específicas. Aunque todos sean 'parientes', es diferente la relación entre 'padre' e 'hijo' de la relación entre 'tío' y 'sobrino', y la relación entre 'primos' de la relación entre 'hermanos'. Y es diferente también la relevancia jurídica.

Por eso importa identificar las singulares posiciones de la relación genérica de parentesco. Esta identificación se hace mediante un cómputo por líneas y por grados.

- a) La línea: indica un orden de generaciones. Y se divide en línea recta y línea colateral. La línea 'recta' está formada por un orden de generaciones que descienden una de otra (...). La línea 'colateral', no es propiamente una línea, sino la relación

entre 'grados' pertenecientes a dos líneas rectas yuxtapuestas, que tienen un mismo tronco (...).

Por otra parte, en la línea, según que se observe su proyección de engendrador ha engendrado, o viceversa, de engendrado a engendrador, se distinguen dos direcciones: descendente y ascendente.

- b) El grado: indica el intervalo en generaciones -entre dos personas a lo largo de una misma línea o en líneas distintas (colaterales) unidas por el tronco común. El grado, por tanto, se expresa en números ordinales (primero, segundo, tercero), que representan otras tantas generaciones.

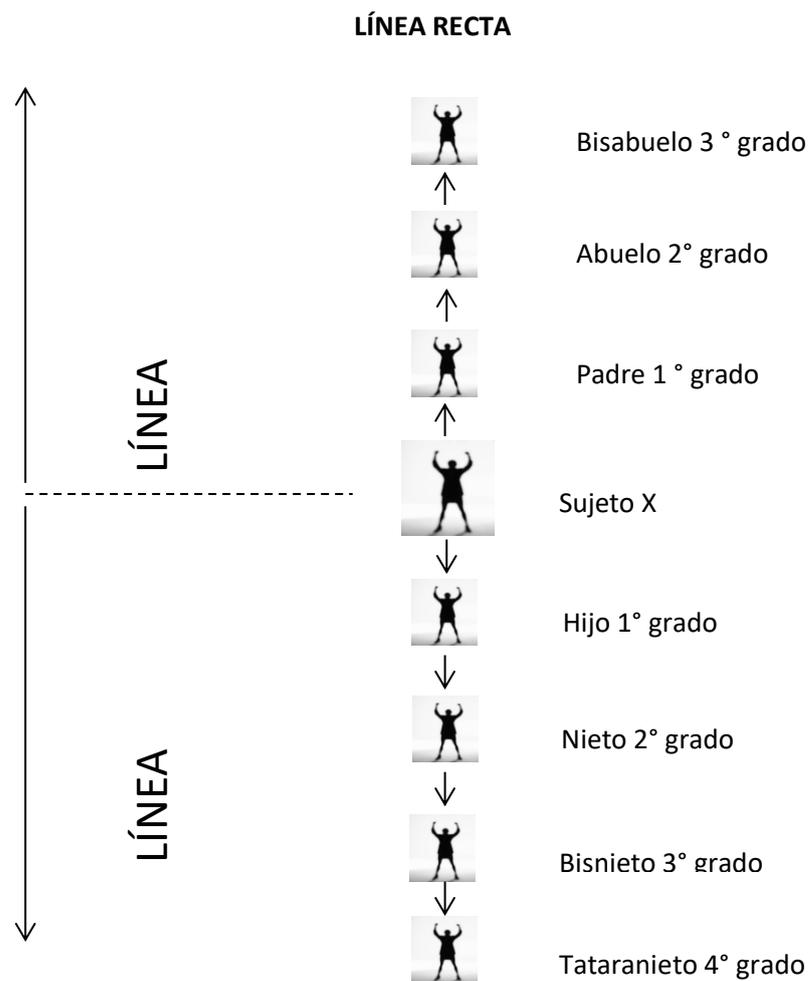
Esto supuesto, el cómputo (del parentesco) es simplísimo.

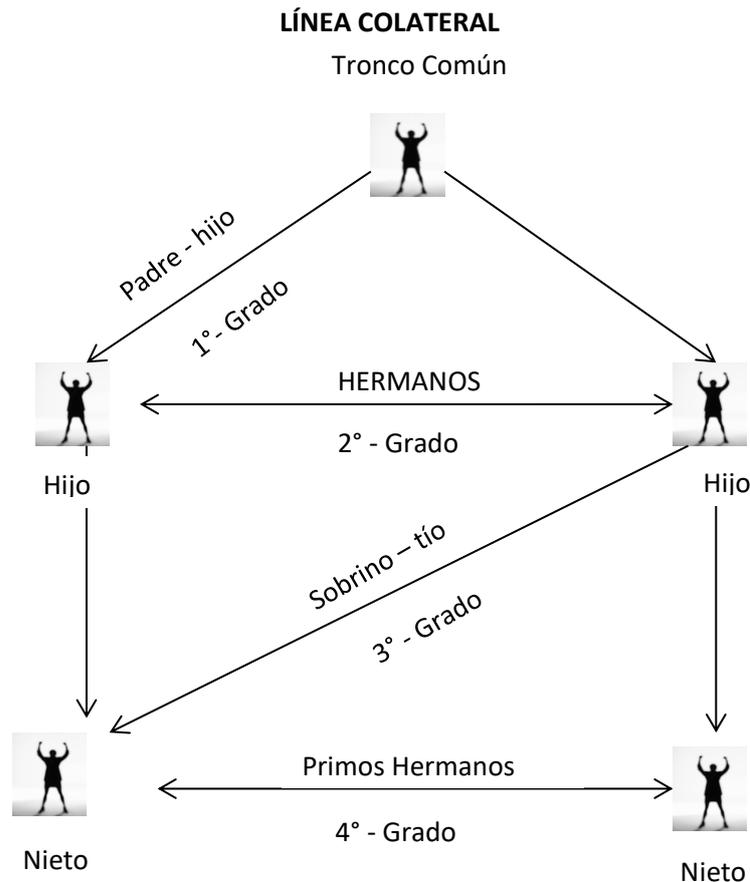
- A. En la línea recta, dos personas son parientes en el 'grado' expresado por el número de las generaciones que han intervenido. Así: entre padre e hijo ha mediado una generación, la del hijo; son, pues, parientes en primer grado, línea recta. Entre abuelo y nieto (...) han mediado dos generaciones, la del hijo el abuelo y la del hijo del hijo del abuelo: son parientes, pues en segundo grado, línea recta.

- B. En la línea colateral, dos personas son parientes en el grado expresado por el número de las generaciones desde el tronco común. Así son dos las generaciones que han intervenido desde el padre común, la de los dos hijos, hermanos entre sí (si los hermanos son más de dos, no cuenta, ya que la relación de parentesco se valora siempre entre dos términos). El tío y el sobrino (...) son parientes en tercer grado, línea colateral, pues son tres las generaciones a partir del tronco común: una, la del hijo que está en relación de "tío"; dos, la del otro hijo, hermano del tío y padre del sobrino; tres, la del sobrino procedente del hermano del tío. Agregando otra generación en una de estas dos líneas, tendremos un parentesco de cuarto grado, que dará dos primos si la generación la agregamos en la línea del 'tío', un

tío abuelo y un bisnieto, si la generación la agregamos en la línea del sobrino" (Barbero, 1967)

Según Espín Cánovas (1956), el "parentesco en sentido estricto hace referencia a la comunidad de sangre, es decir, a la consanguinidad o parentesco de consanguinidad, que liga a las personas que descienden unas de otras o bien de un antepasado común"





Parentesco por Afinidad

“... El matrimonio no sólo crea una relación jurídica entre los cónyuges; también la origina entre cada uno de ellos y los consanguíneos del otro. Es el parentesco por afinidad, o alianza, o cuñadez...”.

Espín Cánovas sostiene que "... en un sentido más amplio se llama (...) parentesco al vínculo derivado del matrimonio (...), que existe entre cada cónyuge y los parientes del otro (...), parentesco que se denomina de afinidad"

Suárez Franco dice que "... la afinidad es la relación que existe entre una persona y los consanguíneos de otra a quien ha conocido carnalmente..."

Valverde y Valverde nos informa que "se llama de afinidad, el parentesco o vínculo que existe entre un cónyuge y los parientes del otro"

Para Coviello:

"Mientras que el parentesco puede derivar de causas diversas del matrimonio, la afinidad tiene su causa en el matrimonio exclusivamente. Consiste ésta en 'la relación que media entre un cónyuge y los parientes del otro' (...). De donde se sigue: 1° Los dos cónyuges entre sí, como no son parientes, tampoco son afines. 2° Todos los parientes de un cónyuge, en línea recta o colateral hasta el décimo grado, son afines del otro cónyuge: por lo tanto, aun los hijos de un cónyuge son afines del cónyuge en segundas nupcias (padrastra o madrastra). 3° Entre los parientes de un cónyuge y los parientes del otro no hay afinidad de ninguna especie (...). 4° Tampoco hay afinidad entre los afines de un cónyuge y los del otro: así, aunque yo sea afín de la hermana de mi mujer, y ésta sea afín del marido de la primera, yo no lo soy en modo alguno de éste (...). 5° Finalmente, el que es afín de un cónyuge en virtud de un primer matrimonio, no es afín del otro cónyuge de éste, casado en segundas nupcias (...).

(...) Por ser un vínculo semejante al del parentesco, se distinguen también en ella (afinidad) las líneas y los grados (...). Así es que una persona es afín de un cónyuge en la misma línea y en el mismo grado en que es pariente del otro cónyuge; en consecuencia, el suegro o la suegra serán respecto a la nuera o al yerno afines en línea recta y en primer grado; los cuñados lo serán en línea colateral y en segundo grado (...)

A pesar de tener afinidad no causa en el matrimonio su causa en el matrimonio, no termina con éste: perdura después de su disolución, aunque no haya habido prole o no haya sobrevivido a la disolución. Solo en ciertos casos y para ciertos efectos determinados por la ley, después de disuelto el matrimonio no se tiene en cuenta la afinidad..."

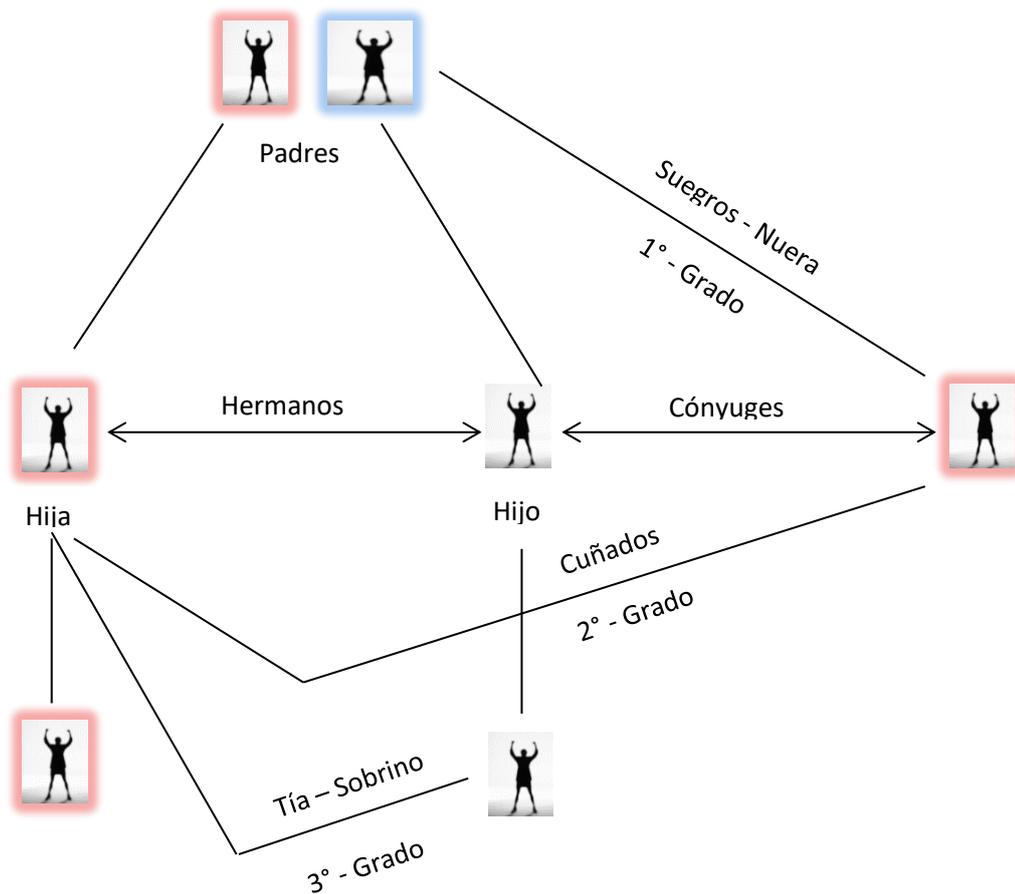
Barbero expone sobre el tema lo siguiente:

"...se dice "afinidad" a la relación natural entre un "cónyuge "y los "*parientes*" del otro. De aquí la afirmación común de que, a diferencia del parentesco, fundado en el vínculo natural de la sangre, la afinidad se funda exclusivamente en el vínculo del matrimonio. Considerada más atentamente,

la afirmación es inexacta; en efecto, es muy verdad para que haya afinidad, es necesario un matrimonio valido, peor es verdad también que si un cónyuge no tiene parientes, el otro no tiene tampoco afines. Ambos hechos concurren, por consiguientes a determinar la afinidad, tan es así, que (...) de habla de vínculo entre un cónyuge y los parientes del otro:

El matrimonio pone la base de la afinidad en cuanto funda el “conyugio”, pero el coronamiento lo da la existencia de un “parentesco “entre un cónyuge y las personas que, por el parentesco con él, viene a ser “*afines del otro*”.

PARENTESCO POR AFINIDAD



Parentesco por Adopción

Ripert y Boulanger aseveran que la filiación llamada adoptiva se da '... cuando las personas crean entre sí, por un acto jurídico particular., y a favor de una ficción, relaciones análogas a las que resultan de la filiación legítima"

Los citados tratadistas destacan que "... la adopción es un acto solemne sometido a aprobación judicial, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima. El parentesco ficticio que resulta de la adopción se asemeja al parentesco verdadero. En principio, la adopción no destruye las relaciones de filiación que provienen del nacimiento del adoptado: crea un parentesco ficticio que se superpone a esas relaciones sin sustituirlas. No obstante, la legislación actual permite que la adopción produzca efectos más completos, separando al adoptado de su familia natural; y más aún, el legislador ha debido crear una forma de adopción llamada legitimación adoptiva, que introduce al hijo adoptivo en la familia del adoptante..."

Albaladejo anota que el "... parentesco adoptivo es el que, procedente a la adopción, liga a las personas entre las que media ésta"

Dicho jurista precisa que "... la adopción es un acto solemne que crea un vínculo de parentesco puramente legal. Con ella es posible el establecimiento de una filiación independiente de la biológica"

Barassi sostiene que:

... La adopción crea un grupo familiar, limitado al adoptante y al adoptado, independiente de la procreación. Trata de suplir la falta de familia legítima imitando su apariencia (...). En ello estriba la utilidad social de la adopción, que atribuye al adoptado una cualidad equivalente a la de 'hijo' o incluso a la de 'hijo legítimo' (...).

(...) La adopción implica (...) la separación del adoptado del seno de su familia natural o legítima..."

Lehmann considera que:

"Es la adopción la creación artificial por contrato de la filiación legítima, sin que entre en consideración la descendencia fisiológica (...).

La adopción no puede llevarse a efecto sino para un fin determinado: debe proporcionar al adoptante un sustitutivo de los descendientes legítimos de que carece, haciéndole así posible la continuación de la familia"

A juicio de Planiol, la adopción es "... un acto solemne, sometido a la aprobación de la justicia, que crea entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima..."

A juicio de Barbero (1967):

"El estado de adopción es la relación en virtud de la cual dos personas están en correlación de padre e hijo sin que haya habido generación natural. Por eso, la adopción *imitatur naturam*.

A menudo a la adopción se la encuadra en el parentesco, y se habla de parentesco civil adoptivo' pero, si como fundamento del parentesco se pone la generación y, por tanto, la consanguinidad (hecho natural insustituible), ello no es ya exacto. La 'adopción' es una relación que imita el parentesco, pero que no es parentesco: éste deriva de la sangre, la adopción, de la voluntad. Es una relación cuya finalidad es la de ir al encuentro del deseo de filiación en quien no tiene hijos por naturaleza..."

El Código Civil, en relación a la adopción, establece, además, lo siguiente:

- Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea (art. 377 del C.C.).

- Para la adopción se requiere (según el art. 378 del C.C.): 1. que el adoptante goce de solvencia moral; 2. que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar; 3. que cuando el adoptante sea casado concorra el asentimiento de su cónyuge; 4. que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años; 5. que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela; 6. que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el adoptado es incapaz; 7. que sea aprobada por el juez, con excepción de lo dispuesto en las leyes especiales; 8. que si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquél ratifique personalmente ante el juez su voluntad de adoptar, exceptuándose de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud.
- La adopción se tramita con arreglo a lo dispuesto en el Código Procesal Civil, el Código de los Niños y Adolescentes (Ley Nro. 27337), la Ley de Procedimiento Administrativo de Adopción de Menores de Edad Declarados judicialmente en Abandono (Ley Nro. 26981), o la Ley de Competencia Notarial (Ley Nro. 26662), según corresponda (art. 379, primer párrafo, del C.C.).
- Terminado el procedimiento (de adopción), el juez, el funcionario competente de la Oficina de Adopciones o el Notario, que tramitó la adopción, oficiará al Registro del Estado Civil donde se inscribió el nacimiento, para que se extienda nueva partida en sustitución de la original, en cuyo margen se anotará la adopción (art. 379, segundo párrafo, del C.C.).
- En la nueva partida de nacimiento se consignará como declarantes a los padres adoptantes, quienes firmarán la partida. Queda prohibida toda mención respecto de la adopción, bajo responsabilidad del registrador. La partida original conserva

vigencia sólo para el efecto de los impedimentos matrimoniales (art. 379, penúltimo y último párrafos, del C.C.).

- La adopción es irrevocable (art. 380 del C.C.).
- La adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna (art. 381 del C.C.).
- Nadie puede ser adoptado por más de una persona, á no ser por los cónyuges (art. 382 del CC.).
- El tutor puede adoptar a su pupilo y el curador a su curado solamente después de aprobadas las cuentas de su administración y satisfecho, el alcance que resulte de ellas (art. 383 del C.C.).
- Si la persona a quien se pretende adoptar tiene bienes, la adopción no puede realizarse sin que dichos bienes sean inventariados y tasados judicialmente y sin que el adoptante constituya garantía suficiente a juicio del juez (art. 384 del CC.).
- El menor o el mayor incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría o a la fecha en que desapareció su incapacidad. El juez lo declarará sin más trámite. En tal caso, recuperan vigencia, sin efecto retroactivo, la filiación consanguínea y la partida correspondiente. El registro del estado civil respectivo hará la inscripción del caso por mandato judicial (art. 385 del C.C.).

2.2.6. EI PARRICIDIO

1. Generalidades

La palabra parricidio ha servido siempre para señalar ciertos delitos contra la vida humana.

Etimológicamente se han suscitado grandes discusiones dentro de la doctrina con motivo del origen etimológico de la palabra parricidio y parricida, usada la primera en una ley atribuida a *Numa Pompilio*, a la que se le daba el significado de muerte del semejante, leyendo los autores parricidas en donde aparecía parricidio.

Todo parece indicar que la voz se utilizó con el sentido que actualmente tiene, en la Ley de las XII tablas, como la muerte del padre por el hijo, donde su correcta etimología sería la de *parens*, que significa padres y aunque en el primitivo derecho romano parecía haber servido para calificar todo homicidio, denominándose a designar estrictamente la muerte de los parientes desde la Ley de las XII tablas.

Algunos creen que deriva de la palabra par, semejante, y efectivamente en los primeros tiempos de la historia romana la palabra *parricidium* significa la muerte voluntaria de otro hombre. Parricidio es la muerte criminal dada al padre y por extensión, muerte punible de algún íntimo pariente, quedando comprendidos en el concepto el matricidio, el filicidio, el conyugicidio.

Suárez Franco indica sobre el tema que:

“... (El parentesco civil o legal) es una ficción legal por la cual se crea una relación entre adoptante y adoptado, o entre éstos y sus consanguíneos, semejante al parentesco por consanguinidad.

(...) El parentesco civil, es el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo, se encuentran entre sí respectivamente en las relaciones de padre, madre e hijo".

2. Etimología

Etimológicamente se han suscitado grandes discusiones dentro de la doctrina con motivo del origen etimológico de la palabra parricidio y parricida, usada la primera en una ley atribuida a Numa Pompilio, a la que se le daba el significado de muerte del semejante, leyendo los autores parricidas en donde aparecía parricidio, llegando tal error a la actualidad.

Todo parece indicar que la voz se utilizó con el sentido que actualmente tiene, en la Ley de las XII tablas, como la muerte del padre por el hijo, donde su correcta etimología sería la de *parens*, que significa padres y aunque en el primitivo derecho romano parecía haber servido para calificar todo homicidio, denominándose a designar estrictamente la muerte de los parientes desde la Ley de las XII tablas.

Algunos creen que deriva de la palabra *par*, semejante, y efectivamente en los primeros tiempos de la historia romana la palabra *parricidium* significa la muerte voluntaria de otro hombre. Parricidio es la muerte criminal dada al padre y por extensión, muerte punible de algún íntimo pariente, quedando comprendidos en el concepto el matricidio, el filicidio, el conyugicidio.

3. Antecedentes

Grecia

No hay mucha información del parricidio entre los griegos, en la cultura romana es diferente, ya que si hay mención de las

sanciones que se imponían a los parricidas, entre los griegos encontramos a Edipo del cual hablaremos a continuación.

Edipo Rey es una obra de Teatro escrita por Sófocles que narra la historia de Edipo, un desventurado príncipe de Tebas, hijo de Layo y de Yocasta. Poco antes de que Layo y Yocasta se casaran el oráculo de Delfos les advirtió de que el hijo que tuvieran llegaría a ser asesino de su padre y esposo de su madre. Layo tuvo miedo, y en cuanto nació Edipo, encargó a uno de sus súbditos que matara al niño, pero dicha persona no cumplió con la orden de matar a Edipo, solo perforó los pies del bebé y lo colgó con una correa de un árbol situado en el monte Citerón, faltando a su lealtad al rey Layo y también por el horror que le producía la orden que le habían dado.

Edipo creció bajo el cuidado de Polibio y Peribea, y al llegar a los catorce años ya era muy ágil en todos los juegos gimnásticos levantando la admiración de muchos oficiales del ejército que veían en él a un futuro soldado. Uno de sus compañeros de juegos, con la envidia que le producían las capacidades de Edipo lo insultó y le dijo que no era más que un hijo adoptivo y que no tenía honra. Ante todo, lo que había escuchado y atormentado por las dudas, Edipo preguntó a su madre si era adoptivo o no, pero Peribea, mintiendo, le dijo a Edipo que ella era su auténtica madre. Edipo, sin embargo, no estaba contento con las respuestas de Peribea y acudió al oráculo de Delfos, quien le pronosticó que el mataría a su padre y se casaría con su madre, y además le aconsejó que nunca volviese Corinto, lugar donde nació. Al oír esas palabras Edipo prometió no volver jamás a Corinto, y emprendió camino hacia Fócida. En su viaje se encontró a un horrible monstruo, La Esfinge. La Esfinge tenía cabeza, cara y manos de mujer, voz de hombre, cuerpo de perro, cola de serpiente, alas de pájaro y garras de león y desde lo alto de una colina detenía a todo aquel que pasara junto a ella

y le hacía una pregunta, y si no se la contestaban, la Esfinge les provocaba la muerte.

Roma

En el primitivo derecho romano, el parricida era encerrado en un saco de cuero (culleum) y arrojado al Tíber, pena que fue suprimida por la Lex Pompeia de parricidis y restablecida después por Augusto y por Adriano. El Fuero Juzgo castigó la muerte de los padres, hijos, cónyuges, hermanos y otros parientes con pena capital. En las Partidas, resurgen los criterios romanos y se reproduce la penalidad del culleum.

En Roma, antes de la Lex Pompeia de parricidio, la penalidad era la famosa del culleum. Aquella ley deroga esta penalidad, sustituyéndola por destierro, aunque amplió el contenido de la palabra parricidio. Al restablecer Augusto el culleum, Adriano manda que en el saco se introduzca un mono, un perro, un gallo y una serpiente, animales tenidos por parricidas, para que, según la expresión de Justiniano, 'careciese de la vista del cielo antes de morir y de la tierra después de muerto'.

4. Concepto

El concepto gramatical del delito de parricidio es: un delito cometido por el que da muerte a sus padres, hijos o cualquier otro de sus descendientes o ascendientes legítimos ilegítimos, o a su cónyuge El descubrimiento del inconsciente ha hecho de lo trágico un elemento constitutivo del ser hablante. Y el parricidio es un acto del ser hablante lenguaje sitúa al sujeto frente a un abismo ante el cual, el padre sirve de protección. Hay un decir que nos constituye, palabras que hacen eco al abismo. Estamos habitados por esas palabras que nos predeterminan, y de las que nada sabemos. Son nuestro demonio interior, tal como lo descubre Edipo frente al horror de su acto parricida.

El Derecho Romano nombra como parricida aquél que ha dado muerte a sus padres, o a sus hijos. Y dice así: "...él se ha adelantado a la palabra de los Oráculos.

La mayor parte de las legislaciones actuales reservan el concepto de parricidio para la muerte de los ascendientes.

5. La agravación por el vínculo: El Parricidio

La agravante del parricidio es una de las más antiguas en cuanto está arraigado a los mitos más profundos del hombre. El parricidio en sentido restringido es la muerte del padre por el hijo, que iba siempre acompañada de la pena de muerte y con grandes tormentos.

La agravante exige un vínculo especial entre el autor y la víctima:

- a) Padre, madre o hijo legítimo o ilegítimo;
- b) ascendiente o descendiente legítimo, y
- c) cónyuge.

La agravante, según una parte de la doctrina, se basa en la mayor culpabilidad del autor debido a la profunda relación afectiva. Sin embargo, se ha hecho notar que esto no es cierto, ya que el derecho no puede trabajar con ficciones. Las dudas en este punto se notan cuando se toma como fundamento de la agravante del homicidio la consanguinidad que deja de lado la relación adoptiva. Sin embargo, López Bolado, entre otros, acepta que la adopción da pie a la agravante, ya que de acuerdo a la ley, se crea un nuevo estado de familia.

De todas formas, y cualquiera sea la opinión que se siga, sólo se podrá aplicar la agravante en un solo caso, ya sea en el caso de sangreo de adopción, pero nunca en ambos, ya que de ese modo se colocaría a la familia adoptiva en desigualdad de condiciones.

En cuanto a los esposos ya se ha dicho que una parte de la doctrina afirma que es el menosprecio del respeto que se deben los esposos entre sí. Sin embargo, y tal como lo han afirmado Grisolia, Bustos y Politoff, la verdadera fundamentación se encontraría en una característica propia del injusto, en cuanto se busca dispensar a la familia y a la institución del matrimonio de una mayor protección, con lo cual se trata de un delito pluri ofensivo. Pero cualquiera sea el fundamento de la agravante no se justifica la penalidad impuesta, que es fija. Si tal sanción ya de por sí no parece adecuada, desde la perspectiva de política criminal, debería ser revisada a la luz de las normas constitucionales, y en el presente caso, debe ser cuestionada seriamente.

La jurisprudencia ha afirmado que: "...La breve separación personal de los esposos no excluye la agravante, porque esa situación no exime a la cónyuge de los deberes derivados del vínculo ni excluye la mayor sanción penal que merece el atentado contra su marido..." Y más aún, "...demostrado el vínculo matrimonial y, actuando el autor voluntariamente sobre la persona de la que sin ninguna duda conoce que es su cónyuge, la muerte acaecida por esa conducta se convierte en uxoricidio, es decir, la muerte de la mujer por su legítimo esposo concurriendo en el caso de autos la agravante de alevosía. Ya que la posición de la víctima no le permitió saber del artero hacer del sujeto activo, que aprovechó las circunstancias de nocturnidad para actuar cobardemente sin correr riesgo alguno, no importando si la mujer dormía, pues es indiscutible que ella en su posición, no miró lo que su esposo consumaba".

2.3. BASES LEGALES

2.3.1. Constitución Política del Perú

Art. 2 ° *Toda persona tiene derecho:*

1.- A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

Comentario:

El inciso 1) del artículo 2 de la Constitución de 1993 se refiere a los derechos fundamentales de la persona humana como la vida, la libertad, la identidad y la integridad psicosomática, los mismos que son interdependientes. Se trata del núcleo de los derechos fundamentales, los mismos que podemos designar como "fundantes", pues todos los demás derechos de la persona encuentran en ellos su fundamento, su razón de ser. Los derechos "fundantes" constituyen el presupuesto de todos los demás derechos y, a su vez, encuentran su fundamento en la dignidad inherente a la persona humana.

El derecho-deber a la vida -o tal vez al vivir, como sería más pertinente expresar- es el derecho primario, básico y natural que posee la persona. Por ello merece la protección de la sociedad y del Estado. El ser humano goza de este derecho, que le es inherente simplemente por ser tal, por el hecho de haber sido concebido. El derecho objetivo a la vida, recogido por los ordenamientos jurídicos, es la consecuencia de una exigencia existencial. No se adquiere el derecho a la vida porque el Derecho positivo se lo atribuya a la persona, sino que se trata de un derecho natural que aquel solo debe reconocer y proteger. El derecho a la vida es el presupuesto indispensable de todos los demás derechos. Sin vida no cabe el goce y disfrute de todos los derechos que son inherentes a la persona humana.

Tratándose de un derecho subjetivo, el ordenamiento jurídico protege a la persona de cualquier amenaza, agresión o atentado que ponga en peligro su vida y castiga, en su caso, a los

homicidas. Es por ello que nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente, salvo en los casos excepcionales fijados por ley.

El artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, reconoce que todo individuo tiene derecho a la vida. En tanto la vida humana es un proceso continuo e ininterrumpido, el inciso 1) del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, prescribe que: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.

Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". Dicha protección, que se inicia con la concepción o fecundación, se prolonga hasta la muerte de la persona.

Hasta antes de la Constitución de 1979, no existía ninguna norma del ordenamiento jurídico positivo nacional que reconociera y protegiera explícitamente el derecho a la vida. Ello debido, precisamente, a que se le valoraba como una indiscutible exigencia existencial o derecho natural de la persona, por lo que no requería, necesariamente, de un expreso reconocimiento legal. Es en virtud de lo manifestado el que cualquier atentado contra la vida se le consideraba como un delito sancionado por el Código Penal. El Código Civil de 1936 no traía, tampoco, ninguna disposición que tutelase la vida de la persona.

La Constitución italiana de 1947, en el segundo párrafo de su artículo 4, prescribe, precisamente, el que "cada ciudadano tiene el deber de desarrollar, según sus propias posibilidades y su propia preferencia, una actividad o una función que concurra al progreso material o espiritual de la sociedad".

2.3.2. Código Civil

Art. 5° Irrenunciabilidad de los Derechos Fundamentales

El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo, 6.

Comentario

El artículo 5 del Código Civil de 1984, actualmente vigente, consagra el derecho a la vida y, al igual que todos los demás derechos fundamentales inherentes a la persona, prescribe su indisponibilidad. Es por ello irrenunciable y su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria.

Cabe señalar que tanto el derecho a la vida como los demás derechos de la persona, son materias tratadas desde antiguo en el Derecho Civil. No obstante, en el siglo XX comprobamos que dichos derechos pasan a integrar el núcleo axiológico de las Constituciones contemporáneas. Así, el artículo 2 de la Constitución italiana de 1947 enuncia que la República "reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en las formaciones sociales donde desarrolla su personalidad...". La utilización del verbo "reconocer" en dicho numeral significa que el derecho a la vida, considerado entre los derechos inviolables del ser humano, es anterior al derecho objetivo. Este último solo lo "garantiza" o protege.

La vida es un don, un extraordinario y bello don que participa del misterio que significa todo lo relacionado con la existencia y destino del ser humano. Ninguna persona pidió vivir, ni fijó el siglo o el lugar de su nacimiento. El ser humano se encuentra viviendo y, por ello, se halla compelido a otorgarle un sentido a su vida a través de los valores que vivencia y realiza en el curso

de su existencia terrena. Estos valores, más allá de su condición de animal mamífero, elevan a la persona a la categoría de un ser espiritual. En esto reside la inherente dignidad de la persona humana.

En el transcurso de su existencia, la persona cumple una doble misión desde que cada una es, simultáneamente, un ente individual y social. Cada ser humano tiene que cumplir con su destino individual, es decir, realizarse a través del ejercicio de su personal "proyecto de vida" en consonancia con el interés social. A través de la realización de su proyecto de vida la persona alcanza su pleno desarrollo y, al mismo tiempo, tratándose de un ser estructuralmente co-existencial, mediante su actividad y su trabajo se inserta en la sociedad. Es así como cumple una misión social, contribuyendo de esta manera al bien común, que es el de todos y el de cada uno.

2.3.3. Código penal

Art.106°.- Homicidio Simple

El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 20.

Comentario

La palabra homicidio deriva del latín *homo*= hombre y *caedere* = matar (*homicidium*) que significa, según el diccionario de la real Academia de la Lengua Española, "la muerte causada a una persona por otra..."; por lo común ejecutada ilegítimamente y con violencia. Al respecto Camignani lo define como "la muerte al hombre por otro hombre injustamente perpetrada *hominiscaedes ab homine injusti patrata*, es decir que se incluye el elemento de la antijuridicidad que está en toda definición de delito". De esta manera, la palabra homicidio se considera que la muerte causada a otra persona gira en torno al homicidio en stricto sensu, es decir, a la producción de la muerte

sin la concurrencia de circunstancias típicamente relevantes que originan una penalidad atenuada o agravada (homicidio culposo asesinato, parricidio, etc.).

En este sentido la vida humana independiente es el bien jurídico tutelado y el principal de una sociedad – la Constitución Política del Perú, en su artículo 2° inciso 1, es por ello que privar la vida de una persona causada por otra es homicidio; de esta manera, coincidimos en que la muerte de un hombre (expresión de ser humano) sin que medie ninguna causa de calificación o privilegio.

Art.107°.- Parricidio

El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

Comentario

Para establecer el delito de parricidio, no basta que el autor del delito sepa que la víctima es su, ascendiente, descendiente, natural o adoptivo o cónyuge, sino que debe ´robarse el vínculo familiar con la respectiva partida de RENIEC o con los instrumentos públicos donde conste la filiación, por consiguiente la confesión del reo, testimoniales o cualquier otro elemento resultan insuficientes.

2.4. BASES LEGALES EXTRANJERAS

2.4.1. Chile

Código Penal de la República de Chile

Art. 390°.- El que, conociendo las relaciones que los ligan, mate a su padre, madre o hijo, sean legítimos o ilegítimos, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes legítimos o a su cónyuge,

será castigado, como parricida, con la pena de presidio mayor en su grado máximo a muerte.

2.4.2. México

Código Penal de México

o **Artículo 241°.-** *Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro.*

Se sancionará como homicidio a quien a sabiendas de que padece una enfermedad grave, incurable y mortal, contagie a otro o le cause la muerte.

o **Artículo 242°.-** *El delito de homicidio, se sancionará en los siguientes términos:*

- 1. Al responsable de homicidio simple, se le impondrán de diez a quince años de prisión y de doscientos cincuenta a trescientos setenta y cinco días multa;*
- 2. Al responsable de homicidio calificado, se le impondrán de cuarenta a setenta años de prisión y de setecientos a cinco mil días multa; y*
- 3. Al responsable de homicidio cometido en contra de su cónyuge, concubina, concubinario, ascendientes, descendientes consanguíneos en línea recta o hermanos, teniendo conocimiento el inculpado del parentesco, se le impondrán de cuarenta a setenta años de prisión y de setecientos a cinco mil días multa.*

2.4.3. España

Código Penal Español

o **Artículo 138°.-** *El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.*

2.4.4. Argentina

Código Penal Argentino

o **Artículo 79°.-** *Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena.*

- *Artículo 80°.- Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:*
 - *A su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son.*
 - *(...)*

2.4.5. Colombia

Código Penal Colombiano

- *Artículo 103° - Homicidio. El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años.*
- *Artículo 104 - Circunstancias de agravación. La pena será de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión, si la conducta descrita en el Artículo anterior se cometiere:*
 1. *En la persona del ascendiente o descendiente, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad.*
 2. *(...)*

2.4.6. Ecuador

Código Penal de Ecuador

- *Art. 452°.- Los que, a sabiendas y voluntariamente, mataren a su padre o madre, o a cualquier otro ascendiente; o a un hijo, o a cualquier otro descendiente; o a su cónyuge, serán reprimidos con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años.*

2.4.7. Uruguay

Código Penal Uruguayo

- *Artículo 310. (Homicidio) El que, con intención de matar, diere muerte a alguna persona, será castigado con veinte meses de prisión a doce años de penitenciaría.*
- *Artículo 310 bis. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, se considerará agravante especial del delito, la calidad ostensible de funcionario policial de la víctima, siempre que el delito fuere cometido a raíz o en ocasión del ejercicio de*

sus funciones, o en razón de su calidad de tal. En este caso, el máximo de la pena se elevará en un tercio respecto de la prevista en el artículo anterior.

o *Artículo 311. (Circunstancias agravantes especiales) El hecho previsto en el artículo anterior será castigado con diez a veinticuatro años de penitenciaría, en los siguientes casos:*

1. Cuando se cometiera en la persona del ascendiente o del descendiente legítimo o natural, del cónyuge, del concubino o concubina "more uxorio", del hermano legítimo o natural, del padre o del hijo adoptivo.

2. (...)

CAPÍTULO III

HIPÓTESIS Y VARIABLES

3.1. Hipótesis General

La falta de una regulación normativa que permita la incorporación de del homicidio de segundo grado al artículo 107° del parricidio del Código Penal, determina la trasgresión a la sociedad ya que el núcleo de esta es la relación familiar y, se vulnera la Paz Social.

3.2. Hipótesis Específicas

A. Hipótesis Nula

La falta de una regulación normativa que permita la incorporación de del homicidio de segundo grado al artículo 107° del parricidio del Código Penal, NO determina la trasgresión a la sociedad ya que el núcleo de esta es la relación familiar y, se vulnera la Paz Social.

B. Hipótesis alternativa

La falta de una regulación normativa que permita la incorporación de del homicidio de segundo grado al artículo 107° del parricidio del Código Penal, PODRIA determinar la trasgresión a la sociedad ya que el núcleo de esta es la relación familiar y, se vulnera la Paz Social.

3.3. Variables

A. Variable Independiente

“La falta de una regulación normativa que permita la incorporación de del homicidio de segundo grado al artículo 107° del parricidio del Código Penal”.

B. Variable Dependiente

- ✓ Ataca y trasgrede a la sociedad ya que el núcleo de ésta es la relación familiar.
- ✓ Vulneración de la Paz Social.

CAPÍTULO IV
METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

4.1. Diseño de Investigación

La presente investigación corresponde al diseño no experimental y descriptiva.

Se utilizó el diseño causal- explicativo que relaciona:

$$M \quad \leftarrow \quad X Y$$

Donde:

M= es la muestra

X= es la observación a la variable independiente.

Y= es la observación a la variable dependiente.

4.2. Tipo y Nivel de Investigación

- A. Tipo.** - La presente investigación es de tipo aplicada, porque busca la evolución del conocimiento para construir, a partir del análisis de un problema y sus referentes teóricos y doctrinarios, propuestas de solución con el propósito de lograr una correcta tipificación del artículo 107 - Parricidio
- B. Nivel.** - Se llevó a cabo una investigación de carácter descriptivo, analítico y comparativo, con el fin de obtener información sobre los diversos factores relacionados la correcta tipificación del artículo 107 del código penal, con el propósito de incluir en su redacción a aquel que atente contra su hermano.

4.3. Método de la Investigación

Además del método hermenéutico y exegético propios del Derecho, para realizar la investigación, se emplearon los siguientes métodos:

- A. El Método empírico,** que sirvió para el diagnóstico de la información, luego el procesamiento de la misma.

B. El Método Descriptivo-explicativo por que explicó las causas que originan la vulneración de los derechos de la mujer y su escasa protección con el artículo 107 del código penal.

4.4. Población y Muestra

A. Población:

La población de la presente investigación comprenderá a la sumatoria de todos los datos de los dominios de todas las variables las mismas se han identificado como Abogados, Magistrados Jueces y Fiscales.

Es en base a este universo que se planteó la encuesta tal como se puede observar en el anexo.

B. Muestra

Debido a que la población de informantes para el cuestionario son los Abogados (314), Fiscales (14), Vocales (6) y Jueces Penales (10) del Distrito de Chiclayo, se les aplicarán las guías a todos ellos, que son alrededor de 344.

A continuación, se detalla, la realización de la muestra:

Para sacar la muestra de abogados, teniendo en cuenta que a nivel de la ciudad de Chiclayo suman un total de 5750 inscritos en el colegio de abogados, se ha creído conveniente aplicar una encuesta piloto en donde se encuestó a treinta abogados para conocer el número de especialistas en derecho penal, y se obtuvo como resultado que el 30% del total de abogados colegiados (5750), son especialistas en derecho Penal (1725 abogados).

Ahora bien, para delimitar nuestro número de encuestados se aplicó la siguiente fórmula:

Fórmula:

$$n = \frac{Z^2 (N) (p) (q)}{Z^2 (p) (q) + e^2 (N-1)}$$

Donde:

n = Muestra

(N) = 1725 “Población total”

(p)(q) = 0.25 “Proporción máxima que puede afectar a la muestra”

Z = 1.96 “El 95% de confianza de nuestro estudio”

e = 0.05 “Margen de error”

$$\Rightarrow n = \frac{(1.96)^2 (1725) (0.25)}{(1.96)^2 (0.25) + (0.05)^2 (1725-1)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{(3.8416)(1725) (0.25)}{(3.8416)(0.25) + (0.0025) (1724)} \Rightarrow n = \frac{1,656.81}{(0.9604) + (4.31)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{1,656.81}{5.27} \Rightarrow n = 314.38 \Rightarrow n = 314$$

- **Abogados**

Producto de la operación aritmética resultaron **314 Abogados**

- **Fiscales**

Se aplicará el cuestionario a un total de **14 Fiscales que** desempeñan sus labores en la ciudad de Chiclayo.

- **Vocales**

Se aplicará el cuestionario a un total de **6 Vocales** que desempeñan sus labores en la ciudad de Chiclayo.

- **Jueces Penales**

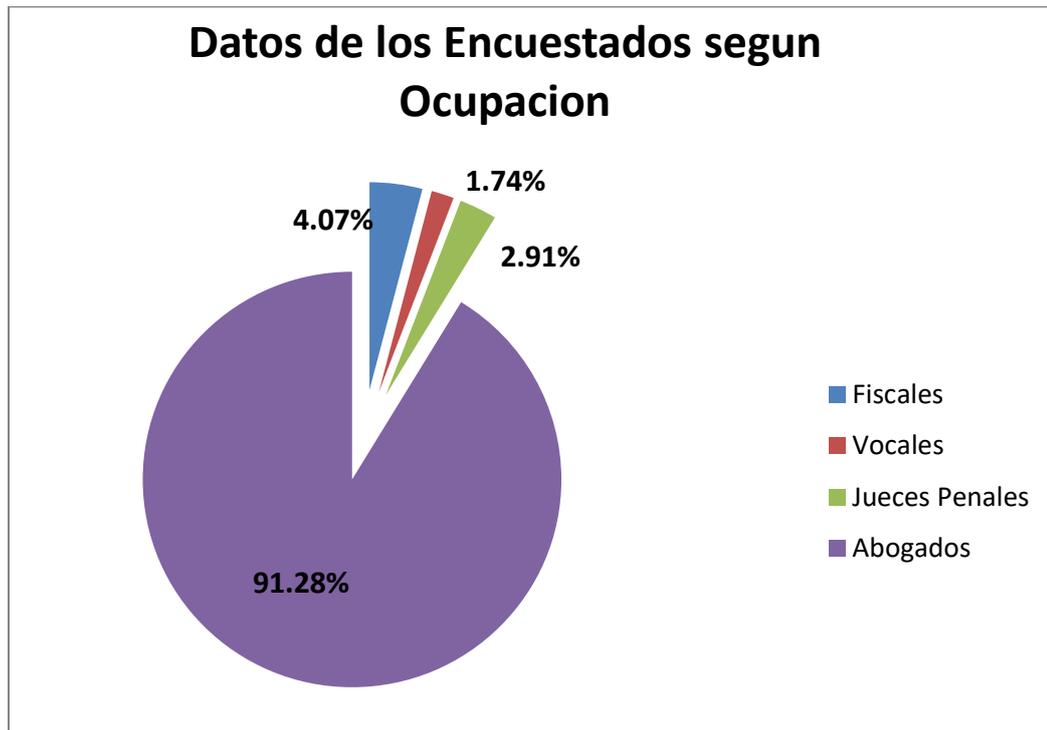
Se aplicará el cuestionario a un total de **10 Jueces** que desempeñan sus labores en la ciudad de Chiclayo, para lo cual se han considerado Penales.

Gráfico de los datos sobre la población de encuestados

Porcentajes encuestados según el cargo

DESCRIPCION	CANTIDAD	%
Fiscales	14	4.07%
Vocales	6	1.74%
Jueces Penales	10	2.91%
Abogados	314	91.28%
TOTAL	344	100.00%

Gráfico N° 1

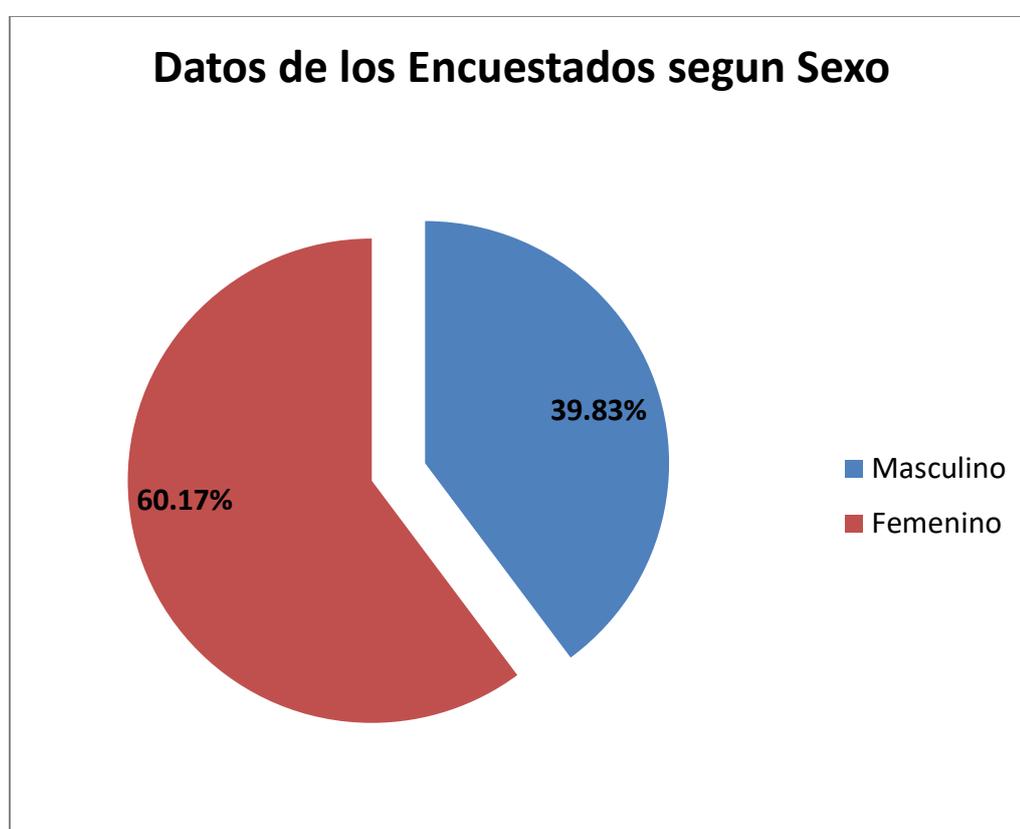


Fuente: Propia Investigación

Porcentaje de encuestados según Sexo

SEXO	Cantidad	%
Masculino	137	39.83%
Femenino	207	60.17%
TOTAL	344	100.00%

Grafico N°2

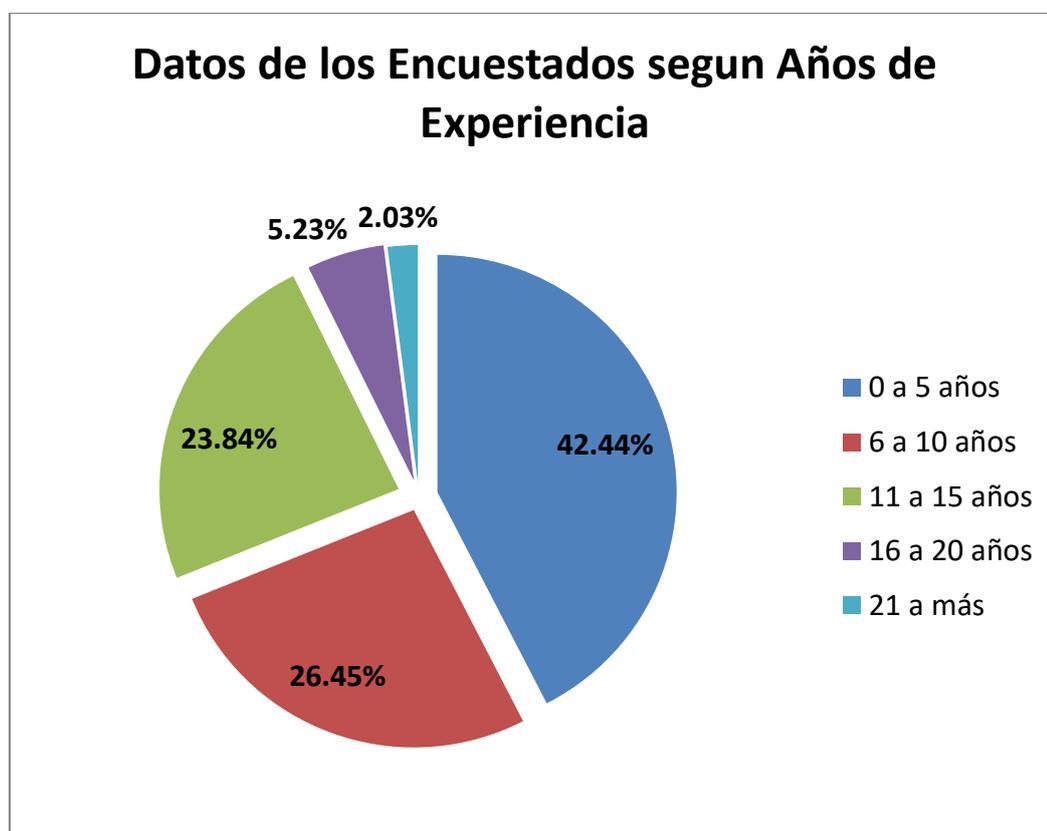


Fuente: Propia Investigación

Porcentaje de encuestados según Años de Experiencia

AÑOS DE EXPERIENCIA	Cantidad	%
0 a 5 años	146	42.44%
6 a 10 años	91	26.45%
11 a 15 años	82	23.84%
16 a 20 años	18	5.23%
21 a más	7	2.03%
TOTAL	344	100.00%

Grafico N°3



Fuente: Propia Investigación

4.5. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos

4.5.1. Técnicas e instrumentos

- **La Observación**

Esta técnica permitió percibir los hechos o fenómenos más relevantes que se estudiaron en el trabajo de campo. El instrumento utilizado fue: la Ficha o guía de observación.

- **La técnica del análisis documental**

Utilizando como instrumento de datos: fichas textuales y fichas de resumen, teniendo como fuentes libros y documentos de las instituciones teóricas que usaremos para obtener datos.

- **Técnica de la encuesta**

Utilizando como instrumentos un cuestionario; que tendrá como informantes a abogados, jueces y a la sociedad, que se aplicaran para obtener los datos.

- **Técnica del Fichaje.**

Es una técnica de gabinete que permite fijar información extraída de fuentes primarias y secundarias. Sus instrumentos son las Fichas. Entre ellas tenemos:

- **Registro:** Permitted anotar los datos generales de los textos consultados. Lo usamos para consignar las referencias bibliográficas, electrónicas.
- **Resumen:** Esta ficha se utilizó para sintetizar los contenidos teóricos de las fuentes primarias o secundarias que sirvieron como marco teórico de la investigación.

- **Textuales:** Transcribieron literalmente contenidos de la versión original. Se utilizó para consignar aspectos puntuales de la investigación como planteamientos teóricos, normas, jurisprudencia, principios de la investigación, citas de diferentes autores, etc.

- **Comentario:** Representa el aporte de los investigadores. Es la idea personal que emite el lector de una lectura o experiencia previa. Lo utilizamos para comentar los cuadros estadísticos, resultados y los comentarios de los antecedentes

CAPÍTULO V
ANÁLISIS E INTERPRETACION DE LOS
RESULTADOS

RESULTADOS

SITUACIÓN ACTUAL: EL HOMICIDIO ENTRE HERMANOS A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 107 DE CÓDIGO PENAL

1. *¿De los siguientes conceptos que usted como juez, vocal, fiscal o abogado conoce o tiene en cuenta en “El homicidio entre hermanos a propósito del artículo 107 de código penal”?*

Porcentajes De Conocimiento O Aplicación; Y Desconocimiento O No Aplicación de algunos conceptos.

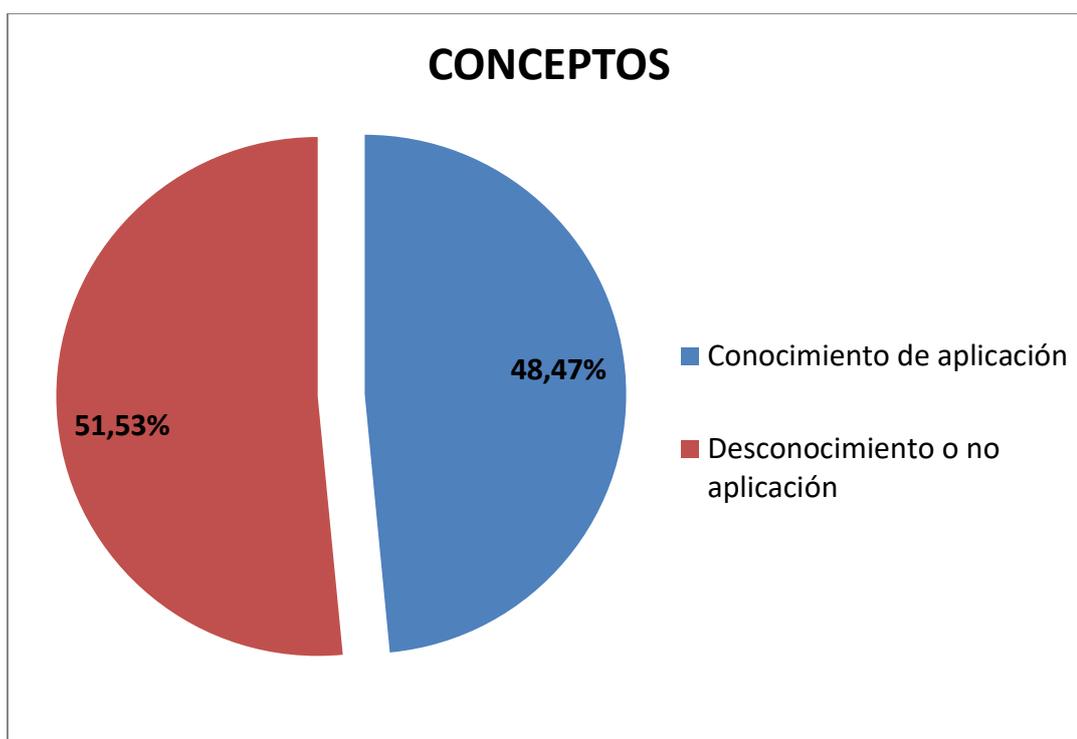
A.- El promedio de los porcentajes de **Desconocimiento o No aplicación** es de **51.53%**

CONCEPTOS	Rptas no contestadas	%
Ius puniendi	207	60.17%
Teoría del Delito	175	50.87%
Tipicidad	131	38.08%
Parricidio	196	56.98%
TOTAL	709	51.53%
ENCUESTADOS	344	

B.- El promedio de los porcentajes de **Conocimiento o aplicación** es de **48.47%**

CONCEPTOS	Rptas contestadas	%
Ius puniendi	137	39.83%
Teoría del Delito	169	49.13%
Tipicidad	213	61.92%
Parricidio	148	43.02%
TOTAL	667	48.47%
ENCUESTADOS	344	

Grafico N°4



Fuente: Propia Investigación

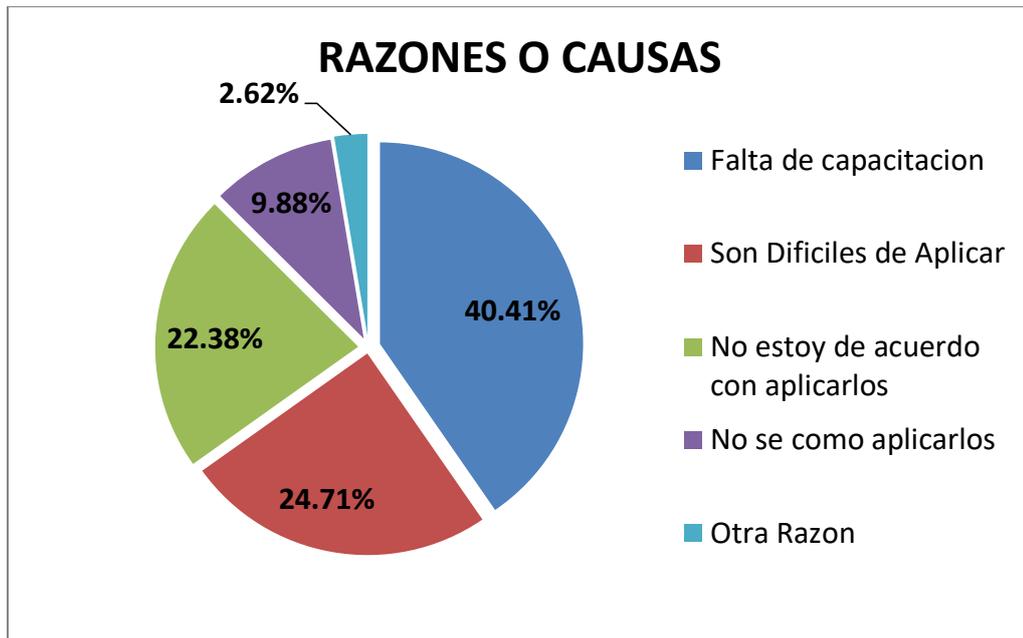
RAZONES O CAUSAS DEL DESCONOCIMIENTO O NO APLICACIÓN DE LOS CONCEPTOS

RAZONES O CAUSAS	CANTIDAD	%
Falta de capacitación	139	40.41%
Son Difíciles de Aplicar	85	24.71%
No estoy de acuerdo con aplicarlos	77	22.38%
No se cómo aplicarlos	34	9.88%
Otra Razón	9	2.62%
ENCUESTADOS	344	100.00%

Apreciaciones:

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 40.41% de los informantes consideran que las razones o causas del Desconocimiento o No Aplicación respecto de las normas es por falta de capacitación, el 24.71% de los encuestados considera que son difíciles de aplicar, el 22.38% considera que no está de acuerdo con aplicarlos, el 9.88% no saben cómo aplicarlos, y otros 2.62%

Gráfico N° 5



Fuente: Propia Investigación

2. *¿De las siguientes normas del derecho comparado cual considera Ud. que se deberán de tener en consideración en “El homicidio entre hermanos a propósito del artículo 107 de código penal”?*

Porcentajes De Conocimiento O Aplicación; Y Desconocimiento O No Aplicación De La Legislación Comparada

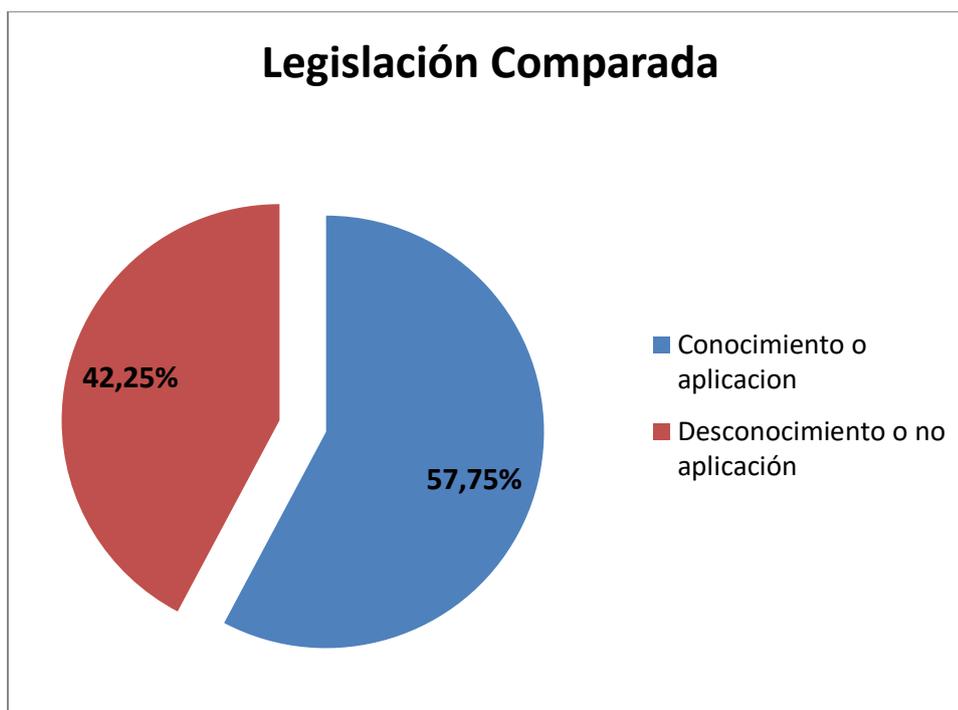
A.- El promedio de los porcentajes de **Desconocimiento o No aplicación** de las normas es de **57.75%**

Legislación Comparada	Rptas no contestadas	%
Código Penal Uruguayo	176	51.16%
Código Penal Colombiano	199	57.85%
Código Penal Mexicano	221	64.24%
TOTAL	596	57.75%
ENCUESTADOS	344	

B.- El promedio de los porcentajes de Conocimiento o aplicación de las normas es de **42.25%**

Legislación Comparada	Rptas contestadas	%
Código Penal Uruguayo	168	48.84%
Código Penal Colombiano	145	42.15%
Código Penal Mexicano	123	35.76%
TOTAL	436	42.25%
ENCUESTADOS	344	

Grafico N°6



Fuente: Propia Investigación

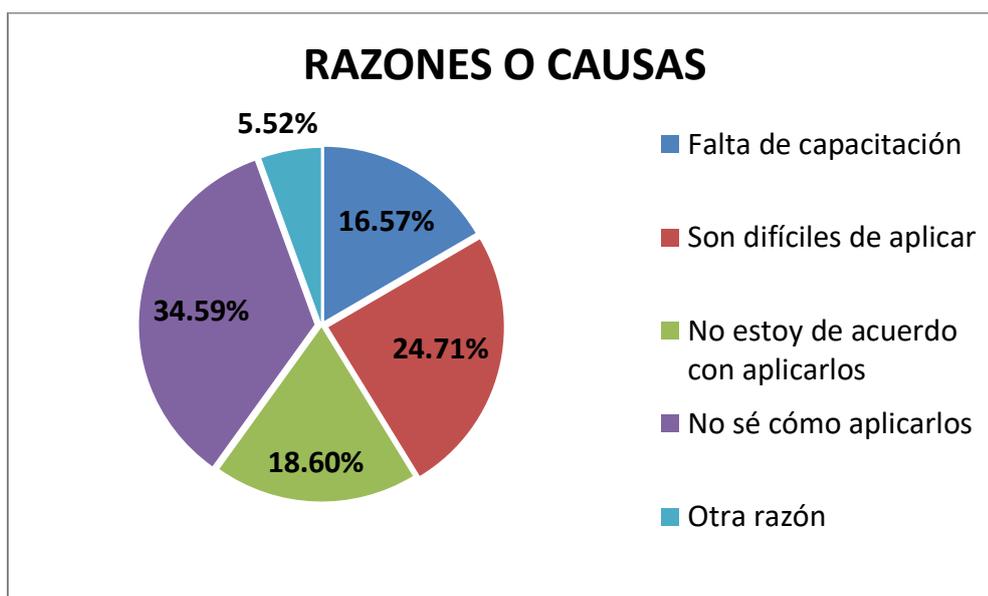
RAZONES O CAUSAS DEL DESCONOCIMIENTO O NO APLICACIÓN DE LAS NORMAS

RAZONES O CAUSAS	CANTIDAD	%
Falta de capacitación	57	16.57%
Son difíciles de aplicar	85	24.71%
No estoy de acuerdo con aplicarlos	64	18.60%
No sé cómo aplicarlos	119	34.59%
Otra razón	19	5.52%
INFORMANTES	344	100.00%

Apreciaciones:

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 16.57% de los informantes consideran que las razones o causas del Desconocimiento o No Aplicación respecto de las normas es por falta de capacitación, el 24.71% de los encuestados considera que son difíciles de aplicar, el 18.60% considera que no está de acuerdo con aplicarlos, el 34.59% no saben cómo aplicarlos, y otros 5.52%

Gráfico N° 7



Fuente: Propia Investigación

3. *¿De las siguientes normas de nuestro ordenamiento jurídico nacional cual considera usted que se deben de tener en cuenta en los casos de homicidios entre hermanos?*

Porcentajes De Conocimiento O Aplicación; Y Desconocimiento O No Aplicación De Las Normas

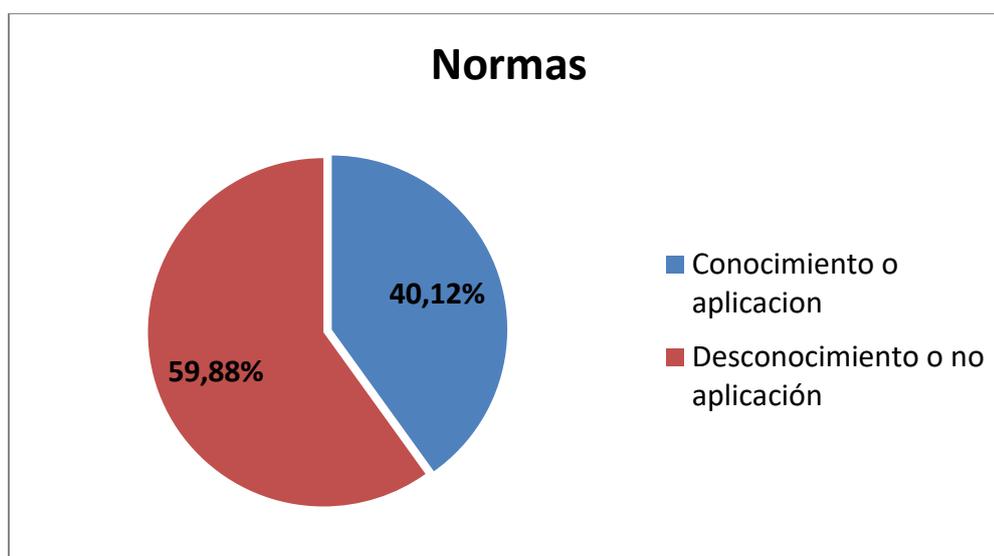
A.- El promedio de los porcentajes de **Desconocimiento o No aplicación** de las normas es de **59.88%**

NORMAS	Rptas No contestadas	%
Art. 2° de la Constitución	185	53.78%
Art. 5° del Código Civil: Irrenunciabilidad de los Derechos Fundamentales	216	62.79%
Art.106° del Código Penal: Homicidio Simple	227	65.99%
Art.107° del Código Penal: Parricidio	196	56.98%
TOTAL	824	59.88%
ENCUESTADOS	344	

B.- El promedio de los porcentajes de **Conocimiento o aplicación** de las normas es de **40.12%**

NORMAS	Rptas Contestadas	%
Art. 2° de la Constitución	159	46.22%
Art. 5° del Código Civil: Irrenunciabilidad de los Derechos Fundamentales	128	37.21%
Art.106° del Código Penal: Homicidio Simple	117	34.01%
Art.107° del Código Penal: Parricidio	148	43.02%
TOTAL	552	40.12%
ENCUESTADOS	344	

Grafico N°8



Fuente: Propia Investigación

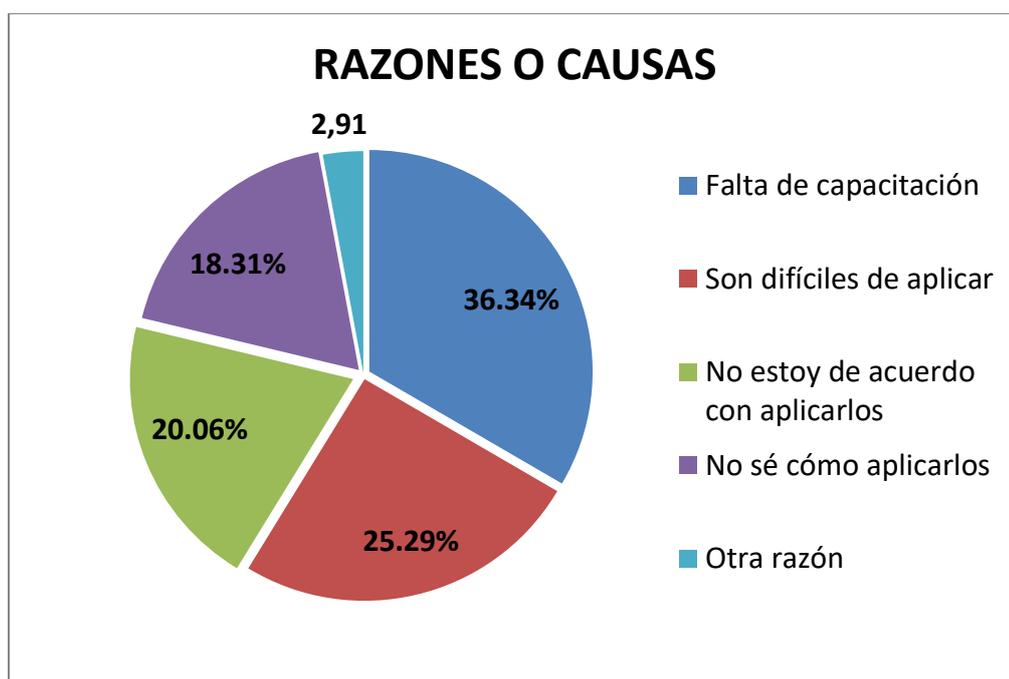
RAZONES O CAUSAS DEL DESCONOCIMIENTO O NO APLICACIÓN DE LAS NORMAS

RAZONES O CAUSAS	CANTIDAD	%
Falta de capacitación	115	33.43%
Son difíciles de aplicar	87	25.29%
No estoy de acuerdo con aplicarlos	69	20.06%
No sé cómo aplicarlos	63	18.31%
Otra razón	10	2.91%
ENCUESTADOS	344	100.00%

Apreciaciones:

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 33.43% de los informantes consideran que las razones o causas del Desconocimiento o No Aplicación respecto de las normas es por falta de capacitación, el 25.29% de los encuestados considera que son difíciles de aplicar, el 20.06% considera que no está de acuerdo con aplicarlos, el 18.31% no saben cómo aplicarlos, y otros 2.91%

Gráfico N° 9



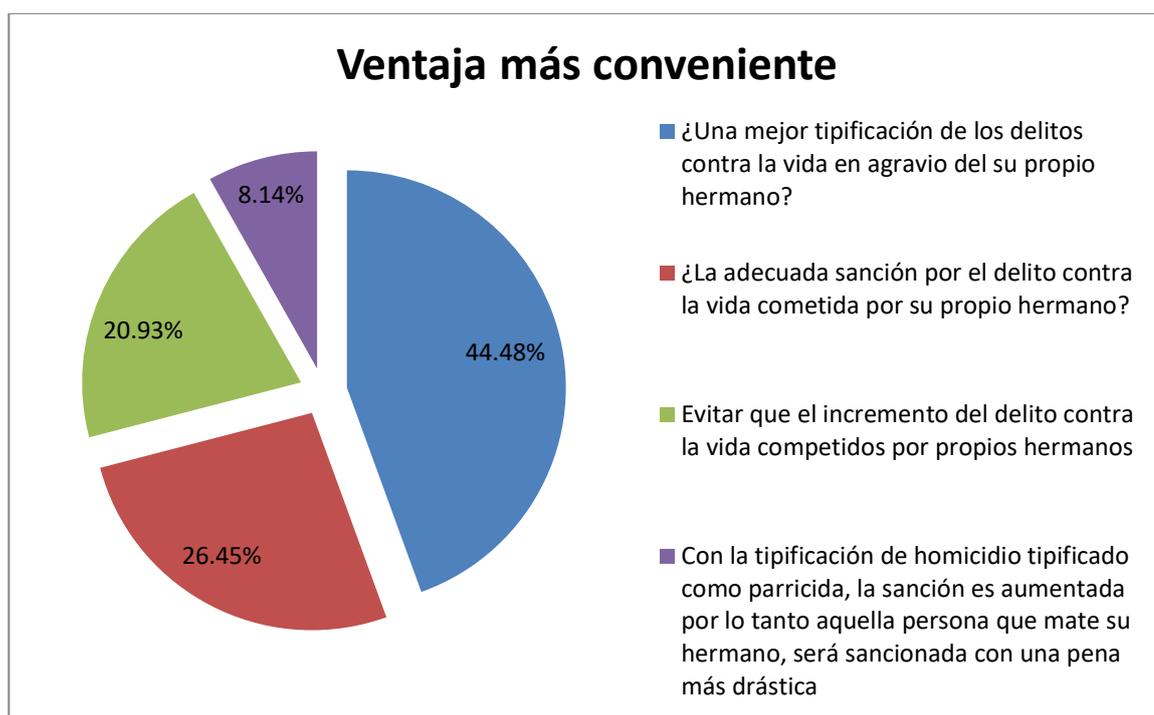
Fuente: Propia Investigación

4. *¿Para Ud. ¿Cuál sería la ventaja más conveniente en la presente investigación El homicidio entre hermanos a propósito del artículo 107 de código penal?*

Porcentajes de los Resultados de la ventaja más conveniente en El homicidio entre hermanos a propósito del artículo 107 de código penal

Ventaja más conveniente	CANTIDAD	%
¿Una mejor tipificación de los delitos contra la vida en agravio del su propio hermano?	153	44.48%
¿La adecuada sanción por el delito contra la vida cometida por su propio hermano?	91	26.45%
Evitar que el incremento del delito contra la vida cometidos por propios hermanos	72	20.93%
Con la tipificación de homicidio tipificado como parricida, la sanción es aumentada por lo tanto aquella persona que mate su hermano, será sancionada con una pena más drástica	28	8.14%
ENCUESTADOS	344	100.00%

Gráfico N° 10



Fuente: Propia Investigación

5. *¿Estaría de acuerdo con proponer una nueva regulación para el delito de parricidio, en que se incluyan a aquellas personas que atentan contra la vida de sus hermanos?*

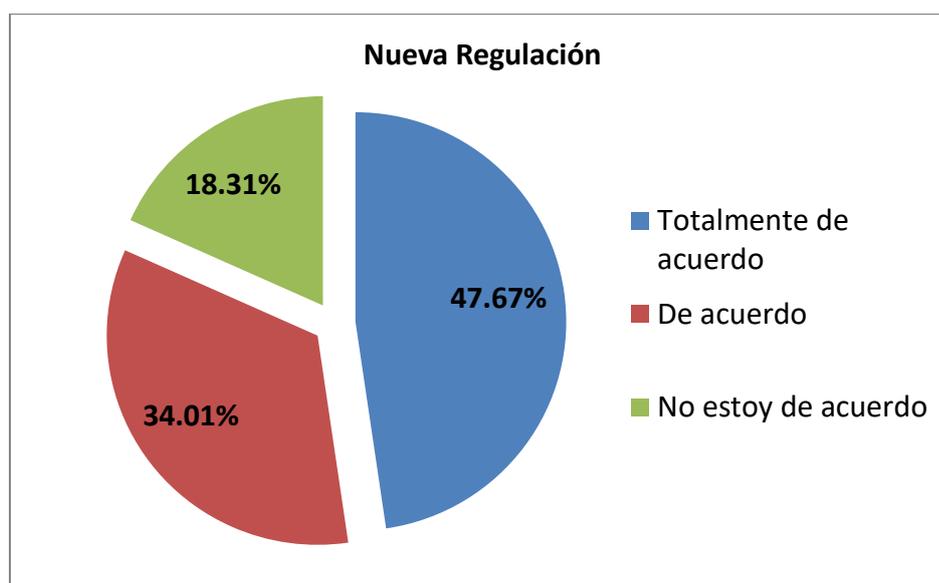
Porcentajes con proponer una nueva regulación para el delito de parricidio en que se incluyan aquellas personas que atentan contra la vida de sus Hermanos.

Nueva Regulación	CANTIDAD	%
Totalmente de acuerdo	164	47.67%
De acuerdo	117	34.01%
No estoy de acuerdo	63	18.31%
ENCUESTADOS	344	100.00%

Apreciaciones:

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 47.67% de los informantes consideran estar totalmente de acuerdo, el 34.01% de los encuestados considera estar de acuerdo y el 18.31% no estar de acuerdo.

Grafico N°11



Fuente: Propia Investigación

5.1. Análisis de Datos

Porcentajes de conocimiento o aplicación; y desconocimiento o no aplicación de algunos conceptos

A.- El promedio de los porcentajes de Desconocimiento o No aplicación es de 51.53%

CONCEPTOS	Rptas no contestadas	%
Ius puniendi	207	60.17%
Teoría del Delito	175	50.87%
Tipicidad	131	38.08%
Parricidio	196	56.98%
TOTAL	709	51.53%
ENCUESTADOS	344	

De acuerdo a las respuestas obtenidas se puede establecer que el promedio de desconocimientos o no aplicación de algunos conceptos, conforme a la siguiente prelación son: 60.17% para los ***puniendi***; **50.87%** para ***Teoría del Delito***; 38.08% para Tipicidad y el 56.98% para ***Parricidio***. Obteniéndose como promedio total del **51.53%** de preguntas no contestadas.

B.- El promedio de los porcentajes de Conocimiento o aplicación es de **48.47%**

CONCEPTOS	Rptas contestadas	%
lus puniendi	137	39.83%
Teoría del Delito	169	49.13%
Tipicidad	213	61.92%
Parricidio	148	43.02%
TOTAL	667	48.47%
ENCUESTADOS	344	

De acuerdo a las respuestas obtenidas se puede establecer que el promedio de conocimientos y aplicación de algunos conceptos, conforme a la siguiente prelación son: 39.83% para los ***puniendi***; **49.13%** para ***Teoría del Delito***; 61.92% para Tipicidad y el 43.02% para ***Parricidio***. Obteniéndose como promedio total del **48.47%** de preguntas contestadas.

Resultando que en promedio un 51.53% no conoce o no aplica, mientras que un 48.47 conoce y aplica algunos de los conceptos encuestados, conforme al grafico N° 4.

Porcentajes de conocimiento o aplicación; y desconocimiento o no aplicación de la legislación comparada

A.- El promedio de los porcentajes de **Desconocimiento o No aplicación** del derecho comparado es de **57.75%**

Legislación Comparada	Rptas no contestadas	%
Código Penal Uruguayo	176	51.16%
Código Penal Colombiano	199	57.85%
Código Penal Mexicano	221	64.24%
TOTAL	596	57.75%
ENCUESTADOS	344	

De acuerdo a las respuestas obtenidas se puede establecer que el promedio de desconocimientos o no aplicación de la legislación comparada, conforme a la siguiente prelación son: 51.16% para el **Código Penal Uruguayo**; 57.85% para el **Código Penal Colombiano** y 64.24% para el **Código Penal Mexicano**. Obteniéndose como promedio total del **57.75%** de preguntas no contestadas.

B.- El promedio de los porcentajes de **Conocimiento o aplicación** del derecho comparado es de **42.25%**

Legislación Comparada	Rptas contestadas	%
Código Penal Uruguayo	168	48.84%
Código Penal Colombiano	145	42.15%
Código Penal Mexicano	123	35.76%
TOTAL	436	42.25%
ENCUESTADOS	344	

De acuerdo a las respuestas obtenidas se puede establecer que el promedio de conocimientos y aplicación de la legislación comparada, conforme a la siguiente prelación son: 48.84% para el **Código Penal Uruguayo**; 42.15% para el **Código Penal Colombiano** y 35.76% para el **Código Penal Mexicano**. Obteniéndose como promedio total del **42.25%** de preguntas contestadas.

Resultando que en promedio un **57.75%** no conoce o no aplica, mientras que un **42.25%** conoce y aplica algunos de los conceptos encuestados, conforme al grafico N° 6.

Porcentajes De Conocimiento O Aplicación; Y Desconocimiento O No Aplicación De Las Normas

A.- El promedio de los porcentajes de **Desconocimiento o No aplicación** de las normas es de **59.88%**

NORMAS	Rptas No contestadas	%
Art. 2° de la Constitución	185	53.78%
Art. 5° del Código Civil: Irrenunciabilidad de los Derechos Fundamentales	216	62.79%
Art.106° del Código Penal: Homicidio Simple	227	65.99%
Art.107° del Código Penal: Parricidio	196	56.98%
TOTAL	824	59.88%
ENCUESTADOS	344	

De acuerdo a las respuestas obtenidas se puede establecer que el promedio de desconocimientos o no aplicación de las normas, conforme a la siguiente prelación son: 53.78% para el **Art. 2° de la Constitución**; 62.79% para el **Art. 5° del Código Civil: Irrenunciabilidad de los Derechos Fundamentales**; 65.99% para el **Art.106° del Código Penal: Homicidio Simple** y el 56.98% para el **Art.107° del Código Penal: Parricidio**. Obteniéndose como promedio total del **59.88%** de preguntas no contestadas.

B.- El promedio de los porcentajes de **Conocimiento o aplicación** de las normas es de **40.12%**

NORMAS	Rptas Contestadas	%
Art. 2° de la Constitución	159	46.22%
Art. 5° del Código Civil: Irrenunciabilidad de los Derechos Fundamentales	128	37.21%
Art.106° del Código Penal: Homicidio Simple	117	34.01%
Art.107° del Código Penal: Parricidio	148	43.02%
TOTAL	552	40.12%
ENCUESTADOS	344	

De acuerdo a las respuestas obtenidas se puede establecer que el promedio de conocimientos y/o aplicación de las normas, conforme a la siguiente prelación son: 46.22% para el **Art. 2° de la Constitución**; 37.21% para el **Art. 5° del Código Civil: Irrenunciabilidad de los Derechos Fundamentales**; 34.01% para el **Art.106° del Código Penal: Homicidio Simple** y el 43.02% para el **Art.107° del Código Penal: Parricidio**. Obteniéndose como promedio total del **40.12%** de preguntas contestadas.

Resultando que en promedio un **59.88%** no conoce o no aplica, mientras que un **40.12%** conoce y aplica algunos de los conceptos encuestados, conforme al grafico N° 8.

Porcentajes De Los Resultados De La Ventaja Mas Conveniente En El homicidio entre hermanos a propósito del artículo 107 de código penal

Ventaja más conveniente	CANTIDAD	%
¿Una mejor tipificación de los delitos contra la vida en agravio del su propio hermano?	153	44.48%
¿La adecuada sanción por el delito contra la vida cometida por su propio hermano?	91	26.45%
Evitar que el incremento del delito contra la vida cometidos por propios hermanos	72	20.93%
Con la tipificación de homicidio tipificado como parricida, la sanción es aumentada por lo tanto aquella persona que mate su hermano, será sancionada con una pena más drástica	28	8.14%
ENCUESTADOS	344	100.00%

De acuerdo a las respuestas obtenidas se puede establecer que el promedio de la ventaja más conveniente, conforme a la siguiente prelación son: 44.48% para **Una mejor tipificación de los delitos contra la vida en agravio del su propio hermano**; 26.45% para **La adecuada sanción por el delito contra la vida cometida por su propio hermano**; 20.93% para **Evitar que el incremento del delito contra la vida cometidos por propios hermanos** y el 8.14% para **Con la tipificación de homicidio tipificado como parricida, la sanción es aumentada por lo tanto aquella persona que mate su hermano, será sancionada con una pena más drástica**. Obteniéndose como promedio mayoritario a **“Una mejor tipificación de los delitos contra la vida en agravio del su propio hermano”** con un porcentaje de **44.48%**.

Resultando que se muestra conforme al grafico N° 10.

Porcentajes Con Proponer Una Nueva Regulación Para El Delito De Parricidio En Que Se Incluyan Aquellas Personas Que Atentan Contra La Vida De Sus Hermanos

Nueva Regulación	CANTIDAD	%
Totalmente de acuerdo	164	47.67%
De acuerdo	117	34.01%
No estoy de acuerdo	63	18.31%
ENCUESTADOS	344	100.00%

De acuerdo a las respuestas obtenidas se puede establecer que el promedio de una nueva regulación es, conforme a la siguiente prelación: 47.67% **Totalmente de acuerdo**; 34.01% **De acuerdo**; 18.31% **No estoy de acuerdo**. Obteniéndose como promedio mayoritario a **“Totalmente de acuerdo”** con un porcentaje de **47.67%**.

5.2. Prueba de Hipótesis

Como se podrá apreciar del tercer capítulo del presente trabajo referido al aspecto metodológico, se ha formulado la hipótesis al problema planteado y el mismo que nos ha permitido desarrollar el presente trabajo. En ese sentido corresponde a esta parte del trabajo establecer si la hipótesis formulada es confirmada o negada

La hipótesis planteada fue la siguiente:

“La falta de una regulación normativa que permita la incorporación de del homicidio de segundo grado al artículo 107° del parricidio del Código Penal, determina la trasgresión a la sociedad ya que el núcleo de esta es la relación familiar y, se vulnera la Paz Social”.

Como se puede apreciar de lo precedentemente desarrollado es este capítulo no existe la regulación adecuada a la figura del feminicidio de manera aislada e independiente que permita una mejor protección en favor de todas las mujeres que vienen actualmente siendo víctimas de agresiones y violencia y atentando contra su vida.

Por lo que la hipótesis formulada es **Confirmada**

5.3. Discusión de Resultados

Respecto a la pregunta número 1:

¿De los siguientes conceptos que usted como juez, vocal, fiscal o abogado conoce o tiene en cuenta en “El homicidio entre hermanos a propósito del artículo 107 de código penal”?

Como se puede observar del grafico número 4 se ha encuestado a un total de 344 personas de las cuales existe un desconocimiento de algunos conceptos básicos tales como: **ius puniendi** con 207 respuestas no contestadas, haciendo un 60.17%; **Teoría del Delito** con 175 respuestas no contestadas, haciendo un 50.87%; **Tipicidad** con 131 respuestas no contestadas, haciendo un 38.08% y **Parricidio** con 196

respuestas no contestadas, haciendo un 56.98% y que en promedio resultan ser un **51.53%**.

Mientras que el promedio de conocimiento de algunos conceptos básicos tales como: **ius puniendi** con 137 respuestas no contestadas, haciendo un 39.83%; **Teoría del Delito** con 169 respuestas no contestadas, haciendo un 49.13%; **Tipicidad** con 213 respuestas no contestadas, haciendo un 61.92% y **Parricidio** con 148 respuestas no contestadas, haciendo un 43.02% obteniendo como promedio 48.47%.

Respecto a la pregunta número 3:

¿De las siguientes normas de del derecho comparado cual considera ud que se deberán de tener en consideración en “El homicidio entre hermanos a propósito del artículo 107 de código penal”?

Como se puede observar del grafico número 6 se ha encuestado a un total de 344 personas a las que se ha preguntado cuál de las normas del derecho comparada deberían tenerse en cuenta respecto del problema y resulta que: 176 respuestas no contestadas del **Código Penal Uruguayo** obteniendo un 51.16%; 199 respuestas no contestadas del **Código Penal Colombiano**, obteniendo un 57.85% y 221 respuestas no contestadas del **Código Penal Mexicano** obteniendo un 64.24% y que en promedio resultan ser un **57.75%**.

Mientras que el promedio de preguntas contestadas corresponden a: 168 respuestas contestadas del **Código Penal Uruguayo** obteniendo un 48.84%; 145 respuestas contestadas del **Código Penal Colombiano**, obteniendo un 42.15% y 123 respuestas contestadas del **Código Penal Mexicano** obteniendo un 35.76% y que en promedio resultan ser un **42.25%**.

Respecto a la pregunta número 5:

¿De las siguientes normas de nuestro ordenamiento jurídico nacional cual considera usted que se deben de tener en cuenta en los casos de homicidios entre hermanos?

Como se puede observar del grafico número 8 se ha encuestado a un total de 344 personas a quienes se les ha preguntado de las siguientes normas considera que se deban de tener en cuenta en los casos de homicidios entre hermanos, obteniendo: 185 respuestas no contestadas del **Art. 2° de la Constitución** haciendo un 53.78%; 216 respuestas no contestadas del **Art. 5° del Código Civil: Irrenunciabilidad de los Derechos Fundamentales** haciendo un 62.79%; 227 respuestas no contestadas del **Art.106° del Código Penal: Homicidio Simple** haciendo un 65.99% y 196 respuestas no contestadas del **Art.107° del Código Penal: Parricidio** haciendo un 56.98% y que en promedio no se tiene en cuenta un **59.88%**.

Mientras que el promedio de preguntas contestadas corresponde a: 159 respuestas contestadas del **Art. 2° de la Constitución** haciendo un 46.22%; 128 respuestas contestadas del **Art. 5° del Código Civil: Irrenunciabilidad de los Derechos Fundamentales** haciendo un 37.21%; 117 respuestas contestadas del **Art.106° del Código Penal: Homicidio Simple** haciendo un 34.01% y 148 respuestas contestadas del **Art.107° del Código Penal: Parricidio** haciendo un 43.02% y que en promedio no se tiene en cuenta un **40.12%**.

Respecto a la pregunta número 7:

¿Para Ud. ¿Cuál sería la ventaja más conveniente en la presente investigación El homicidio entre hermanos a propósito del artículo 107 de código penal?

Como se puede observar del grafico número 10 se ha encuestado a un total de 344 personas a quienes se les ha preguntado cual sería la ventaja más conveniente en los casos de homicidios entre hermanos, obteniendo que: 153 consideraron **¿Una mejor tipificación de los delitos contra la vida en agravio del su propio hermano?** haciendo un 44.48%; 91 consideraron **¿La adecuada sanción por el delito contra la vida cometida por su propio hermano?** haciendo un

26.45%; 72 consideraron ***Evitar que el incremento del delito contra la vida cometidos por propios hermanos*** haciendo un 20.93% y 28 consideraron ***Con la tipificación de homicidio tipificado como parricida, la sanción es aumentada por lo tanto aquella persona que mate su hermano, será sancionada con una pena más drástica*** haciendo un 8.14%

Respecto a la pregunta número 8:

¿Estaría de acuerdo con proponer una nueva regulación para el delito de parricidio, en que se incluyan a aquellas personas que atentan contra la vida de sus hermanos?

Como se puede observar del grafico número 11 se ha encuestado a un total de 344 personas a quienes se les ha preguntado el proponer una mejor regulación del delito del parricidio que incluyan a los homicidios entre hermanos, obteniendo que: 164 están ***Totalmente de acuerdo*** haciendo un 47.67%; 117 están ***De acuerdo*** haciendo un 34.01%; y 63 ***No están de acuerdo*** haciendo un 18.31%

CAPÍTULO VI
CONCLUSIONES Y
RECOMENDACIONES

6.1. Conclusiones

- ⊙ Se puede manifestar que respecto al conocimiento de los conceptos básicos respecto de El homicidio entre hermanos a propósito del artículo 107 de código penal, si existe un desconocimiento lo que imposibilita que el tema no sea atendido de manera eficiente y eficaz para lograr erradicar dicha violencia.
- ⊙ Se puede concluir que de los resultados obtenidos de las estadísticas se puede demostrar que no se tiene en cuenta a la legislación comparada para tratar de legislar de manera correcta, cuando se trata de homicidios que se dan entre hermanos, los mismos que no se encuentran regulados en nuestro código penal.
- ⊙ Se concluye que solo un 40.12% tendría en cuenta a las normas de nuestro sistema nacional para poder aplicar una sanción a los homicidios que se den entre hermanos, aplicando a la constitución y en segundo lugar a la figura del parricidio como figura típica de dichos actos entre hermanos, sin embargo, nuestro actual código no ha tipificado dicha acción como tal.
- ⊙ Se puede observar que del resultado obtenido del grafico número 10 la mayoría representada por un 44.48% considera que se debe tener una mejor tipificación de los delitos contra la vida en agravio de su propio hermano.
- ⊙ Y por último respecto del gráfico número 11, un 47.67% están totalmente de acuerdo y un 34.01% están de acuerdo, haciendo un contundente 81.68% que consideran que se debe proponer una mejor regulación para el delito de parricidio y que en este se incluyan a aquellas personas que atentan contra la vida de sus hermanos.

6.2. Recomendaciones

Considero que para que nuestro sistema normativo penal pueda lograr su objetivo de garantizar una paz social, es necesario que sus artículos deban de estar tipificados correctamente, es decir, que conforme la sociedad aumenta su intensidad criminal nuestro sistema jurídico se encuentre acorde con estos cambios, y como podemos apreciar del presente trabajo el homicidio entre hermanos no se encuentra regula por nuestro código penal, en la figura delictiva del parricidio, más aun si el espíritu de la norma es sancionar a aquellos que **“a sabiendas matan a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo”**, pero no mencionan a los colaterales en segundo grado, es decir los hermanos, no es lo mismo atentar contra la vida de un desconocido que la de un familiar, como un hermano.

En ese sentido considero que el artículo 107 del código penal deba de incluir a los hermanos como figura delictiva de parricidio.

Por otro lado, es importante que se mejoren las deficiencias de conocimiento y/o aplicación de algunos conceptos a través de la implementación de diplomados, conferencias y capacitaciones que se deben de realizar respecto del tema materia de investigación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBALADEJO M. (1999) “Curso de Derecho Civil” tomo IV librería bosh Barcelona.
- BACIGALUPO Z, E. (1996) “Manual de Derecho Penal” parte general tercera edición, editorial Temis S.A Colombia.
- BACIGALUPO Z, E. (1999) “Principios Constitucionales de Derecho Penal”, editorial Hammurabi SRL febrero argentina.
- BUSTOS R, J y HORMAZÁBAL M, H. (1997) “Lecciones del derecho penal” editorial Trotta volumen I España.
- CABANELLAS DE TORRES, G (2002) “Diccionario Jurídico Elemental” Editorial Heliasta, 13va Edición.
- CAPURRO, R y NIN, D, (1995) “Del Parricidio al Delirio”. Editorial Edelp. Buenos Aires.
- CHIRINOS S. F. (2004) Código Penal Comentado Anotado Sumillado Jurisprudencia Normas Complementarias, Editorial: RODHAS; 2DA Edición Febrero, , Lima – Chiclayo
- CORNEJO C H (2006) “Derecho Familiar Peruano” décima edición gaceta jurídica editores, lima Perú.
- CORTÉS H. M. G (2011) “Análisis comparativo de los delitos de Femicidio y Parricidio” Tesis. Universidad Panamericana Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia. Guatemala.
- DONNA E. A. (1999) “Derecho Penal” Parte Especial tomo I editorial Rubinzal-Culzoni. Argentina

- FONTAN B. C (1998) “Derecho Penal” introducción y parte general. Actualizado por Guillermo A. C. Ledesma Argentina
- GARCÍA DEL RÍO, F. (2005) “Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud”, Lima, Ediciones Legales-San Marcos,.
- GUEVARA V. I. (2006) Profesor de derecho y metodología de la investigación científica en la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Trujillo – Perú
- HURTADO P. J. (1987) “Manual de Derecho Penal. Parte General”. Ed dili. II edición. Lima,
- MARROQUIN L. P. J L (2007) “Análisis Jurídico del Delito de Parricidio en el Código Penal Vigente”. Tesis. Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Diciembre
- MUÑOZ C. F y GARCÍA A. M. (1996) “Derecho Penal. Parte General”, Valencia,
- NUÑEZ, R. (1999) “Manual de Derecho Penal” Parte General. 4ta edición editora Córdoba Argentina.
- OSSORIO, M. (1996) “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales”. 23° Ed. Buenos Aires. Heliasta,
- PEÑA C R. (1999) “Tratado de derecho penal. Estudio programático de la Parte General”, Grijley, Lima,.
- PERALTA ANDIA, J. R. (2003) “Derecho de Familia en el Código Civil” segunda edición, Idemsa Lima Perú.
- RODRÍGUEZ V. J. (2005) “Manual de derecho penal, Parte Especial”, Lima, Jus,.

- ROXIN C; GÜNTER J; BERND S; WOLFGANG F y MICHAEL Köhler (2000) “Sobre el Estado de la Teoría del Delito”. primera edición, editorial Civitas. España.
- ROXIN, C. (1997) “Derecho Penal Parte General” Tomo I. Fundamentos La estructura de la Teoría del Delito. traducción de la segunda edición y notas. Editorial Civitas..
- SALAZAR H. C. (2004) “Nuevo manual de derecho penal, Parte Especial”, Lima, Cepejac,.
- SALINAS S. R. (2004) “Derecho Penal, Parte Especial”, 1ra. Edición, Lima, Idemsa,.
- TERRAGNI, M. A. (1998) “Culpabilidad Penal y Responsabilidad Civil”, editorial Hammurabi, Argentina.
- VALDERRAMA L. F (2004) “El delito de parricidio en el Código Penal Peruano”, Lima, AFA,.
- VASQUEZ R. J. E (1981) “derecho procesal penal” Tomo I conceptos generales, editores Rubinzal – Culzoni. Argentina
- VILLA S. J. (2004) “Derecho Penal, Parte Especial”, I-A, Lima, San Marcos,.
- VILLA S. J. (2001) “Derecho Penal. Parte General”. San Marcos. Lima.
- YACOBUCCI, G. J. (1988) “La determinación del vínculo en el parricidio, en Doctrina Judicial”
- ZAFARONI, E. R. (1981) “Tratado de Derecho Penal” parte general Tomo III. Ediar. S.A Argentina.

LINKOGRAFIA

- <http://actualidad.orange.es/cultura/cain-y-abel-primer-libro-novela-negra-historia.html>
- <http://www.cddiputados.gob.mx/POLEMEX/leyes/Ley09.html>
- <http://www.ciudadseva.com/textos/teatro/sofocles/ediporey.htm>
- <http://www.consejosdederecho.com.ar/47.htm>
- <http://www.ilustrados.com/tema/5242/parricidio-como-homicidio-calificado.html>
- <http://www.ilustrados.com/tema/5242/parricidio-como-homicidio-calificado.html>
- <http://www.slideshare.net/jlsicre/08-can-y-abel>
- www.CodigoPenalOnline.com.ar

Anexos

Anexo: 1 Matriz de Consistencia

TEMA: "EL HOMICIDIO ENTRE HERMANOS A PROPÓSITO DEL ARTÍCULO 107 DE CÓDIGO PENAL"

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA		
				MÉTODOS	TÉCNICAS	MUESTRA
¿En qué medida es importante que el homicidio en segundo grado sea considerado e incorporado como parricidio tipificado en el artículo 107° de C.P. y no considerado como homicidio simple según el artículo 106° del C.P.?	<p>Objetivos Generales:</p> <p>Investigar y demostrar que la falta de una adecuada regulación normativa que permita la incorporación del homicidio de segundo grado como parricidio, ataca y trasgrede a la sociedad ya que el núcleo de esta es la relación familiar y, se vulnera la Paz Social.</p>	<p>HI: La falta de una regulación normativa que permita la incorporación de del homicidio de segundo grado al artículo 107° del parricidio del Código Penal, determina la trasgresión a la sociedad ya que el núcleo de esta es la relación familiar y, se vulnera la Paz Social.</p> <p>HO: La falta de una regulación normativa que permita la incorporación de del homicidio de segundo grado al artículo 107° del parricidio del Código</p>	<p>Variable Independiente</p> <ul style="list-style-type: none"> • "La falta de una regulación normativa que permita la incorporación de del homicidio de segundo grado al artículo 107° del parricidio del Código Penal". <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Constitución Política del Perú • Código Penal. • Código Civil. 	<p>El tipo de investigación es Básica y Aplicada Cualitativo y cuantitativo descriptivo-y analítico.</p> <p>Diseño y Contrastación de Hipótesis:</p> <p>La Abstracción científica se realizará utilizando las reglas del Método científico –dialectico. Motivo por el cual el objeto de estudio será analizado en su forma y contenido en su relación causa y efecto. se tratará de identificar sus contradicciones internas se verá la unidad del fenómeno y las luchas contrarias al interior de ella y todo esto será visto</p>	<p>FICHAJE:</p> <p>Para recopilar información de todo tipo de medio</p> <p>* Bibliográficas</p> <p>Ficha de Libro. Ficha Artículo de Revista. Ficha Artículo de Periódico.</p> <p>*Acopio de Datos</p> <p>F. Investigación Documental, para ello se utilizará fichas textuales, resumen y síntesis)</p>	<p>MUESTRA PRELIMINAR:</p> $n = \frac{Z^2(p)(q)}{e^2}$ $n = 2.06^2(0.6)(0.2)$ $(0.04)^2$ $n = 1.018464$ 0.0016 $n = 636,54$ <p>n = 637.</p>

	<p>Objetivos Específicos</p> <p>Para alcanzar el objetivo general anunciado en el numeral anterior, se deben lograr los siguientes propósitos específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Determinar que se ataca y trasgrede a la sociedad ya que el núcleo de esta es la relación familiar. • Determinar que la falta de inclusión del homicidio en segundo grado al parricidio estipulado en el artículo 107° del Código Penal, vulnera la Paz Social. 	<p>Penal, NO determina la trasgresión a la sociedad ya que el núcleo de esta es la relación familiar y, se vulnera la Paz Social.</p> <p>HA: La falta de una regulación normativa que permita la incorporación de del homicidio de segundo grado al artículo 107° del parricidio del Código Penal, PODRIA determinar la trasgresión a la sociedad ya que el núcleo de esta es la relación familiar y, se vulnera la Paz Social.</p>	<p>Variable Dependiente</p> <p>“Ataca y trasgrede a la sociedad ya que el núcleo de ésta es la relación familiar”.</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Violencia. - Falta de comunicación - Irrespeto - Otros <p>Variable Dependiente</p> <p>“vulneración de la Paz Social.”</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Discriminación - Peligro de muerte. - Tortura. - Otros 	<p>en su momento de tal manera que podamos descubrir las leyes científicas que están gobernando el fenómeno a investigar.</p>	<p>OBSERVACIÓN</p> <p>Permitirá captar la información concerniente a las actividades que realizará la población en relación al problema información concernientes a las actividades que realizará la población en relación al problema</p> <p>ENTREVISTA</p> <p>Permitirá recolectar información, sobre la calidad de vida de la población, las entidades y su intervención en el problema.</p> <p>ENCUESTA</p> <p>Aplicado a la población sobre la base de una muestra.</p>	<p>MUESTRA AJUSTADA:</p> $N_0 = n$ $\frac{1 + n - 1}{n}$ $N_0 = 637$ $\frac{1 + 637 - 1}{300}$ $N_0 = 637$ 3.12 $N_0 = 204.166666667$ <p>N₀ = 204.2</p>
--	--	--	---	---	---	--

Anexo: 2

CUESTIONARIO

DIRIGIDO A VOCALES Y JUECES PENALES, FISCALES, JUDICIALES y ABOGADOS

Le agradeceremos responder a este breve y sencillo cuestionario que tiene como propósito obtener datos para el desarrollo del trabajo de investigación:

“El homicidio entre hermanos a propósito del artículo 107 de código penal”

A su vez es preciso aclarar que el presente instrumento es totalmente anónimo.

I.GENERALIDADES: Informantes:

1.1. Ocupación:

Vocales Abogado

Juez Fiscal

1.2. Sexo:

Masculino Femenino

1.3. Años de experiencia:

0 a 5 años 6 a 10 años

11 a 15 años 16 a 20 años

21 a más

1. De los siguientes conceptos que usted como juez, vocal, fiscal o abogado conoce o tiene en cuenta en “El homicidio entre hermanos a propósito del artículo 107 de código penal”?

- a) **Ius puniendi**: Es aquella facultad que corresponde a un determinado sujeto de imponer penas o medidas de seguridad ante la comisión de delitos. El IUS PUNIENDI es una expresión latina utilizada para referirse a la facultad sancionadora del Estado. De forma desglosada encontramos por un lado que, la expresión “IUS” equivale a decir “derecho”, mientras que la expresión “PUNIENDI” equivale a “castigar” y por tanto se puede traducir literalmente como derecho a penar o derecho a sancionar. La expresión se utiliza siempre en referencia al Estado frente a los ciudadanos.....()
- b) **Teoría del Delito**: es un instrumento conceptual para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley. Su objeto es establecer un orden racional y soluciones que se presentan en la aplicación de la ley penal a un caso dado. La teoría jurídica del delito es una propuesta, apoyada en un método científicamente aceptado, de cómo fundamentar las resoluciones de los tribunales en materia de aplicación de la ley penal.....()
- c) **Tipicidad**: En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o pena. Cuando el juez sea constreñido, o cuando quiera hacer aunque sea sólo dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre.....()
- d) **Parricidio**: es la muerte criminal dad al padre y por extensión, quedando comprendidos en el concepto el matricidio, filicidio, el conyugicidio, el fratricidio. También el delitos e configura por la muerte dad a ascendientes o descendentes.....()

2. De las siguientes alternativas; marque con una (X) la razón o causa por la que no ha marcado en la pregunta anterior

- a. Falta de capacitación.....()
- b. Son difíciles de aplicar o invocar.....()
- c. No estoy de acuerdo con invocarlas o aplicarlas.....()
- d. No se cómo invocarlos o aplicarlos()
- e. Otra razón.....()

3. De las siguientes normas de del derecho comparado cual considera ud que se deberán de tener en consideración en “El homicidio entre hermanos a propósito del artículo 107 de código penal”?

a) **Código Penal Uruguayo** Artículo 310. *(Homicidio) El que, con intención de matar, diere muerte a alguna persona, será castigado con veinte meses de prisión a doce años de penitenciaría.*

Artículo 311. (Circunstancias agravantes especiales) El hecho previsto en el artículo anterior será castigado con diez a veinticuatro años de penitenciaría, en los siguientes casos:

Quando se cometiera en la persona del ascendiente o del descendiente legítimo o natural, del cónyuge, del concubino o concubina "more uxorio", del hermano legítimo o natural, del padre o del hijo adoptivo. ()

b) **Código Penal Colombiano** Artículo 104 - *Circunstancias de agravación. La pena será de veinticinco (25) a cuarenta (40) años de prisión, si la conducta descrita en el Artículo anterior se cometiere:*

1. En la persona del ascendiente o descendiente, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad. ()

c) **Código Penal Mexicano** Artículo 242°.- *El delito de homicidio, se sancionará en los siguientes términos:*

[...]

III. *Al responsable de homicidio cometido en contra de su cónyuge, concubina, concubinario, ascendientes, descendientes consanguíneos en línea recta o hermanos, teniendo conocimiento el inculpado del parentesco, se le impondrán de cuarenta a setenta años de prisión y de setecientos a cinco mil días multa.*
..... ()

4. De las siguientes alternativas; marque con una (X) la razón o causa por la que no ha marcado en la pregunta anterior

- a. Falta de capacitación.....()
- b. Son difíciles de aplicar o invocar.....()
- c. No estoy de acuerdo con invocarlas o aplicarlas.....()
- d. No se cómo invocarlos o aplicarlos()
- e. Otra razón.....()

5. De las siguientes normas de nuestro ordenamiento jurídico nacional cual considera usted que se deben de tener en cuenta en los casos de homicidios entre hermanos?

a. **Art. 2° de la Constitución.-**

Toda persona tiene derecho:

1.- A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar..... ()

b. **Art. 5° del Código Civil: Irrenunciabilidad de los Derechos Fundamentales.-**

El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo, 6..... ()

- c. **Art.106° del Código Penal: Homicidio Simple.-** *El que mata a otro será reprimido con pena privativa de libertad no menor de 6 ni mayor de 20. ()*
- d. **Art.107° del Código Penal: Parricidio.-** *El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años. ()*

6. De las siguientes alternativas; marque con una (X) la razón o causa por la que no ha marcado en la pregunta anterior

- a. Falta de capacitación.....()
- b. Son difíciles de aplicar o invocar.....()
- c. No estoy de acuerdo con invocarlas o aplicarlas.....()
- d. No se cómo invocarlos o aplicarlos()
- e. Otra razón.....()

7. ¿Para Ud.Cuál sería la ventaja más conveniente en la presente investigación El homicidio entre hermanos a propósito del artículo 107 de código penal?

- a. ¿Una mejor tipificación de los delitos contra la vida en agravio del su propio hermano?..... ()
- b. ¿La adecuada sanción por el delito contra la vida cometida por su propio hermano?..... ()
- c. Evitar que el incremento del delito contra la vida cometidos por propios hermanos..... ()
- d. Con la tipificación de homicidio tipificado como parricida, la sanción es aumentada por lo tanto aquella persona que mate su hermano, será sancionada con una pena más drástica..... ()

8. Estaría de acuerdo con proponer una nueva regulación para el delito de parricidio, en que se incluyan a aquellas personas que atentan contra la vida de su hermanos?

- a) Totalmente de acuerdo..... ()
- b) De acuerdo..... ()
- c) No estoy de acuerdo..... ()

“AGRADECEMOS SU AMABLE COLABORACIÓN”