

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO

ABAD DEL CUSCO

ESCUELA DE POSTGRADO

MAESTRIA EN DERECHO MENCION DERECHO

PENAL Y PROCESAL PENAL



TESIS

**FACTORES QUE INCIDEN EN LA REINCIDENCIA Y
HABITUALIDAD DEL DELITO DE CONDUCCIÓN EN ESTADO DE
EBRIEDAD EN LA CIUDAD DEL CUSCO DURANTE EL PERIODO
2015-2017**

Presentada por:

Bach. Anai Castro Prieto Farfán

**Para Obtener el Grado Académico
de Maestro en Derecho mención Derecho
Penal y Procesal Penal**

Asesor:

Isaac Enrique Castro Cuba Barineza Phd.

CUSCO – PERU

2020

DEDICATORIA

A mis hijos y esposo, por ser la fuerza que impulsa mis pasos, por su comprensión, cariño y por sus pequeñas palabras de aliento para lograr concluir este proyecto, sin las palabras de mi hijo quien me decía en su corto entender que si podía hoy concluyo este ansiado trabajo.

AGRADECIMIENTO

Dedico esta tesis a mi hijo Juan André Cosío Castro Prieto quien fue mi pequeño gran apoyo emocional durante el tiempo en que escribía esta tesis.

A mi maestro y asesor quien nunca desistió al enseñarme, y tener la disposición para brindarme sus conocimientos.

A todos lo que me apoyaron para escribir y concluir esta tesis.

Para ellos es esta dedicatoria de tesis, púes es a ellos a quienes se las debo por su apoyo incondicional.

RESUMEN

El presente estudio de investigación surge de mi preocupación de conocer cuáles son los motivos por el que los conductores en estado de ebriedad en el Cusco, cometen delito en forma reiterada, pues bien sabido es que el delito de conducción en estado de ebriedad es de mínima lesividad; empero el número de personas que fueron procesadas por la comisión de este delito resulta significativo y la razón que he hallado es que el denominado Principio de Oportunidad está siendo indebidamente aplicado, y ya en la etapa judicial, los operadores de justicia no aplican las penas establecidas en la norma penal en los casos de reincidencia y habitualidad, pues se viene interpretando de muy distintas maneras la figura de la habitualidad, creando de ese modo impunidad, por ello el presente trabajo busca esclarecer de forma objetiva y racional cuales son los factores que determinan que un sujeto sea reincidente o habitual en el delito de conducción en estado de ebriedad.

Palabras clave: Conducción en estado de ebriedad, Habitual, Reincidente

SUMMARY

The present research study arises from my concern to know what reasons are the drunken drivers in Cusco, commit the crime repeatedly, well known is that the crime of driving in a drunken state is of minimal injury; however; the number of people who were prosecuted by committing this crime is significant and the reason I have found is that the so-called Opportunity Principle is being improperly applied, and already in the judicial stage the justice operators do not apply the penalties set out in the criminal rule in cases of recidivism and usuality, because the figure of usuality has been interpreted in a very different way, creating impunity in that way, therefore the present work seeks to clarify in an objective and rational way what are the factors that determine that a subject is repeat offender or habitual in the drunken driving offence.

Key words: Driving in a drunken state, usuality, repeat offender.

INDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN	iv
SUMMARY	v
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I.....	3
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
1.1. Situación problemática	3
1.2. Formulación del problema.....	4
1.2.1. Problema general.	4
1.2.1. Problemas específicos.....	4
1.3. Justificación de la investigación	5
1.3.1. Conveniencia	5
1.3.2. Relevancia social.	5
1.3.3. Implicaciones prácticas.....	6
1.3.4. Valor teórico.....	6
1.3.5. Utilidad metodológica.	6
1.4. Objetivos de la investigación.....	6
1.4.1. Objetivo general.	6
1.4.2. Objetivos específicos.....	7
CAPITULO II.....	8
MARCO TEORICO CONCEPTUAL	8
2.1. Bases teóricas	8
2.1.1. Tratamiento jurídico el delito.	8
2.1.1.1. Concepto de delito.	8
2.1.1.2. Sistemas de evolución y origen del delito.	9
2.1.1.3. La acción.....	13
2.1.1.4. Formas básicas de imputación.....	14
2.1.1.5. Capacidad de conducta.	15
2.1.1.6. Ausencia de la acción.	15
2.1.2. La tipicidad y el tipo.....	17
2.1.2.1. Tipo y tipicidad.....	17
2.1.2.2. Funciones del tipo.....	18

2.1.2.3. Tipicidad y antijuricidad.....	20
2.1.2.4. Clases de tipo.....	21
2.1.2.5. Elementos del tipo.....	26
2.1.2.6. El tipo penal objetivo.....	27
2.1.2.7. Elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo.....	28
2.1.2.8. El tipo penal subjetivo.....	31
2.1.2.9. Clases de dolo.....	33
2.1.3. La Antijuricidad.....	36
2.1.3.1. Antijuricidad formal y antijuricidad material.....	37
2.1.4. La culpabilidad.....	38
2.1.4.1. Evolución histórica del concepto de culpabilidad.....	39
2.1.4.2. Culpabilidad: Tendencias actuales.....	41
2.1.4.3. Culpabilidad y derecho penal.....	41
2.1.4.4. La imputabilidad.....	42
2.1.4.5. Causas de inimputabilidad.....	43
2.1.5. Delitos culposos.....	46
2.1.5.1. Evolución legislativa.....	46
2.1.5.2. Sistemática de los delitos culposos.....	48
2.1.5.3. Delitos de comisión culposa.....	48
2.1.5.4. Individualización de la determinación de la culpa.....	51
2.1.6. Delitos de peligro.....	57
2.1.6.1. Noción de peligro.....	58
2.1.6.2. Clases de delitos de peligro.....	60
2.1.6.3. Clasificación de los delitos.....	63
2.1.7. Los delitos de peligro: el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad.....	67
2.1.7.1. Concepto de peligro.....	67
2.1.7.2. Teorías sobre el concepto de peligro. Teoría objetiva y subjetiva.....	68
2.1.7.3. Concepto de peligro en el derecho penal.....	68
2.1.7.4. Clases de delitos de peligro: peligro concreto y peligro abstracto.....	69
2.1.7.5. El bien jurídico protegido en los delitos de peligro abstracto.....	71
2.1.7.6. El delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad.....	73
2.1.7.7. Antecedentes legislativos del delito de conducción en estado de ebriedad.....	79

2.1.7.8. El delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad recogido en el artículo 274° del código penal.	81
2.1.7.9. Aplicación del principio de oportunidad.	89
2.1.7.10. El proceso inmediato en los delitos de conducción de vehículos en estado de ebriedad.....	92
2.1.7.11. El Delito de Conducción en Estado de Ebriedad en la Legislación Comparada.....	94
2.1.8. La reincidencia.	96
2.1.8.1. Antecedentes históricos.	96
2.1.8.2. Concepto de reincidencia.....	99
2.1.8.3. Tipos de reincidencia.	100
2.1.8.4. Las teorías explicativas.....	102
2.1.8.5. La inconstitucionalidad de los artículos 1° y 2° de la ley N° 28726.	106
2.1.8.6. La institución de la reincidencia.	106
2.1.8.7. Evolución legislativa.	108
2.1.8.8. Reincidencia en la legislación peruana.....	108
2.1.8.9. El principio de NE BIS IN ÍDEM.	109
2.1.8.10. Antecedentes normativos comparativos en Latinoamérica de la reincidencia y habitualidad.	111
2.1.8.11. Consideración acerca de los fundamentos de la reincidencia como agravante de la pena.	113
2.1.9. La habitualidad.....	139
2.1.9.1. Noción de habitualidad.....	139
2.1.9.2. Concepto Criminológico de Habitualidad.	139
2.1.9.3. La habitualidad en nuestra legislación.....	140
2.1.9.4. Presupuestos para la aplicación de la habitualidad como agravante cualificada.....	141
2.2. Marco conceptual (definición de términos).....	142
2.3. Antecedentes de la investigación.....	144
2.3.1. Tesis académicas.....	144
2.3.2. Artículos especializados	146
CAPITULO III	148
HIPOTESIS GENERAL Y VARIABLES	148
3.1. Hipótesis de investigación.....	148

3.2. Variables de estudio	148
3.3. La Operacionalización de la variable	149
CAPITULO IV	150
METODOLOGIA.....	150
4.1. Ámbito de estudio.....	150
4.2. Tipo y nivel de investigación.....	150
4.2.1. Tipo de investigación.....	150
4.2.2. Nivel de investigación	150
4.3. Unidad de análisis.....	150
4.4. Población y muestra.....	151
4.4.1. Población.	151
4.4.2. Muestra.	151
4.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	151
4.5.1. Técnicas de recolección de datos.....	151
4.5.2. Instrumentos para recolectar datos	152
4.6. Procedimiento de análisis de datos	152
CAPITULO V.....	153
PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	153
5.1 Casos de reincidencia y Habitualidad del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017.....	153
5.2. Percepción de quienes han cometido el delito de conducción en estado de ebriedad respecto al delito cometido	155
5.3. Consecuencias más frecuentes en agravio de los bienes jurídicos, por la comisión del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017	160
5.4 Penas impuestas a quienes cometieron el delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017.....	160
5.5. Medidas que pueden implementarse para disminuir la incidencia del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del cusco.....	161
5.5.1. Medidas socioeducativas	161
5.5.2. Medidas legislativas.	162
5.5.3. Medidas administrativas	163
5.6. Factores que inciden en la reincidencia y habitualidad del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del cusco durante el periodo 2015 -2017.....	164

CONCLUSIONES.....	167
RECOMENDACIONES	169
Bibliografía.....	171
ANEXOS	173

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N° 1: Los efectos del alcohol en la conducción, según su nivel de concentración en la sangre.....	78
Tabla N° 2: N° de casos que ingresaron al Ministerio Público -Fiscalía de Wanchaq	153
Tabla N° 3: N° de casos que fueron sentenciados	154
Tabla N° 4: Sentenciados, Personas que cometieron solo 01 delito (CEE) y Personas que cometieron 2 o más delitos	155
Tabla N° 5: Considera Usted que Conducir un Vehículo en Estado de Ebriedad es:	155
Tabla N° 6: Cuantas veces fue intervenido por la policía conduciendo un vehículo en estado de ebriedad.....	156
Tabla N° 7: Conoce usted cual es el límite máximo de alcohol permitido para conducir un vehículo	156
Tabla N° 8: Conoce usted cuales son las sanciones penales por la comisión del delito de conducción en estado de ebriedad	157
Tabla N° 9: Cree usted que la normativa vigente sanciona de manera adecuada a los conductores en estado de ebriedad	158
Tabla N° 10: Qué consecuencias cree usted que provoca un conductor que conduce en estado de ebriedad.....	158
Tabla N° 11: Porque motivo cree usted que una persona vuelve a reiterar su conducta al conducir en estado de ebriedad.....	159
Tabla N° 12: Consecuencias más frecuentes en agravio de los bienes jurídicos, por la comisión del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017.....	160
Tabla N° 13: Penas impuestas a quienes cometieron el delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017.....	160
Tabla N° 14: Sentenciados que cuentan con más de una sentencia.....	161

INTRODUCCIÓN

Si bien la conducción de vehículos en la sociedad actual es tremendamente necesaria, pero a la vez, constituye una actividad riesgosa que debe ser controlada en instancias previas al Derecho Penal.

El impacto actual que tienen los accidentes de tránsito en la mortalidad de la población es en gran magnitud por conductores en estado de ebriedad, la relación entre el alcohol y los accidentes de tránsito es bien conocida, se dice que el conducir bajo los efectos del alcohol ocasiona entre 30% a 50% de víctimas mortales, del 15% al 35% causan lesiones graves y 10% son los que no causan ninguna lesión.

En esa misma línea se pudo apreciar que un grupo considerable de conductores de vehículos en estado de ebriedad resultan siendo habituales o reincidentes. Con la entrada en vigencia de la Ley 30076, se establece un nuevo procedimiento de determinación judicial de la pena de carácter secuencial, estableciendo el Sistema de Tercios, la citada ley reconoce a la reincidencia y habitualidad como circunstancias de agravación cualificada, sin que las regule como circunstancias de agravación genéricas. Este hecho pues determina un proceso de endurecimiento del sistema penal, bajo el pretexto de alcanzar mayores cuotas de seguridad, que podría convertir al Estado en arbitrario.

En virtud de ello resulta de importancia estudiar cuales son los factores que influyen o inciden en la reiterancia delictiva en los delitos de Conducción de Vehículos en Estado de Ebriedad.

El presente trabajo de investigación consta de V Capítulos, así en el Capítulo I podremos encontrar el Planteamiento del Problema que nos permite abordar el tema con suma preocupación por los efectos que produce en la sociedad dadas las altas probabilidades de causar o verse involucrado en un accidente de tránsito al conducir vehículos en estado de

ebriedad; en el Capítulo II encontramos el Marco Conceptual, que contiene un estudio integral de la conducta típica de conducir vehículo en estado de ebriedad como delito de peligro común, haciendo un análisis de la legislación comparada así como la aplicación de medidas alternativas como el Principio de Oportunidad y el Proceso Inmediato. También encontramos el análisis dogmático de la figura de la Reincidencia y la Habitualidad. El Capítulo III contiene la Hipótesis de Investigación donde abordaremos algunas preguntas que planteamos como hipótesis, en el Capítulo IV describimos la Metodología utilizada en el presente trabajo , finalmente el Capítulo V desarrolla los Resultados a los que hemos arribado al concluir nuestra investigación, que evidencia que este delito tiene alta incidencia en nuestro distrito Fiscal de Cusco; sin embargo la imposición de salidas alternativas está generando impunidad y la no aplicación de penas efectivas no genera el efecto disuasivo propuesto por el legislador.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Situación problemática

La siniestralidad viaria es un problema social de enorme importancia: según la Organización Mundial de la salud cada año muere más de un millón de personas en el mundo por accidentes de tránsito. El Perú no es ajeno a esta grave situación tanto más que la mayoría de las infracciones de los conductores implicados en este tipo de accidentes está relacionada con la conducción de vehículos en estado de ebriedad o ingesta de drogas o estupefacientes. Es de considerar, también, que el incremento de la tasa de mortalidad, morbilidad y discapacidad conlleva a un problema de salud pública y, por otro lado, económico ya que las pérdidas económicas derivadas de accidentes de tránsito se estiman en US\$518.000 millones, o equivalente al 1% y 3% del PBI de los países.

La utilización de los automóviles se ha convertido en nuestra sociedad post moderna en una necesidad impostergable, pues resulta inimaginable la vida cotidiana sin el empleo de los autos, que ya son parte de la sociedad en general; en otras palabras, su uso resulta beneficioso para el ser humano en la gran mayoría de casos.

Sin embargo, el empleo de los automóviles genera per se un gran riesgo para el ser humano, el mismo que tampoco es cuestionado, pero es un riesgo que la sociedad en su conjunto tolera por los múltiples beneficios y facilidades que ello le aporta al desarrollo de la misma.

También debe indicarse que la relación entre el alcohol y los accidentes de tránsito es bien conocida. Se dice que el conducir bajo los efectos del alcohol ocasiona entre 30%

a 50% de víctimas mortales, del 15% al 35% causan lesiones graves y el 10% son los que no causan ninguna lesión.

Los efectos del alcohol sobre el organismo humano se conocen bien, en algunos produce depresión no selectiva del sistema nervioso central, deteriorando la función psicomotora, la percepción sensorial (vista y oído), modifica el comportamiento de la persona, etc.

Esta alarmante situación se ha ido incrementando durante los últimos años, advirtiendo un incremento considerable de casos de delitos de Conducción en Estado de Ebriedad, donde además de tiene un grupo importantes de personas que resultan siendo reincidentes o habituales.

El presente trabajo busca profundizar en algunos aspectos cuales son los factores por el que los conductores reinciden o son habituales en la comisión del delito de Conducción en Estado de Ebriedad.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general.

¿Cuáles son los factores que inciden en la reincidencia y habitualidad del delito de conducción en estado de ebriedad en la jurisdicción del distrito de Wanchaq - Cusco durante el periodo 2015 -2017?

1.2.1. Problemas específicos.

1º ¿Cuál es el número de casos de reincidencia y habitualidad del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017?

2º ¿Qué percepción tienen quienes cometen el delito de conducción en estado de ebriedad respecto al delito cometido?

3° ¿Cuáles han sido las consecuencias más frecuentes en agravio de los bienes jurídicos, por la comisión del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017?

4° ¿Que penas se han impuesto mayormente a quienes cometieron el delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 - 2017?

5° ¿Qué medidas pueden implementarse para disminuir la incidencia del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco?

1.3. Justificación de la investigación

El presente estudio de investigación adquiere relevancia en el ámbito de la investigación científica sostenido en los siguientes argumentos:

1.3.1. Conveniencia

El trabajo resulta conveniente en vista que busca establecer que factores determinan que conductores de vehículos conduzcan en estado de ebriedad y tengan la condición de reincidentes o habituales.

1.3.2. Relevancia social.

El propósito de esta investigación es que los operadores de justicia llámese jueces, fiscales, abogados, sobre quienes recae la responsabilidad de la determinar la pena a los imputados reincidentes y habituales, establezcan además otras penas alternativas que procuren evitarla reiterancia delictiva, y de este modo cumplir con la expectativa de la sociedad.

1.3.3. Implicaciones prácticas.

El análisis de procesos judiciales en los que se vienen sentenciando a conductores de vehículos en estado de ebriedad y que tienen la condición de habituales y reincidentes, apliquen penas alternativas, que haga más efectiva y ejemplificadora la sanción impuesta, a fin de que ya no se produzca la reiterancia delictiva.

1.3.4. Valor teórico.

Los resultados del presente trabajo de investigación podrá ser un aporte para estudiantes de derecho y operadores de justicia a fin de mejorar la calidad de la formación profesional en derecho penal. Así también, en el desarrollo del estudio se recopiló información pertinente al tema, la que será sistematizada para fundamentar las bases teóricas.

1.3.5. Utilidad metodológica.

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad conocer los factores que intervienen en la reincidencia y habitualidad en el delito de Conducción de Vehículos en Estado de Ebriedad

1.4. Objetivos de la investigación

1.4.1. Objetivo general.

Identificar los factores que inciden en la reincidencia y habitualidad del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 - 2017.

1.4.2. Objetivos específicos.

1° Determinar cuál es el número de casos de reincidencia y habitualidad del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 - 2017.

2° Precisar qué percepción tienen quienes cometen el delito de conducción en estado de ebriedad respecto al delito cometido.

3° Identificar cuáles han sido las consecuencias más frecuentes en agravio de los bienes jurídicos, por la comisión del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017.

4° Identificar las penas que se han impuesto mayormente a quienes cometieron el delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017.

5° Establecer las medidas que pueden implementarse para disminuir la incidencia del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco.

CAPITULO II

MARCO TEORICO CONCEPTUAL

2.1. Bases teóricas

2.1.1. Tratamiento jurídico el delito.

Para abordar el tema materia de investigación, previamente corresponde realizar una breve exposición de la Teoría del Delito, para luego abordar como en la doctrina se clasifican los tipos penales en base al bien jurídico protegido y así dar paso a los delitos de peligro abstracto entre ellos el delito de Conducción de Vehículo en Estado de Ebriedad.

2.1.1.1. *Concepto de delito.*

El termino Delito desde el punto de vista Jurídico, como un concepto primario se puede asimilar al de su posición formal que no es otra cosa que “toda conducta que el legislador sanciona con una pena”.

Se asimila además el concepto sintético del delito, al de su origen etimológico, forma supina del verbo delinquir, *delinquere*, que significa, desviarse, resbalar abandono de una ley tal como lo señala (Villa, 2008, pág. 173).

La definición moderna y más conocida del Delito, vendría a ser la de Luis Jiménez de Asúa, quien lo conceptúa como, “un acto típicamente antijurídico imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se halla conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en remplazo de ella”.

Agregando que, con el término “acto” “se avocan la acción y la omisión”, que ha de ser típicamente antijurídico, para que desde el primer instante quede proclamado el

ligamen entre lo típico y lo injusto, ya que la tipificación se hace ante el indicio y para la concreción de lo contrario a Derecho, y el injusto punible es solo lo que está tipificado en la ley; que enunciamos la cualidad de imputable es la acción del hombre y no el sujeto actor como ordinariamente se dice, porque es el presupuesto de la culpabilidad; y se incluyen las condiciones objetivas de penalidad porque a veces figuran como requisito de la conminación punitiva. Se afirma que ha de estar conminado con una pena, porque la conminación penal es uno de los más constantes caracteres específicos del Delito.

Para (Villavicencio, 2006, pág. 226), el delito es una conducta típica, antijurídica y culpable. Los niveles de análisis son tipo, antijuridicidad y culpabilidad. Estos “distintos elementos del delito están en una relación lógica necesaria. Solo una acción u omisión puede ser típica puede ser antijurídica y solo una acción u omisión antijurídica puede ser culpable. El artículo 11 del Código Penal expresa que “son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”.

2.1.1.2. Sistemas de evolución y origen del delito.

- a. **Casualismo Naturalista.** - Conocido también como el sistema naturalista Liszt-Beling Radbruch, propone por influencia del positivismo de finales del siglo XIX, una concepción natural y mecánica de la acción humana sin reparar en el contenido de esta acción, ni en las implicancias valorativas de la misma. La conducta se antoja valorativamente neutra y reducida a un movimiento corporal voluntario no reflejo, y modificador del entorno.

La plasmación del delito en este modelo se enfoca como un fenómeno matizado normativamente donde el delito es, sobre todo, una conducta acompañada por tres

atribuciones: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad conforme así lo refiere (Villavicencio, 2006, pág. 234)

Mediante la expresión "típica", se hacía referencia a la conformidad de la acción con la "descripción circunstanciada" del aspecto exterior u objetivo del acto incriminado en la norma penal (tipo legal, Tatbestand; tipicidad, tatbestandsmassigkeit) Esta noción, sin embargo, es diferente a la que comprende el conjunto de condiciones requeridas por la ley penal y que se asemeja a la noción francesa de "elemento legal de la infracción". Este último aporte fue, en su época, considerado como un descubrimiento revolucionario.

La antijuridicidad fue explicada con la ayuda del positivismo jurídico, el mismo que, junto con el positivismo científico sirvieron de base a la concepción de Von Liszt. Según el primero, el derecho era concebido como el conjunto de normas promulgadas por el legislador. En esta Perspectiva, para establecer el sentido de las disposiciones, mediante la interpretación, no era indispensable recurrir a valoraciones. El carácter ilícito del comportamiento fue entendido, en consecuencia, como la violación del derecho positivo. La culpabilidad, aspecto subjetivo del comportamiento (suceso físico exterior), se comprendió como la relación psicológica existente entre el autor y su acción. Se consideró, por un lado, a la imputabilidad (Zurechnungs-fahigkeit) como su presupuesto psicológico y, por otro, al dolo (Vorsatz) y a la culpa (Fahrlässigkeit) como sus formas o especies. De esta manera, se distinguieron los elementos objetivos del delito (acción, tipicidad y antijuridicidad) de los elementos subjetivos (imputabilidad y culpabilidad) tal como lo señala (Hurtado, 2005, pág. 513).

- b. **Casualismo Valorativo.** - Por la influencia del neokantismo de la escuela sudoccidental alemana, surge un modelo causal valorativo que estudia al delito en

orientación a valores e ideales. La ideología neokantiana se identifica entre dos grandes ciencias: las de la naturaleza y las de los valores (son propias del aspecto social de los hechos).

El sistema causal valorativo aplicó ideas neokantianas valorativas sobre un sistema positivista naturalista del delito de manera que lo valorativo recorría y vinculaba a todos los elementos del delito (lo injusto es objetivo, valorativo y excepcionalmente subjetivo; la culpabilidad es subjetiva, pero también valorativa). La filosofía neokantiana buscaba reemplazar el positivismo científico por un positivismo teleológico referido a los valores. Por ello, se rescata y se transforma al sistema clásico, buscando referirse a los valores presentes en cada elemento general del delito, que no ha sido tomado en cuenta en el sistema anterior.

En esta nueva etapa del casualismo, se le normativiza, pues en efecto se entinta de normativismo la antijuridicidad y la culpabilidad como lo afirma (Villa, 2008, pág. 177). La antijuridicidad a diferencia de cómo se plantea en el sistema Liszt-Beling-Liszt, como categoría meramente formal, en el casualismo normativo se incide en una antijuridicidad material, de lo que derivan consecuencias importantes ya que, definida la antijuridicidad esta vez como comportamiento socialmente dañoso, permitió el desarrollo de la pieza que enerva la antijuridicidad, como son las causas de justificación.

En la categoría sistemática de la culpabilidad ocurre otro tanto cuando se reemplaza el concepto psicológico de culpabilidad, por uno de carácter normativo con lo que es posible recién ahora, dar cabida a las causas de exculpación, lo mismo que a la culpa inconsciente (en la que lo que está ausente es exactamente la relación de agente con el resultado). Así mismo el casualismo normativo permite, adoptar en una misma categoría sistemática -la culpabilidad- piezas que en el casualismo

naturalista inicial estaban dispersas, tales como la imputabilidad, el dolo, la im procedencia y las causas de exclusión de culpabilidad.

- c. **Sistema Finalista.** - Su idea clave es la referente a la acción humana. Ésta es caracterizada en esencia por su estructura finalista, lo que supone que su autor tenga la capacidad de proponerse diferentes objetivos y de orientar su comportamiento hacia ellos. La capacidad del autor está en relación con sus posibilidades de prever las consecuencias de su acto y con el conocimiento que tiene de la causalidad.

Como lo (Villavicencio, 2006, pág. 242) el sistema finalista se basó en dos corrientes filosóficas: el ontologismo fenomenológico y la filosofía epistemológica. El ontologismo fenomenológico, que se propugnó en las décadas de los años 30 hasta los 60 del siglo pasado, establecía que el mundo se organizaba de acuerdo a las finalidades. Y la filosofía epistemológica que nos lleva a una teoría del conocimiento, entiende que todo fenómeno se logra explicar a través del fin por el cual se orienta. Sobre estas bases, Welzel ataca al concepto causal de acción. Para este autor, “la acción humana es ejercicio de actividad final”. La acción es, por tanto, un acontecer “final” y no solamente “causal”. La acción vuelve a ser el eje central de la teoría del delito, operando esta vez, desde una óptica ontológica, es decir, de acuerdo a un fin.

Welzel, adopta la definición tripartita del delito “la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten a la acción en un delito”. En este sistema se abandona la distinción clásica entre el carácter objetivo del ilícito y la naturaleza subjetiva de la culpabilidad. Lo importante para los finalistas es la distinción entre objeto de valoración, es decir el tipo del injusto; y el juicio de valoración, es decir la culpabilidad.

d. **Sistema Funcionalista.** - El nuevo sistema “racional-final” o "funcional" para una teoría del delito, empezó a ser desarrollado en la década de 1970, alejándose de los postulados finalistas en el entendido que el Derecho Penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógicas-reales), sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal. Los postulados funcionalistas no buscan modificaciones a la teoría del delito, más bien, pretenden atribuir en sus elementos nuevos contenidos, con el objetivo de ampliar su capacidad explicativa de soluciones y su aplicabilidad a la realidad.

2.1.1.3. La acción.

La conducta humana, como realidad compleja, es indistintamente aludida en el Derecho penal como “acción”, “acto”, “hecho”, y en cualquier caso comprende tanto las acciones propiamente dichas como las omisiones, pues la “acción” es el supra concepto que comprende ambas modalidades, con el necesario añadido de que esta conducta para alcanzar el significado correspondiente en el Derecho penal debe ser consciente, voluntaria y orientada en determinado sentido, dirección o fin como así lo señala (Villavicencio, 2006, pág. 262)

A partir de la acción se estructura la imputación de un delito. Sin embargo, en la evolución del Derecho Penal, su concepto ha generado una intensa polémica. No se ha encontrado, pues, un concepto unitario, a pesar de los esfuerzos realizados. Esto se debe a que las diversas maneras que reviste la actividad humana no puedan ser definidas globalmente y de modo neutro, salvo que se recurra a una fórmula vacua. La elaboración de un tal concepto resulta superflua.

En esta perspectiva, para (Hurtado, 2005, pág. 396) puede ser más conveniente considerar la acción como una manifestación o expresión de la falta de respeto a la

pretensión de validez de los bienes jurídicamente protegidos. Esta actitud del agente puede concretarse mediante un hacer o un omitir doloso o culposo. De lo afirmado se pueden deducir dos consecuencias. La primera es de índole general: la caracterización de la infracción no está en definitiva condicionada por la determinación de la noción de acción, sino más bien por la manera cómo se concretizan las categorías de tipicidad, ilícito v culpabilidad. La segunda está más relacionada con la problemática de la acción: se trata de la importancia práctica de la función delimitadora que desempeña la noción de acción para eliminar los hechos sin importancia para el derecho penal. Sin embargo, cuando un acto reflejo o automático no es considerado como acción (por no ser en lo mínimo controlable), aún debe comprobarse si existe o no un comportamiento precedente que sea relevante para el derecho penal (omisión por parte de la persona concernida de las medidas necesarias para descartar el daño resultante del acto incontrolable).

Nuestro Código Penal no ofrece un concepto de conducta y por el contrario utiliza una terminología variada. Resulta evidente que el legislador no se decidió por elaborar un concepto jurídico penal de acción. En la constitución política de 1993 se utiliza los términos “acto u omisión” (artículo 2, numeral 24, inciso d).

2.1.1.4. Formas básicas de imputación.

A partir del concepto de conducta, el legislador identifica cuatro formas básicas de imputación: delitos de comisión dolosos e imprudentes y delitos de omisión dolosos e imprudentes. Así lo señala el artículo 11 del Código Penal: "Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley". En el mismo sentido se expresa el anteproyecto de la parte general del código penal del 2004 (artículo 11). Existen: delito de comisión, ejemplo: acción de matar (artículo 106, código penal); delito de omisión, ejemplo: omisión de ayuda a un herido

(artículo 127, código penal); delito doloso, ejemplo: matar dolosamente (artículo 106, código penal) (delito doloso de comisión) y, el delito imprudente (delito culposo), ejemplo: quien conduce su vehículo a excesiva velocidad y origina la muerte de un peatón (artículo 111, código penal) tal como lo establece (Villavicencio, 2006, pág. 266).

2.1.1.5. Capacidad de conducta.

En el estado actual del derecho penal peruano, solo la persona humana es capaz de actuar. Por ello, no cualquier actividad organizada que vincula al individuo a su medio, es susceptible de ser calificada como conducta si es que no deviene de la práctica social y la racionalidad. Carecen de esta capacidad los animales y las cosas, pero pueden ser objeto de conductas.

Por ello es distinto hablar de que los animales o las cosas sean utilizados como instrumentos, por parte del hombre, donde el verdadero actuante es el hombre y no los animales o las cosas. Ejemplo: El sujeto que utiliza a perros salvajes para generar lesiones a un menor de edad. También están excluidos los hechos de los fenómenos de la naturaleza. Todos los actos originados por estos, no se incluyen en el análisis de la acción, aunque pueden concretizar el mismo resultado lesivo que genera la conducta humana a decir de (Villavicencio, 2006, pág. 267)

2.1.1.6. Ausencia de la acción.

Estamos ante ausencia de acción cuando el sujeto no puede orientar conforme a algún objeto de referencia (no es una actividad consciente). Algunos casos son: fuerza física irresistible, movimientos reflejos y estados de inconsciencia.

- a. **Fuerza Física Irresistible.** - Se comprende en este supuesto todo estímulo externo, extraño al agente, que le imprime a su cuerpo un movimiento involuntario, no

reflejo y no direccionado, o por el contrario le impone forzosamente la inmovilidad como así lo refiere (Villa, 2008, pág. 198). El estímulo externo puede ser de cualquier índole (humano, natural o animal, etc.). El ejemplo puede ser el de quien es empujado sobre otra persona a quien hiere. La fuerza física irresistible vemos que es incompatible con la acción, pues el que la sufre actúa sin voluntad alguna. El código penal lo regula en el inciso 6 del artículo 20 donde excluye de responsabilidad al que “obra por una fuerza física irresistible proveniente de tercero o de la naturaleza”.

- b. **Movimientos Reflejos.** - Para (Hurtado, 2005, pág. 399) los movimientos reflejos no están controlados por la voluntad. "El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores.

No pueden ser calificados de acciones los movimientos reflejos que se presentan como una reacción inmediata, involuntaria, a un estímulo interno o externo; por ejemplo, convulsiones, vómitos y, en ciertas circunstancias, los movimientos instintivos de defensa. En estos casos, es necesario, por supuesto, que el movimiento sea de índole puramente somática y producida fuera de toda influencia de la Voluntad.

- c. **Estados de Inconsciencia.** - La inconsciencia excluye la acción. No se da acción desde el punto de vista jurídico-penal, cuando el protagonista se encuentra en estado de inconsciencia natural, por sueño o sonambulismo, o en estado de inconsciencia inducida por sustancias tóxicas diversas o la embriaguez extrema debida al alcohol. Si se trata de estados en los que la falta de conciencia no es total, sino que el agente sólo sufre una grave alteración de la misma, no puede decirse que no hay acción.

Este estado puede afectar sólo la imputabilidad del agente, pero éste es perfectamente capaz de accionar (art. 20, inc.1).

2.1.2. La tipicidad y el tipo.

2.1.2.1. Tipo y tipicidad.

El **tipo**, es la descripción concreta de la conducta prohibida hecha por el legislador (del contenido, o de la materia de la norma). Es una figura puramente conceptual. El tipo es un instrumento legal, pues pertenece al texto de la ley.

Es necesaria al poder penal, porque sin el tipo no se puede delimitar el campo de lo prohibido en el que interviene el Derecho Penal. Para la moderna teoría de la imputación, el tipo debe de acoger, en principio, todos los elementos que fundamentan el contenido material del injusto de un determinado delito. Se debe describir de manera exhaustiva la materia de prohibición. Por ello, el tipo viene a ser la más valiosa consecuencia del **principio de legalidad**. Así, el tipo es un concepto límite de enorme trascendencia para fortalecer el principio de legalidad que se ha convertido en uno de los instrumentos más útiles de la dogmática penal.

La **Tipicidad** es el resultado de la verificación de si la conducta y lo descrito en el tipo, coinciden. A este proceso de verificación se denomina **juicio de tipicidad**, que es un proceso de imputación donde el intérprete, tomando como base al bien jurídico protegido, va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido a lo contenido en el tipo penal.

Si luego de realizado dicho proceso se determina que el hecho encaja en los caracteres abstractos del tipo, existe adecuación típica, lo contrario nos llevaría a negarla. Por consiguiente, la tipicidad es la resultante afirmativa del juicio de

tipicidad. El juicio de tipicidad no es un mero proceso formal, sino valorativo, ya que se generan actos valorativos encaminados a la traducción de una prohibición.

2.1.2.2. Funciones del tipo.

(Villa, 2008, pág. 215) indica que las funciones del tipo son:

- a. **Función garantista.** - Como quiera que "solo la ley escrita es fuente del tipo", este contiene el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* con lo que queda de lado el consuetudo. El ciudadano sabe a qué atenerse pues conoce lo que la ley obliga y prohíbe en vista que "el tipo legal obedece al pensamiento de determinación o por lo menos de determinabilidad precisa de la descripción del ámbito situacional a que se refiere la norma".
- b. **Función indiciaria.** - La realización del tipo nos anticipa la probabilidad de que la conducta sea antijurídica. "En terminología tradicional se dice del tipo, que crea un indicio, una presunción siempre refutable acerca de la antijuridicidad". Es una función prejuiciada, en suma. La tipicidad opera entonces como *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, pues restará determinar si el acto típico estuvo o no amparado por una norma permisiva (legítima defensa).
- c. **Función educadora.** - (Villa, 2008, pág. 216) señala que el catálogo de tipos informa al ciudadano qué se entiende por conductas obligadas y qué por prohibidas, a partir de la estimación de los bienes jurídicos, con lo que se previenen los conflictos sociales en qué consisten los quebrantos de las normas.

Para (Villavicencio, 2006, pág. 297), cumple una **función indiciaria** que supone, que la realización del tipo legal es sólo *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad. Es un

conocimiento provisional que será completado cuando se determine la antijuridicidad (contrariedad de la realización del tipo con el ordenamiento jurídico).

También cumple una **función fundamentadora**, ya que la tipicidad es el fundamento del delito, propiamente dicho. Aunque se ha señalado a la acción como la base de la teoría del delito, en la que actúan los elementos del delito, sin la tipicidad la acción sería sólo una mera conducta no calificada como punible por el legislador, por ende, no merecedora de una sanción penal. Se comienza a analizar una conducta determinada partiendo desde la tipicidad. Así, la tipicidad se convierte en el punto de inicio del examen judicial, de un caso concreto; y al mismo tiempo, nos ofrece la garantía de la seguridad jurídica.

Por la **función seleccionadora**, la tipicidad identifica las conductas que serán penalmente relevantes. El legislador va a escoger, entre todas las posibles conductas antijurídicas, aquellas que impliquen posibles afectaciones de bienes jurídicos importantes. Así, esta función da cumplimiento al principio de intervención mínima del Derecho Penal.

La **función garantizadora** de la tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad. El tipo legal permite al ciudadano un conocimiento seguro en cuanto al límite entre la conducta sancionada y la atípica, cumpliendo así una función de garantía. De esta manera, el tipo interviene en la limitación al poder penal. A la tipicidad se le ha encargado el cumplimiento de una función trascendental para la preservación de la seguridad jurídica, proporcionando al ciudadano de antemano un catálogo en el que se describen conductas amenazadas con una sanción penal, obstaculizando el ejercicio arbitrario del poder penal.

El tipo cumple una **función de motivación** para toda la sociedad. "La función de motivación del tipo permite que el destinatario de la norma pueda conocer cuál es la conducta prohibida, de cuya realización debe abstenerse. Por medio de la pena, el Legislador trata de garantizar el respeto a una determinada forma de solución del conflicto social considerada acorde al ordenamiento jurídico. Esta función está ligada a su vez, con la denominada función de instrucción del tipo. El tipo va a permitir a los ciudadanos conocer el significado jurídico-penal que revisten sus actos. A través de la norma penal se señalará las acciones u omisiones que provocan la reacción punitiva del Estado y, por ende, no deben ser realizadas.

Finalmente, se asigna a la tipicidad una **función sistematizadora**, en el sentido que el tipo abarca todos los elementos necesarios para el conocimiento de las conductas que pueden ser sancionadas penalmente. Así, en la parte general del Código Penal, se estudian las características comunes a todos los tipos penales y en la parte especial, sus aspectos particulares. Con esta función, el tipo permite establecer un puente o unión entre la parte general y la parte especial del Código Penal como lo afirma (Villavicencio, 2006, pág. 298).

2.1.2.3. Tipicidad y antijuricidad.

a. Ratio cognoscendi y ratio essendi de la antijuricidad

Cuando una acción reúne los requisitos señalados en un tipo legal, se dice que se conforma con el tipo, que es una acción típica. La característica de una acción de adecuarse a un tipo legal constituye la tipicidad (*Tatbestandsmassigkeit*) como lo indica (Hurtado, 2005, pág. 405). A la acción legislativa de elaborar un tipo legal, se le designa con el término tipificar.

En consecuencia, cuando se realiza la conducta descrita en el tipo de una norma prohibitiva (v. gr. matar a otro) se afirma que ella es anti normativa pues la conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma.

Si bien toda relación del tipo es anti normativa no siempre es antijurídica, pues no solo existen normas sino también preceptos permisivos que justifican la conducta típica (v. gr. Matar a otro en legítima defensa, artículo 20, inciso 3, código penal). La antijuricidad es la contradicción de una relación típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto (no solo con una norma aislada).

De esta manera, la tipicidad es sólo un indicio (*ratio cognoscendi*). Una presunción de la antijuricidad de la conducta. El que realiza el tipo viola una norma, pero esto no significa que su conducta sea ya antijurídica.

La antijuricidad de la conducta típica se deduce articulando normas prohibitivas y preceptos permisivos. En consecuencia, tipo y antijuricidad son categorías independientes de la teoría de la imputación. El tipo desempeña una función indiciaria de la antijuricidad (*ratio cognoscendi*), pero no se identifica con ella (*ratio essendi*).

2.1.2.4. Clases de tipo.

Según la posición que adoptan los elementos del tipo, estos se clasifican de diversas maneras:

A. Por la Modalidad de la Acción

a. Los tipos de resultado y los de mera actividad. - Se distinguen porque en los primeros es necesario que a la acción le suceda un resultado “separable espacio-temporalmente de la conducta”. Esta separación témporo-espacial

entre la acción y el resultado (como modificación del mundo externo), no se exige en los tipos de mera actividad pues no se requiere resultado, habida cuenta que el tipo se realiza y consume con la sola actividad del agente.

Ejemplo del tipo de resultado es el homicidio del artículo 106 del Código Penal. Ejemplo del tipo de mera actividad lo tenemos en el allanamiento ilegal a que se refiere el artículo 160 del Código Penal.

Tanto los tipos de resultado como los de mera actividad pueden configurarse como delitos instantáneos, permanentes y de estado, según que de ellos “se tenga un estado antijurídico de cierta duración”.

b. Tipos de acción y de omisión. - Hemos dicho que hay un tipo de acción cuando la realización de una conducta está prohibida. En cambio, existe un tipo penal de omisión cuando el tipo exige intervenir ordenando determinada conducta que la ley considera adecuada a la defensa de determinado bien jurídico. Como se ve, la distinción clásica entre acción y omisión a partir de la modalidad activa o pasiva del comportamiento, por ser naturalístico pre jurídico, se la sustituye por la de carácter normativo a partir de normas prohibitivas y las imperativas.

A su turno, los delitos de omisión pueden ser de omisión propia o pura o de omisión impropia o de comisión por omisión, según estemos ante la hipótesis simple de un no hacer, no obstante, la obligatoriedad nacida de tipo específico como el caso de la omisión de auxilio, del artículo 127 del Código Penal, o que la hipótesis sea la de una inhibición tendente a producir el resultado típico (v.gr., artículo 125).

c. Tipos de medios determinados y resultativos. - Aquí se describe en el tipo de medios determinados el modus operandi del autor cuya voluntad se manifiesta de determinado modo; por ejemplo: robo agravado por el empleo de la violencia, crueldad, empleo de armamento, con abuso de incapacidad física de la víctima, etc., propios del artículo 189.4 del Código Penal. En los tipos resultativos lo que cuenta es el resultado, independientemente del modo; por ejemplo: el homicidio.

d. Tipos de un acto, de pluralidad de actos y alternativos. - En este acápite se tiene un acto cuando el tipo describe una sola acción con la que queda perfeccionada la realización; por ejemplo: hurto en el artículo 185 del Código Penal, en el que con el apoderamiento se agota la exigencia. Tipo con pluralidad de acto describe variados supuestos de hecho concurrentes, para el agotamiento de la exigencia; por ejemplo: robo del artículo 188 del Código Penal en el que el tipo exige para su realización plena, el acto de apoderamiento y el empleo de la violencia o la intimidación, ex ante o ex post al apoderamiento.

En los tipos mixtos, se trata de una figura delictiva que integra diferentes modos mediante cualquiera de los cuales puede realizarse el tipo). Tal es el caso del asesinato. Estos tipos mixtos se subdividen en tipos mixtos acumulativos y tipos mixtos alternativos. Será acumulativo en el que la realización de dos de las "aquellas proposiciones o modalidades de comisión debe dar lugar a la apreciación de dos delitos en concurso". Gil da como ejemplo el de la ocupación violenta de un inmueble con usurpación del mismo. Será tipo mixto alternativo, la comisión única en que consiste el robo con violencia y daño sobre las cosas.

Alicia Gil añade un tipo mixto que denomina de 'conurrencia aparente' para cuando un mismo nomen iuris, una aparente pluralidad de leyes externas esconde una unidad de delito interna al encontrarse las distintas proposiciones no homogéneas y castigadas cada una con su correspondiente pena en una relación de concurso de leyes. El ejemplo que pone la discípula de Cerezo Mir, es el delito de genocidio, “en el que, a pesar de que cada una de las modalidades de comisión tiene asignada una pena diferente, en caso de cometerse varias debe apreciarse un único delito de genocidio”.

B. Por Los Sujetos

- a. **Tipos de dominio del hecho y de infracción de deber.** - Todo tipo describe actos y protagonistas de los mismos –sujeto activo- con la fórmula “el que”, “quien”, etc. Normalmente cualquier persona realiza las conductas que exige el tipo (robar, hurtar, etc.), pero hay casos (tipos) que solo pueden tener por protagonistas ciertos sujetos con cualidades especiales (v.gr. funcionario público, etc.). Cuando el tipo puede realizarlo cualquier persona estamos ante un "tipo común". En cambio, cuando se exige cierta cualidad en el sujeto activo, estamos ante un “tipo especial”.

A su vez, los tipos especiales se subclasifican en especiales propios o impropios. Serán propios cuando el tipo solo puede realizarlo excluyentemente, una persona especialmente calificada; por ejemplo: el tipo de peculado del artículo 387, que solo lo puede realizar un funcionario o servidor público, o el de abuso de autoridad del artículo 376, en el que ocurre lo mismo.

Serán tipos especiales impropios, cuando lo puede realizar cualquiera y además personas especialmente calificadas, en cuyo caso se agrava la consecuencia jurídica. Por ejemplo, tráfico ilícito de drogas agravado por la calidad del agente, artículo 297, inciso 1, si el agente es funcionario o servidor público, encargado de la prevención o investigación de cualquier delito; inciso 2, el agente es educador; inciso 3, el agente es médico, farmacéutico, odontólogo, etc.

- b. **Tipos de mano propia.** - Se trata de un tipo que describe un contacto personal o “realización personal del tipo”, lo que descarta la instrumentalización de un tercero. En la mayor de las veces la conducta descrita es físico corporal, como en el caso de la violación del artículo 170 del Código Penal.
- c. **Tipos de autoría y participación.** - El tipo de autoría presupone la realización personal de la conducta descrita de modo directo (autor) o instrumentalizando a un tercero (autor mediato). Si la realización del tipo se lleva a cabo entre varios, estamos en el supuesto de la coautoría. Los tipos de participación contemplan la inducción o la cooperación con el sujeto activo.

C. Por el Bien Jurídico

- a. **Tipos de lesión.** - Si el tipo exige el menoscabo o daño del bien jurídico protegido se habla de tipos de lesión. Por ejemplo, delito de homicidio del artículo 106 del Código Penal o delito de lesiones del artículo 121 del Código Penal.
- b. **Tipos de peligro.** - El tipo será de peligro cuando se consuma sin necesidad de dañar el bien jurídico, pues basta para su realización, su puesta en peligro. Los tipos de peligro pueden ser abstractos o concretos. Serán de peligro abstracto,

cuando no se exige en la situación específica un peligro específico, lo que ha hecho dudar de si ciertamente se trata de delito de peligro. Se dice incluso que puede tratarse de tipos inconstitucionales pues la 'peligrosidad presunta' no admitiría prueba en contra. Ejemplo de delito de peligro abstracto lo tenemos en el artículo 274 del Código Penal que pune la conducción de vehículo automotor en estado de ebriedad.

- c. El tipo será de peligro concreto cuando la conducta descrita pone en serio y efectivo riesgo el bien jurídico protegido. Se trata pues de delitos de resultado por la proximidad de la lesión como lo indica (Villa, 2008, pág. 213).

2.1.2.5. Elementos del tipo.

a. Elementos Descriptivos

Son aquellos que refieren hechos de la realidad natural, observable o deducible. Su contenido proviene del ámbito del ser en el sentido de las ciencias naturales. Un ejemplo de elemento descriptivo lo tenemos en el verbo “matar” a “otro” del artículo 106 del Código Penal; o 'aborto' del artículo 114 del código Penal. La locución que causase a otro, “el daño en el cuerpo o en la salud” del artículo 121, del Código penal.

b. Elementos Normativos

Son aquellos que comportan una valoración jurídica o sociocultural. concepto típicamente normativo lo tenemos en el de “cónyuge”, “concubino”, del artículo 107 del Código penal, o en el concepto de “ajeno” en el artículo 188 del Código Penal, o en el concepto de documento y falsedad en los artículos 427 y 428 del Código Penal; “funcionario público” (artículo 425): ganancia deshonesto (artículo 180), etc.

Es característica del elemento normativo su “no percepción sensorial y comprobación solo en virtud de una valoración”.

2.1.2.6. El tipo penal objetivo.

Si en la estructura del tipo legal se distinguen un aspecto de índole objetiva y otro de naturaleza subjetiva. Esto no significa que sea el resultado de la suma de ambos. El tipo legal debe ser percibido, por el contrario, como una entidad única, puesto que la acción descrita tiene siempre una dimensión externa y otra interna. Además, los diversos factores que la conforman no pueden ser ubicados con facilidad en uno u otro aspecto: lo subjetivo y lo objetivo del comportamiento humano están estrecha e indisolublemente vinculados. Por lo que resulta casi imposible una división concluyente del tipo legal en una parte objetiva y otra subjetiva.

Como criterio práctico, puede considerarse que pertenecen al tipo objetivo, en particular, todas aquellas referencias que se hacen a lo que se encuentra fuera de la esfera psíquica del agente, a lo que no forma parte de su mundo interno. De esta manera, se subraya que el aspecto objetivo del tipo legal no sólo se refiere a las circunstancias del mundo exterior que pueden ser aprehendidas directamente por la simple observación, sino también a aquellas, por ejemplo, que forman parte de la esfera interna de la víctima (la grave alteración de la conciencia que sufre la persona objeto de una violación presunta: art. 172) o a aquellas cuya apreciación exige una valoración jurídica, ética o social (el ser ajena y mueble la cosa objeto de un hurto: art.185; la obscenidad del objeto del delito de ofensa al pudor público: art.183).

(Hurtado, 2005, pág. 410) indica que sin embargo no hay que olvidar, primero, que las referencias a las circunstancias externas del comportamiento suponen, con frecuencia, tener en cuenta la psiquis del agente (por ejemplo, respecto a la misma

acción: matar, sustraer, defraudar). Segundo, que en algunas oportunidades se menciona de modo directo un fenómeno subjetivo propio a la persona del autor (por ejemplo, la emoción violenta en el homicidio pasional, art. 109) como lo indica (Villa, 2008, pág. 208).

2.1.2.7. Elementos estructurales de la imputación al tipo objetivo.

- a. Los sujetos.** - Para la imputación penal se requiere identificar el ámbito potencial del autor (sujeto activo), y el afectado por el resultado que ocasiona la conducta (sujeto pasivo). La descripción de los elementos exteriores de la conducta prohibida se inicia con las referencias al sujeto activo; éste es una persona humana, quien va a realizar la actividad descrita en el tipo legal como lo señala (Villavicencio, 2006, pág. 304).

La mayor parte de las disposiciones de la parte especial del Código comienzan por la expresión: "el que..." para indicar al autor del delito. En consecuencia, cualquier persona puede obrar como sujeto activo, sin importar el sexo. Para abarcar mejor a las mujeres bien podría emplearse el término "quien", en lugar de "el que" (relativo a las personas de sexo masculino).

El sujeto pasivo es la persona titular del bien jurídico tutelado, puesto en peligro o lesionado por el delito. El sujeto pasivo puede ser tanto una persona física (sea o no imputable) o una persona jurídica, como también lo puede ser la sociedad o el Estado. Por lo común, en el Código Penal, el legislador identifica al sujeto pasivo con las expresiones "a otro' (artículo 106, Código penal) ,"una persona" (artículo 132, Código Penal)" en perjuicio de tercero' (artículo 196, Código penal), entre otras; y en algunos tipos penales se ha especificado su calidad; así por ejemplo: "a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a su cónyuge o

concubino" (artículo 107, Código Penal), "a su hijo" (artículo 110, Código Penal), "una persona de catorce años y menor de dieciocho" (artículo 175 Código Penal), etc. La jurisprudencia nacional, sobre la base del principio de lesividad, establece que la referencia al sujeto pasivo debe entenderse como un elemento integrante del tipo.

Se suele distinguir entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber. Los delitos de dominio (delitos comunes) son aquellos que son cometidos por cualquier persona. Se identifica claramente en los tipos penales, cuando el legislador los señala a través de términos anónimos. En este tipo de delitos al agente no se le exige ninguna especificación al momento de la ejecución de la conducta delictiva. A diferencia de los delitos de dominio, existen otros tipos en los que se exige que la conducta prohibida sólo puede ser ejecutado por ciertas personas que poseen poderes especiales. Estos hechos punibles se denominan delitos de infracción del deber y los requisitos de la autoría que se requieren son consecuencia de la existencia de un deber especial.

- b. **La acción típica.** - El elemento esencial del aspecto objetivo del tipo legal consiste en un acto designado por el verbo principal de la descripción legal (por ejemplo: matar, apoderarse, no prestar ayuda, falsificar). El mismo es a veces precisado aludiendo a sus modalidades (ser ejecutado en territorio nacional, art. 336, 338), los medios utilizados (violencia o intimidación art. 188, astucia o engaño: art. 196), el objeto del delito sobre el que recae la acción (persona art. 106, bien mueble art. 185, documento art. 427) así lo señala (Hurtado, 2005, pág. 413).

Los tipos legales se estructuran en relación a un proceso de abstracción a partir de las conductas de la vida real. La gran variedad de circunstancias (tiempo, medio, lugar, etc.), son sintetizadas por el legislador extrayendo algunas características comunes. Ejemplo: las circunstancias que caracterizan a los homicidios son siempre diferentes, lo común es el "matar a otro" (artículo 106, Código penal). En ciertos casos, la descripción de la conducta es exhaustiva, precisando el objeto de la acción, formas de ejecución, medios utilizados, etc. (estelionato, artículo 197, numeral 4, Código penal).

- c. **Aspectos descriptivos y normativos.** - En la formulación de los tipos penales, el legislador suele utilizar ciertos elementos gráficos (descriptivos) y valorativos (normativos) que pueden caracterizar circunstancias exteriores como de naturaleza psíquica. Los elementos descriptivos son aquellos que el sujeto puede percibir y comprender a través de los sentidos. Estos elementos van a describir objetos o circunstancias pertenecientes al mundo real. En ellos es suficiente una constatación fáctica. Ejemplo: "bien mueble" en los delitos de hurto (artículo 185, Código penal), "mujer" en el delito de aborto no consentido (artículo 116, Código penal). Son identificados a través del lenguaje común o mediante las terminologías jurídicas sin necesidad de recurrir a otras valoraciones para su comprensión.

En los Elementos normativos predominan las valoraciones que no sólo son perceptibles por los sentidos. Para la aprehensión y comprensión de estos elementos se debe realizar un juicio o proceso valorativo y ellos aluden a determinadas realidades derivadas ya sea de una valoración jurídica provenientes de otras ramas del derecho (elementos normativos jurídicos), ejemplo: funcionario o servidor público (artículo 425, Código penal), matrimonio (artículo 139, Código Penal), depositario judicial (artículo 190, segundo párrafo, Código penal), bienes

embargados (artículo 197, numeral 4, Código penal), etc., o de una valoración ético social (elementos normativos ético-sociales), ejemplo: exhibiciones obscenas (artículo 183, Código penal), etc.

- d. **Objeto del delito.** - Se trata de la persona o cosa sobre la cual recae la acción delictuosa. Tratándose de personas, en algunos casos, el objeto del delito es, también, el titular del bien jurídico dañado o puesto en peligro. Por ejemplo, en los delitos contra la vida la acción recae sobre una persona viva, la misma a quien pertenece el derecho a la vida. En otros casos, ambos se distinguen con claridad; por ejemplo: en el hurto, la cosa mueble ajena y la persona que tiene el derecho de propiedad sobre la cosa. Así mismo, en el delito de corrupción de funcionarios, por ejemplo, el magistrado que recibe la propuesta de donativo, promesa o cualquier otra ventaja (art. 398) es el objeto del delito, pero no el titular del bien jurídico (administración pública). De esta manera, el legislador prevé condiciones particulares respecto a la persona que es el objeto del delito. Así, en caso del menor de edad respecto al delito de sustracción de menor (art. 147) o del comerciante acreedor con relación a los delitos de insolvencia fraudulenta (art. 209) tal como lo afirma (Hurtado, 2005, pág. 413).

2.1.2.8. El tipo penal subjetivo.

El aspecto subjetivo del tipo legal está constituido por las referencias al mundo interno del autor utilizadas para describir el acto incriminado. El dolo es su elemento principal y con frecuencia, está acompañado de otros elementos subjetivos (móviles, ánimos, tendencias).

A. El Dolo

(Villavicencio T. F., 2005, pág. 355) citando a Maurach define el dolo como el querer, dominado por el saber, de la realización del tipo objetivo. Por su parte Bacigalupo a su turno nos dice del dolo que, “es el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo”.

Se debate si el dolo requiere conocimiento y voluntad (teoría de la voluntad) o solo conocimiento (teoría de la representación). Si bien es aún dominante la teoría de la voluntad; existen autores que sostienen el dolo sobre la base del conocimiento. Por nuestra parte creemos que, sin prescindir del elemento volitivo, es conveniente fortalecer el análisis del dolo a nivel del elemento cognitivo con los modernos aportes normativos, principalmente para darle más precisión a la configuración del dolo de manera que el intérprete opere con límites que le permitan una precisa identificación, en miras a un derecho penal garantista.

B. Estructura del dolo

Hasta el momento, el dolo precisa de dos elementos: Cognitivo (conocimiento) y volitivo (voluntad):

- a. Elemento cognitivo del dolo. - Se trata del conocimiento que debe tener el agente, de estar realizando todos los elementos del tipo objetivo, tanto los descriptibles perceptibles por los sentidos, como los normativos que exigen una aproximación valorativa, que no tiene que ser exacta, bastando con que sea paralela en la esfera de lo profano.
- b. Este elemento de naturaleza intelectual informa además de las relaciones causales que contiene el tipo, así como el resultado, y los elementos de la

autoría. Es importante anotar que el conocimiento como elemento del dolo, debe ser real y actual, no siendo suficiente un entendimiento potencial. Estamos ante un conocimiento actual cuando el agente sabe que un acto lesiona al bien jurídico. Este conocimiento cabe que sea colateral o de fondo (co-concencial).

- c. **Elemento volitivo del dolo.** - Este elemento del dolo mueve la acción, pues constata la voluntad de ejecutar el acto lesivo del bien jurídico. Se trata de una instancia emocional antes que conativa y en la que se hace presente que el autor quiere el acto así lo ha señalado (Villa, 2008, pág. 249)“la volición presupone una dirección de la voluntad hacia la realización del tipo. La jurisprudencia peruana reconoce mayoritariamente que el dolo está integrado tanto por elementos volitivos como cognitivos:

“Para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como típica, asimismo no basta tener mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario además querer realizarlos" (Ejecutoria superior del 20 de mayo de 1998, Exp. N° 132-98).

“No ha quedado probado que el acusado haya actuado con la conciencia y voluntad de ocasionar un resultado lesivo, es decir, ocasionar la muerte de las agraviadas, no existiendo dolo" (Ejecutoria suprema del 3 de junio de 2004, R,N. N° 517-2004 Arequipa).

2.1.2.9. Clases de dolo.

La determinación de lo que se entiende por voluntad se ha efectuado en doctrina mediante la descripción de los denominados tipos o clases de dolo. Sin embargo, la

terminología utilizada no es uniforme ni tampoco siempre adecuada. Por esto tendremos en cuenta la clasificación tradicional en tres tipos: directo de primer grado, directo de segundo grado (indirecto) y eventual, sin dejar de considerar, por un lado, otros criterios y por otro, que lo esencial es tratar de precisar el fondo de la cuestión como indica (Hurtado, 2005, pág. 457).

a. **Dolo directo de primer grado.** - En el dolo directo de primer grado, la realización del tipo -ya sea del resultado o de la acción delictiva- es precisamente la que el autor persigue. Ejemplo: el que busca matar a otro con disparos de arma de fuego y lo alcanza. En esta clase de dolo predomina el aspecto volitivo; por eso, algunos han considerado denominarlo intención o propósito. En relación al elemento cognitivo, resulta innecesario que el agente tenga un conocimiento seguro de la configuración de los elementos del tipo objetivo, bastando sólo con que tenga una suposición de una posibilidad de resultado. Ejemplo: quien desde una gran distancia y consciente de su inexperiencia en la puntería, dispara con ganas (en el sentido de querer) de matar a otro.

b. **Dolo directo de segundo grado.** - El agente cuando ejecuta un hecho ilícito advierte que, además del resultado que busca generar, se van a producir otros resultados que están vinculados al principal de manera necesaria e inevitable. El sujeto considera que el resultado está acompañado de consecuencias necesarias e inevitables (dolo de consecuencias necesarias). Ejemplo: el que para matar a un funcionario sabe que al colocar el explosivo en la carrocería del vehículo en el que viaja, también matará al chofer y a otro acompañante. Aquí, es dominante el aspecto cognoscitivo del dolo, ya que el sujeto activo no quiere directamente las consecuencias que sabe que se van a ocasionar, pero las admite como necesariamente vinculadas al resultado principal que busca.

c. **Dolo eventual.** - Si bien sobre el concepto del dolo directo de primer grado y de segundo grado existe cierto acuerdo, en relación al contenido del dolo eventual (y su diferencia con la culpa consciente) se han debatido diversas teorías siendo dos las que destacan: teoría del consentimiento y teoría de la probabilidad a decir de (Villavicencio, 2006, pág. 370).

d. **Teoría del consentimiento.** - A partir del aspecto volitivo del dolo, la teoría del consentimiento (del asentimiento, de la voluntad) considera que para calificar al dolo eventual es suficiente que el agente consienta en la posibilidad del resultado, pero en el sentido que lo “apruebe interiormente”.

El autor- decide actuar aun cuando se haya representado, de manera previa, el resultado lesivo como posible y probable; es consciente de dicho resultado y aun así decide ejecutar la conducta. De acuerdo a la conocida fórmula de Frank, existe dolo eventual si el sujeto se dice a sí mismo: "Sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso yo actúo. Por el contrario, no habrá dolo eventual si el agente, luego de representarse el resultado como algo posible y probable, se hubiera abstenido de actuar, entonces estaríamos ante una figura de culpa consciente. Aquí el sujeto se dice: "si yo supiese que ha de tener lugar el resultado delictivo, dejaría enseguida de actuar".

Lo característico entonces del dolo eventual, conforme la teoría del consentimiento, es que el autor prefiere actuar a pesar de la virtualidad del peligro, consiente o aprueba el desenlace tal como señala (Villa, 2008, pág. 252).

e. **Teoría de la probabilidad.** - Por otro lado, tomando como base el aspecto cognoscitivo del dolo, se ha formulado la teoría de la probabilidad (o de la representación) que considera que lo determinante para establecer si estamos ante

el dolo eventual o la culpa consiente es el grado de probabilidad de producción del resultado que el sujeto advierte. Así, habrá dolo eventual cuando el autor en su actuación advierte de muy probable la producción del resultado. Cuando el autor considera lejana la posibilidad que se dé un resultado lesivo, estaremos ante un caso de culpa consiente. No importa que el sujeto esté o no de acuerdo con el resultado, ni que consienta o no con él. Aunque la cuestión es debatida, existirá dolo eventual en el supuesto de una gran probabilidad que se produzca el resultado y culpa consiente cuando para el agente esta posibilidad sea muy lejana.

Las dificultades que presenta esta teoría están en orden a la necesidad de precisar el nivel de la probabilidad, además que prescinde de la voluntad del sujeto respecto al resultado, a pesar que lo que se está por decidir es si ha habido comportamiento doloso.

2.1.3. La Antijuricidad.

Para (Villavicencio, 2006, pág. 529) la Antijuricidad significa "contradicción con el derecho". La conducta típica tiene que ser confrontada con los valores provenientes de todo el ordenamiento jurídico. Sólo producto de la graduación de valores de la antijuricidad, se decide si definitivamente el hecho antijurídico o conforme a derecho, si es que contradice o no al ordenamiento jurídico en su conjunto, este es el sentido de la contradicción con el derecho como así lo afirma (Villavicencio, 2006, pág. 530).

Es antijurídica una conducta típica no justificada por el orden jurídico. Así acción típica, por tanto, será también antijurídica si "una no interviene en favor del autor una causa o fundamento de justificación. Siendo así, vemos que la conducta típica es en principio contraria al derecho -indicio de antijuricidad- restando verificar si en su

favor concurre alguna causa que excluya la antijuridicidad, pues de no concurrir, el hecho será definitivamente antijurídico como parecía serlo antes de hacer esta verificación de carácter negativo (no concurrencia de un permiso). Ejemplo: un sujeto en sus cabales mata a otro, lo que sin duda es un hecho típico y debemos suponer que en general también lo será antijurídico, salvo que concurra una causa de justificación como la legítima defensa.

El vocablo antijuridicidad significa contrariedad al derecho en su conjunto, y es que elemento del delito 'antijuridicidad' no trata de determinar si un comportamiento típico es merecedor de pena, sino que lo que interesa en este punto del examen sistemático es si estuvo de acuerdo con el conjunto del ordenamiento jurídico o no.

Para Welzel, la antijuridicidad implica "un juicio negativo de valor" sobre la conducta típica, precisando que "el sujeto de ese juicio negativo de valor no es un hombre individual (ni siquiera el juez), sino el ordenamiento jurídico como tal".

2.1.3.1. Antijuridicidad formal y antijuridicidad material.

Se entiende por antijuridicidad formal la oposición del acto con la norma prohibitiva o preceptiva, implícita en toda disposición penal que prevé un tipo legal (por ejemplo, "no matar" en relación con el art. 106). Por antijuridicidad material, se comprende, por el contrario, el carácter dañino del acto con respecto al bien jurídico protegido por la norma legal. Este perjuicio al bien jurídico no sólo debe ser comprendido en sentido natural, como producción de un daño a determinado objeto de la acción (por ejemplo, muerte de una persona o daños a una cosa), sino también como contradicción al valor ideal que protege la norma jurídica (ofensas al honor). En este sentido, la antijuridicidad material y la noción de ilicitud se oponen a la antijuridicidad formal, la misma que se reduce a la contradicción del acto con la norma.

El artículo IV del Título Preliminar del Código Penal peruano establece que la pena “precisa necesariamente la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”. Opta, pues, nuestro orden por la tesis de la antijuridicidad unitaria (formal y material), inescindible, de modo que para calificar una conducta de antijuridicidad se requiere que ella reúna los requisitos normativos preceptuados en la norma y que realice el injusto tipificado en él.

2.1.4. La culpabilidad

Una concepción de culpabilidad orientada a limitar al poder penal debe surgir a partir de las garantías del principio de culpabilidad para obtener legitimación democrática. Se trata de una culpabilidad por el hecho y no por la conducta de vida o por el carácter o por el ánimo. Para ello, la doctrina moderna insiste en identificar un aspecto formal y material del concepto de culpabilidad.

El aspecto formal "equivale al conjunto de elementos contemplados como presupuestos subjetivos de la imputación en un sistema de derecho penal históricamente dado" Pero no basta señalar a la culpabilidad como un juicio de reproche, se requiere identificar el contenido de los presupuestos en que se fundamenta, a esto se denomina el aspecto material de la culpabilidad.

Para nosotros, culpabilidad es imputar responsabilidad por un injusto a un individuo en base a una exigibilidad en un ámbito comunicativo, en atención a condicionamientos reconocibles, en una determinada práctica social según (Villavicencio, 2006, pág. 563).

2.1.4.1. Evolución histórica del concepto de culpabilidad.

- a. **Concepción Psicológica.** - La tesis de la culpabilidad del carácter como todas aquellas vinculadas plantea que “en vez de partir del acto para el reproche en que la culpabilidad consiste, hay que partir de la personalidad del agente. Es decir, que el carácter del culpable se generaliza a todo el juicio y se personaliza en él la culpabilidad”.

El punto central de la teoría psicológica de la culpabilidad "es la relación puramente psicológica entre el agente y el resultado de su conducta"

A esta teoría se le acusó de no resolver el problema de la culpa inconsciente, ni resuelve cabalmente el de la imputabilidad como el caso del enajenado mental, o del menor de edad que actúan de modo que es posible relacionarlos psicológicamente con el resultado de su conducta, lo que ha hecho decir a los seguidores de esta teoría que la inimputabilidad causa exclusión de pena, dejando incólume el delito como tal, como lo señala (Villa, 2008, págs. 379 - 380).

- b. **Concepción psicológico-normativa.** - Esta teoría es gestada por E. Von Beling; en este sistema se plantea un puente entre la concepción psicológica y la normativa ya que "después de postular la culpabilidad como parte del tipo subjetivo, la entiende como un reproche que se formula a alguien por no haber actuado de otro modo”.

Es con (Reinhard, 1907) que la teoría se desarrolla, ya que con el concepto de culpabilidad se comprende el dolo y la culpa además de la imputabilidad uniendo todo esto al criterio de la irreprochabilidad en función de las circunstancias concretas en que actuó el agente, ya que una conducta dolosa o imprudente puede ser disculpada, si siendo antijurídica concurren con ella causas de exculpación, lo que da lugar a que el mismo Frank dijera: " y es que si el concepto de culpabilidad se

reduce a la suma de dolo e imprudencia, y si estos consisten solo en la realización consciente o descuidada del resultado, no se explica cómo se podría excluir la culpabilidad mediante el estado de necesidad (disculpante)".

Mediante esta elaboración teórica, se lograron superar las deficiencias de la concepción psicológica. Por ejemplo, a pesar de la presencia del dolo no se admitía la culpabilidad cuando el agente era incapaz u obraba en estado de necesidad que exculpa hecho que es señalado por (Hurtado, 2005, pág. 604).

- c. **Concepción normativa.**- Esta deriva de la teoría psicológico-normativa y aporta un desarrollo superior del concepto normativo de la culpabilidad, haciendo una reformulación de este concepto, merced al aporte de Paul Merkel (1922) y a su discípulo Berg (1927), quienes como el "demostraron dolo y la culpa no eran formas de culpabilidad, entendida esta como juicio de reproche, afirmando que la estructura de dicha categoría era igual tanto para los hechos dolosos como los culposos concebidos como formas de acción".

Según esta concepción, la culpabilidad consiste en un juicio de reproche dirigido contra el autor. El objeto de este reproche es la actitud incorrecta del autor ante las exigencias del orden-jurídico, actitud que se concreta en el hecho típico e ilícito. Esto supone que el agente se haya decidido a actuar violando su deber de conformarse a los mandatos del orden jurídico. En consecuencia, se le juzga negativamente porque, en el caso concreto. Hubiera podido adecuar su voluntad al mandato legal. La evitabilidad subjetiva de la violación del deber jurídico constituye, pues la condición fundamental del juicio de culpabilidad.

2.1.4.2. Culpabilidad: Tendencias actuales.

El estado actual del tema nos lleva a aceptar entonces-y a partir de Welzel, la libertad presunta con la que actúa normalmente el hombre medio y en tal virtud esté es el presupuesto operacional de la culpabilidad del que debemos partir para evadir el criterio metafísico que de momento no conduce a nada por ser empíricamente inmanejable. Este criterio operacional es el normativo.

“La doctrina aún hoy dominante fundamenta por ello el criterio de la culpabilidad no ontológicamente, sino de modo normativo: la idea de libertad individual y de la responsabilidad del hombre adulto con capacidad mental normal es indudable realidad en nuestra conciencia social y moral”.

2.1.4.3. Culpabilidad y derecho penal.

Este carácter relacional que tiene el Derecho penal con la realidad potencia la culpabilidad como uno de sus fundamentales tópicos pues ella da cuenta del comportamiento humano como cuando se está ante el error de tipo, error de prohibición o el culturalmente condicionado; porque la culpabilidad da cuenta del comportamiento frente a hipótesis de inexigibilidad; y porque finalmente estamos frente a un comportamiento humano, clave para la culpabilidad como elemento del delito, cuando el ilícito fue protagonizado por un enfermo mental.

La tesis de la culpabilidad “por el hecho concreto”, que adoptan la dogmática y la legislación alemana y peruana, no podría explicarse al margen del entorno social el que se aprecia y valora el ilícito, ni al margen de la personalidad del autor expresada en dicho ilícito, como ya se ha anotado.

Siendo el ilícito una cuestión de la realidad, el principio de culpabilidad no puede actuar con independencia de ella, y sin darle contenido específico a fórmulas como “reprochabilidad”, “poder en vez de ello”, “exigibilidad”, o “cocalpabilidad”, se puede caer en el retribucionismo inútil o en el abolicionismo a ultranza. Para darle contenido específico a las fórmulas citadas, es imperativo, con el auxilio de las ciencias sociales, determinar los contenidos y acaso algún sistema métrico que facilite su cuantificación a fin de resolver los problemas prácticos que derivan de la valoración subjetiva. (Streng,1984) investigó empíricamente este punto y concluyó que la diversidad de parámetros valorativos del juzgador determina una igual variabilidad en la gradación de la culpabilidad y la consiguiente pena.

2.1.4.4. La imputabilidad.

A la imputabilidad o capacidad de culpabilidad la definimos como el conjunto de cualidades psicológicas y fisiológicas por virtud de las cuales un sujeto conoce la trascendencia interpersonal y social de sus actos. Muñoz Conde nos dice "que, al conjunto de estas facultades psíquicas y físicas mínimas, requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico se le llama imputabilidad".

Es pues, la imputabilidad, el presupuesto de la culpabilidad en el entendido de que, quien adolece de madurez suficiente, o padece grave alteración psicológica no puede ser válidamente señalado como penalmente responsable de sus actos.

Nuestro legislador considera que es suficiente que una de las dos facultades falte para que el agente sea considerado como inimputable. Como ya lo hemos afirmado, dicha falta debe ser la consecuencia de una de las causas enumeradas en la ley y

relacionados con el estado personal del agente como lo indica (Hurtado, 2005, pág. 628).

2.1.4.5. Causas de inimputabilidad.

En la doctrina dominante, las causas de inimputabilidad o las causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad son: la minoría de edad, la anomalía psíquica permanente, el trastorno mental transitorio, la deficiencia mental, la alteración de los sentidos o de la percepción en el sentido sensorial de la palabra.

- a. **La minoría de edad.** - En la actualidad se considera que el menor de edad carece de facultades psicológicas por no haberse desarrollado suficientemente. Cousiño, nos dice al respecto que en la actualidad se piensa que los menores de cierta edad están privados de capacidad penal, esto es, no son imputables, porque no tienen dominio sobre el hecho, a causa del desarrollo incompleto de su psiquis y, por ende, la aptitud para entender cabalmente la acción injusta que llevan a cabo o entendiéndola, de determinarse conforme a dicha comprensión”.

Este punto de vista, desde luego, no es del todo convincente, como entre otras cosas, lo demuestra la variedad de criterios legislativos para la fijación de la edad a partir de la cual el infractor está en condiciones de responder penalmente; al respecto, Solís nos dice: “La experiencia legal contemporánea presenta límites variados que van en algunos casos desde los catorce, quince, dieciséis o dieciocho años de edad. Esta variedad de criterios respecto al límite de edad para considerar menor delincuente, nos muestra su inconsistencia y la paradoja de que una misma persona puede ser catalogada delincuente adulto en un país y en otro ser considerado menor antisocial”.

Debe nuestra legislación optar por un criterio mixto psicobiológico y establecer la inimputabilidad plena para los menores de 15 años de edad y la restringida para los

mayores de 15 años de edad y menores de 18 años, modificando el artículo 22 del Código Penal que apela al criterio psicobiológico y caduco de la imputabilidad restringida entre los 18 y 21 años de edad, criterio caduco que pasa por alto hallazgos recientes en la criminología contemporánea.

- b. **La anomalía psíquica.**- Es la locución empleada por el Código Penal en el inciso 1, artículo 20, que en la psicopatología moderna es usada para referirse a las anormalidades congénitas, qué duda cabe que comprende todo fenómeno o proceso mental que se desvía o diferencia de lo normal rebasando claramente los límites del objeto propio de la Psicología, en sentido estricto"(tr20) y que además considera que los pacientes pueden enfermarse por trastornos en las relaciones humanas, "igual que por causas metabólicas, genéticas, constitucionales o de otro tipo físico".

Hecho el comentario general sobre la locución elegida por el legislador peruano, entendemos que bajo la expresión 'anomalía psíquica', como causa de inimputabilidad contenido en el inciso 1 del glosado artículo 20 del Código Penal, debemos comprender todas las enfermedades mentales, desórdenes, trastornos, permanentes o transitorios, cuya gravedad afecta de tal modo el sistema nervioso y el comportamiento del que las padece, que dificulta su sentido de la realidad, su capacidad de ajuste adaptivo racional al medio ambiente y en consecuencia el dominio sobre la o las conductas de que es protagonista. Las enfermedades mentales compatibles con la inimputabilidad entonces, no son todas, sino aquellas que atacan indiscutiblemente la culpabilidad del mayor de edad agente de un injusto penal, por la gravedad de sus manifestaciones patológicas en los ámbitos cognitivo, afectivo y conativo.

- c. **La grave alteración de la conciencia.** - La grave alteración de la conciencia acarrea inimputabilidad cuando comprende una suerte de perturbación cognitiva que hace que el actor pierda su capacidad intelectual de percatarse del carácter delictuoso de sus actos. Esta naturalmente se deriva de un evento emocional importante en el sujeto, ocasionado por un estímulo cualquiera.

La grave alteración de la conciencia no tiene un origen patológico. Su origen puede residir, por ejemplo, en los estados intermedios de ebriedad, en una profunda fatiga o en la hipnosis. Se trata, sin embargo, de trastornos de la conciencia que sobrepasan el límite de lo normal.

Las estructuras psíquicas del individuo son trastocadas y sus instancias de control del todo alteradas. Es el caso, por ejemplo, de las formas intensas de estados hipnóticos o post hipnóticos, pasionales (odio, celos) o crepusculares no patológicos. El legislador emplea con justeza la expresión "grave alteración de la conciencia" y no la de "ausencia total de conciencia", pues en este último caso simplemente no hay acción por no existir voluntad.

- d. **La grave alteración de la percepción.** - Esta causa de la incapacidad de culpabilidad, no prevista en el Código de 1924, afecta gravemente la concepción que tiene el agente de la realidad. El término percepción proviene del verbo "percibir", que significa recibir por mediación de los sentidos las impresiones exteriores. así, la "percepción" es la sensación correspondiente a la impresión material de los sentidos. De este modo, la persona comprende o conoce la realidad, esto es, llega a hacerse una idea (un concepto) de la realidad mediante el entendimiento.

Las alteraciones de la percepción resultan, por consiguiente, de la carencia o imperfección de los sentidos. Estas deficiencias impiden, si no son compensadas por

una instrucción y educación adecuadas, que la persona tenga una idea correcta de la realidad. Ello genera que se encuentre incapacitada para comprender la significación social y jurídica de sus actos o para determinarse de conformidad con tal comprensión.

Es el caso, por ejemplo, de una persona sordomuda no educada que puede ser comparada a un débil mental por no haber desarrollado normalmente su inteligencia. Pero, aunque dicha persona haya sido educada, subsisten graves deficiencias mentales que: pueden en efecto tener un origen patológico (enfermedad mental).

En resumen, en la perspectiva de la ley, hay que distinguir tres niveles: primero, la existencia de una alteración de la percepción; segundo, la afectación grave del concepto de la realidad; y, tercero, la falta de la capacidad de comprender el carácter ilícito del acto o de determinarse como lo indica (Hurtado, 2005, págs. 632 - 634).

2.1.5. Delitos culposos.

Como ya lo hemos señalado, en el art. 11 se considera que los delitos y las faltas pueden estar constituidos por acciones u omisiones tanto dolosas como culposas. De esta manera, se consideran las formas tradicionales de infracciones penales: por un lado, las cometidas mediante la ejecución o la omisión de una acción y, por otro, desde una perspectiva subjetiva las realizadas con dolo o culpa.

2.1.5.1. Evolución legislativa.

A diferencia del Código de 1924, el de 1991 no contiene disposición alguna en la que se defina de manera general el delito culposo. Siguiendo el modelo suizo, en el art. 82, pf. 2, del CP derogado. Se disponía que "comete delito por negligencia, el que, por una imprevisión culpable, obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las

consecuencias de su acto. La imprevisión es culpable cuando el autor del acto no ha hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal".

En cuanto a la elaboración de los tipos legales culposos, el legislador ha continuado empleando el llamado "simple tipo causal". Por ejemplo, en el art. 111 se describe el homicidio culposo diciendo "el que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona...". Los cambios de terminología con respecto al art. 156 del CP de 1924 ("el que por negligencia causare la muerte de una persona...") no tienen mayor importancia, puesto que la "negligencia" ha sido siempre entendida como sinónimo de culpa y que "ocasionar" no significa otra cosa que "causar". Siempre se trata de "causar", mediante un comportamiento culposo (activo u omisivo), el resultado o la acción penalmente relevante.

Esta técnica legislativa ha hecho dudar sobre la conformidad de los tipos legales culposos con el principio de la legalidad, pues serían tipos legales abiertos que el juez debe completar. Esta objeción, no obstante, pierde fuerza si se admite que el tipo objetivo de los delitos culposos es, en buena cuenta, el mismo que el de los delitos dolosos. Es decir, las circunstancias que fundamentan la realización del tipo objetivo del delito de homicidio simple doloso (art. 106) son las mismas que las del art.111; la diferencia está en el tipo subjetivo. La acción en el homicidio simple (matar una persona) está más delimitada que en el caso del homicidio culposo, respecto al cual sólo se hace referencia a que se cause la muerte de la víctima. Así, la coincidencia de la voluntad de cometer un acto y la de realizar el delito permite circunscribir mejor los comportamientos que deben ser calificados de homicidio doloso. Por el contrario, en caso de culpa la determinación de los comportamientos típicos depende en mayor medida de criterios de valor que, recurriendo a toda la fuerza creadora de la

interpretación, el juez debe tener en cuenta. El aspecto más relevante es el de calificar el comportamiento de imprudente.

2.1.5.2. Sistemática de los delitos culposos.

Conforme a la teoría del delito, el delito culposo está constituido, como el doloso, por la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. En razón de las características específicas de la acción culposa, el contenido de cada una de estas categorías es determinado de una manera particular. Las diferencias con los delitos dolosos son, como es lógico, más marcadas respecto a la tipicidad; pero menos en cuanto a la antijuricidad o a la culpabilidad.

Al igual que los delitos dolosos, los culposos pueden ser cometidos tanto por comisión como por omisión. En consecuencia, hay que subrayar que el delito culposo no es un delito de omisión, como a veces se ha deducido del papel destacado que juega la violación del deber de cuidado, la misma que constituye una omisión de las precauciones necesarias para evitar el resultado perjudicial. De acuerdo con la regulación legal, la tentativa y la participación criminal en los Delitos culposos no son posibles, puesto que en estos casos es indispensable una resolución delictiva que no existe en caso de culpa.

2.1.5.3. Delitos de comisión culposa.

1º Tipo legal objetivo. - A pesar de que el comportamiento culposo cuenta con un aspecto externo y otro interno, la tipicidad de la infracción culposa no puede ser concebida siempre, como en el caso de la acción dolosa, distinguiendo entre tipo legal objetivo y tipo legal subjetivo. El contenido de la voluntad, alcanzar un objetivo ilícito en el caso del delito doloso, carece en principio de relevancia penal en cuanto

al delito culposo. Sin embargo, la cuestión se plantea, sobre todo, respecto a la culpa consciente. La tipicidad y, por lo tanto, los contenidos ilícitos de la culpa deben ser analizados de manera diferente.

a. **Autor.** - De la misma manera que en los tipos legales dolosos, cualquier persona puede ser el autor de un delito culposo, salvo que la ley disponga que el agente reúna una calidad especial (delitos especiales culposos). Por ejemplo, el funcionario o servidor público que ocasiona, mediante culpa, que un tercero sustraiga caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo (art.387, pf. 3).

b. **Acción típica.** - De acuerdo con la índole del comportamiento, los delitos culposos pueden ser de comisión y de omisión, así como de pura actividad o de resultado. Estos últimos son los que con mayor frecuencia se han previsto en la ley. En cuanto a los primeros, basta la realización del comportamiento y por lo tanto, no hay que comprobar la existencia de un resultado (daños o puesta en peligro concreto de un bien jurídico). Para determinar la relación de causalidad deben aplicarse los mismos criterios empleados con relación a los delitos dolosos. Así mismo, se aplicarán los criterios referentes a la imputación objetiva. Al respecto no hay que olvidar, por un lado, que tanto en la jurisprudencia y en la doctrina comparada se ha invocado con frecuencia la denominada causalidad adecuada y por otro, que este criterio se encuentra en la base de la concepción de la imputación objetiva. Además, como lo venimos de señalar, la adecuación de la acción del agente a un tipo legal culposo consiste, en buena medida, en la comprobación de los criterios referentes a la imputación objetiva; los mismos que son similares a los empleados para saber si el autor ha violado el deber de cuidado.

La causalidad es siempre la condición imprescindible para plantearse la cuestión de la imputación objetiva.

c. **Peligro no permitido.** - Las normas implícitas a los tipos legales culposos prohíben la realización de comportamientos que creen o aumenten un peligro para los bienes jurídicos protegidos. Por ejemplo, el tipo legal del homicidio culposo (art. 111) supone la prohibición de realizar comportamientos peligrosos para la vida de las personas. Esta prohibición implica que el perjuicio que comporta el peligro sea previsible y evitable.

Para acatar la prohibición de ejecutar acciones peligrosas, quien se proponga pasar al acto debe informarse antes y reflexionar de manera debida. Así mismo, debe preguntarse si es capaz de comportarse sin dañar a terceros o si tiene la formación debida para emprender la acción peligrosa. En caso de falta de información o de capacidad para llevar a cabo la acción riesgosa, el agente debe abstenerse para que no se le reproche el haber actuado con culpa.

2º Tipo legal subjetivo. - En la medida en que se procede al análisis de todos los aspectos subjetivos del comportamiento en el nivel de la culpabilidad (orden de tener cuidado y prever el perjuicio respecto a la persona del autor), se niega la existencia o, al menos, la necesidad práctica de considerar la presencia de un tipo legal subjetivo en los delitos imprudentes.

Si se tiene en cuenta la delimitación hecha entre culpa con representación (consciente) y culpa sin representación (inconsciente), hay que preguntarse si ello no implica matizar la afirmación de que no es posible concebir el tipo subjetivo en los delitos culposos. Tratándose de la culpa sin representación, resulta imposible hacerlo porque el agente no se ha representado los presupuestos del tipo objetivo. Respecto

a los ejemplos dados, es lo que sucede cuando el chofer ni siquiera percibe la luz roja del semáforo y el ama de casa olvida apagar la cocina. Por el contrario, tratándose de la culpa con representación, el agente debe ser consciente de todas las circunstancias que hacen de su acción un comportamiento peligroso no permitido. De esta manera, él se representa la posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido; es decir, es consciente de las circunstancias previstas en el tipo legal objetivo. En esto reside, en efecto, su semejanza con el dolo eventual.

2.1.5.4. Individualización de la determinación de la culpa.

Según la opinión dominante en doctrina, el análisis para determinar si el tipo legal culposo debe hacerse de acuerdo a criterios objetivos.

Con esta finalidad, sólo se tendrá en cuenta la capacidad de una persona promedio; modelo que es elaborado considerando los criterios objetivos empleados para determinar el peligro permitido. Este prototipo de persona cuidadosa, prudente, debe ser caracterizada en relación con el grupo social o profesional al que pertenece el agente. La capacidad, formación y habilidad individuales para respetar dichas exigencias generales servirán, por el contrario, para constatar su culpabilidad. Los juristas, aún minoritarios, que rechazan este criterio, afirman que este supone un desconocimiento de la realidad. En su opinión, es injusto, en caso de una persona calificada o con conocimientos especiales, exigirle que se comporte sólo de acuerdo con el modelo medio, es decir, que no haga uso de su capacidad personal particular.

- a) **Culpa con representación y culpa sin representación.** - En la medida en que la expresión culpa inconsciente pueda dar a comprender que existe una "culpabilidad inconsciente", es preferible hablar de culpa con o sin representación. La importancia de este mínimo problema de terminología no debe ser exagerada.

Lo decisivo es que se comprenda que la consciencia o la representación conciernen a la realización del tipo legal.

En la culpa sin representación, el agente, en el momento de realizar la acción peligrosa no permitida, no se da cuenta que así puede realizar un tipo legal (matar o lesionar una persona, art. 111 y 124, respectivamente). El autor denota una falta de atención para no crear o no aumentar el peligro. A pesar de conocer las circunstancias en que realiza su acción no percibe que es posible perjudicar bienes jurídicos de terceros. Por ejemplo, el chofer distraído que sobrepasa el límite de velocidad y no percibe la luz roja del semáforo atropellando a un peatón que cruzaba la calzada; o el ama de casa que olvida apagar la cocina y produce un incendio en el que resulta lesionado su marido.

Por el contrario, la culpa con representación supone que el agente, a pesar de que se da cuenta de que mediante su acción peligrosa puede dañar a un tercero, subestima esta posibilidad y piensa poder evitar su realización. No basta que él hubiera debido ser consciente de esta eventualidad, es indispensable que se la represente realmente. Al no tener en cuenta el peligro que crea o aumenta, el agente muestra una voluntad deficiente que le impide abstenerse o no le permite tomar las precauciones necesarias para excluir las consecuencias negativas de su obrar.

La diferencia entre estas formas de culpa no supone consecuencias esenciales respecto a la estructura del delito culposo. En sí mismas, dichas formas de culpa no implican distinciones de grado en cuanto a la ilicitud o a la culpabilidad.

b) **Ilícitud.** - En principio, todas las causas de justificación entran en consideración en el análisis de los delitos culposos. Sin embargo, se plantean

algunos problemas específicos. Cuando la acción peligrosa tiene lugar en el contexto de una situación de necesidad (en sentido amplio), hay que considerar más bien la falta de tipicidad, en razón de que, tratándose de una situación excepcional, el comportamiento resulta conforme al riesgo permitido, en la medida en que éste es definido con mayor amplitud.

La consideración de la legítima defensa como causa de justificación exige, en el ámbito de los delitos dolosos, que quien ejerza la defensa actúe consciente y voluntariamente contra el autor de la agresión ilícita. En el marco de los delitos culposos, por definición tal situación no puede presentarse, puesto que el agente actúa sin voluntad de causar el resultado y en el caso de la culpa sin representación, sin consciencia del mismo. Sin embargo, es posible imaginar supuestos en los que un actuar culposo sea justificado por la legítima defensa.

Por ejemplo, la persona que es atacada por un ladrón, puede, con la intención de impedir de ser despojada de su maletín, utilizar un arma de fuego como arma contundente, es decir, sin intención de disparar. En este caso, el acto doloso cometido para defenderse (lesiones en agravio del agresor) está justificado en la medida en que reúne los requisitos de la legítima defensa, en particular, la racionalidad del medio de defensa empleado (arma contundente). Pues bien, si en estas circunstancias, debido a un descuido de quien se defiende, se dispara el arma y el agresor resulta lesionado, cabe afirmar que esta acción culposa será también justificada. La misma conclusión hay que admitir, por ejemplo, cuando, siendo posible la legítima defensa, se lesiona a una persona a consecuencia de un disparo de advertencia, tirado de manera imprudente al aire por quien se defiende. Si bien respecto a estos aspectos existe un amplio acuerdo, se discute mucho, por el contrario, sobre si es necesario que concurra el aspecto subjetivo de la legítima

defensa. En las dos hipótesis planteadas, el agente debe saber, al menos, que actúa en circunstancias en las que puede ejercer su derecho de defensa.

c) **Culpabilidad.** - En razón de que la culpa no es más considerada como una forma de culpabilidad, sino como una forma de delito junto a la dolosa, por un lado, las explicaciones dadas referentes a los delitos dolosos son también válidas respecto a las imprudentes y por otro, la constatación de la culpabilidad debe hacerse también de la misma manera. Primero, se debe comprobar la capacidad penal del agente; luego, si éste ha actuado o no bajo la influencia de un error de prohibición; y, por último, si no lo ha hecho en condiciones que no permitan exigirle un comportamiento diferente al que ha cometido.

El agente, en el momento de actuar, debe ser capaz de comprender el carácter ilícito de su acción y de determinarse de acuerdo con esta apreciación. Así mismo, debe de tenerse en cuenta si su capacidad de culpabilidad no estuvo restringida. Sin embargo, no hay que olvidar que quien ya no es capaz, por ejemplo, de conducir conforme a las reglas de la circulación, debe abstenerse de hacerlo si se da cuenta que puede lesionar bienes jurídicos de terceros. Si no lo hace, como ya lo hemos indicado, puede imputársele una culpa que, en este caso, consistiría en el hecho de haber emprendido la acción en esas condiciones (culpa por asunción).

Igual que en los delitos dolosos, en los culposos el agente debe haber tenido la posibilidad de conocer el carácter ilícito de su comportamiento. En el caso de la culpa inconsciente, sin embargo, resulta complicado admitir la posibilidad de que el autor conozca el carácter ilícito de su conducta, porque éste no se representa la posibilidad de producir el tipo legal. Por el contrario, en la culpa consciente, el autor puede deducir de la representación que tiene de causar un perjuicio a

terceros, el carácter ilícito de su comportamiento. Si el agente actúa, a pesar de conocer esta circunstancia y estimando por equivocación tener el derecho de hacerlo por estar amparado por una causa de justificación, habrá incurrido en error de prohibición. En este ámbito, es necesario considerar que un error sobre el carácter prohibido del peligro creado o aumentado es posible, con cierta frecuencia, debido al desconocimiento de las normas de las que se deduce tal prohibición.

Entre las circunstancias de exculpación, los casos más frecuentes pueden ser los referentes a la no exigibilidad de otra conducta que deben ser analizados teniendo en cuenta los intereses en conflicto. En estos casos, el interés que condiciona el comportamiento del autor culposo debe ser más importante que el que va dañar. Las semejanzas con los delitos de omisión (en la medida en que la culpa implica la omisión de medidas de precaución) permiten explicar que los criterios para admitir la no exigibilidad de otra conducta sean menos estrictos que los aplicados con relación a los delitos de comisión dolosos. La menor intensidad del carácter ilícito de los primeros es un factor decisivo para que se exculpe al responsable.

d) **Tipos legales ampliados.** - En la medida en que la tentativa es concebida como el hecho de tratar, con intención, de realizar un delito y no consumarlo (art. 16), resulta imposible admitirla de lege ferenda en los casos de delitos culposos. La represión de la acción culposa supone, siempre, la realización completa del tipo legal, sin importar que se trate de un delito de lesión o de peligro. De la realización del resultado y de su importancia depende también la severidad de la pena prevista en la disposición legal.

Si se tienen en cuenta los criterios elaborados sobre la participación delictuosa en los delitos dolosos, ésta no es imaginable respecto a los delitos culposos, puesto que las diferentes formas de participación suponen que tanto el autor como los partícipes actúen con dolo. Así, si en el caso de la coautoría es indispensable que los coautores actúen de común acuerdo, espontáneo o premeditado, para ejecutar el delito, es imposible concebir, por ejemplo, que dos o más personas se pongan de acuerdo para causar, mediante imprudencia, la muerte de una persona (homicidio culposo). Tampoco se puede imaginar que el autor- mediato busque hacer ejecutar de manera negligente un delito mediante un tercero ("instrumento").

En cuanto a la instigación y la complicidad, la imposibilidad de admitirlas en lo referente a la culpa la establece la misma ley. Los art. 24 y 25 prevén de manera expresa que el instigador y el cómplice actúen con dolo. El instigador sólo puede hacer nacer la idea criminal en el instigado mediante actos dirigidos a alcanzar este objetivo, así lo establece expresamente el art. 24 ("el que, dolosamente, determina a otro..."). Lo mismo sucede respecto tanto al cómplice primario como al secundario, conforme al art. 25. Ambos deben, con dolo colaborar con el autor principal (art.25). En la práctica, se puede imaginar que alguien, por imprudencia, haga nacer en un tercero la idea de cometer una infracción; por ejemplo, alabando ante una persona bastante influenciable el hecho de conducir a gran velocidad bajo el dominio del alcohol. Comportamiento que es cometido por esta persona, ocasión en la cual atropella un peatón. También se puede pensar que alguien, de manera negligente, realice un acto (dejar un explosivo al alcance de niños) que constituya una contribución material a la producción de un resultado perjudicial (lesiones causadas a terceros por los niños que manipulan el explosivo en

cuestión). En estos casos, en que no se ha proyectado la ejecución del delito, no es factible admitir que se ha inducido al autor material o colaborado con él. La responsabilidad de quien glorifica un comportamiento peligroso o produce una de las condiciones de la realización del resultado perjudicial será determinada individualmente a título de culpa y de acuerdo con el grado de su culpabilidad"

2.1.6. Delitos de peligro.

En los últimos años, los cambios sociales, económicos y los avances de la ciencia y técnica han modificado a fondo las condiciones de vida; lo que ha hecho necesario perfeccionar la protección de los bienes jurídicos y completarla en relación con las nuevas tendencias de las personas y de la comunidad. Así, la legislación penal se ha desarrollado y los criterios dogmáticos han sido renovados para hacer frente con eficacia a nuevas formas de delincuencia. Un buen ejemplo de lo que se dice es la evolución y el nivel que ha adquirido el denominado derecho penal económico. Los nuevos intereses a los que habría que conceder protección penal, serían, por ejemplo, los referidos al medio ambiente, al patrimonio genético, a la informática, al mercado de valores, a los derechos de los consumidores, etc.

Las primeras dificultades dogmáticas que se advierten cuando se pretende abordar el análisis de la relación que debe existir entre el principio de la lesividad y estos intereses supraindividuales, conciernen a la determinación de qué significa perjudicar un bien jurídico. Es evidente que, teniendo en cuenta la noción asumida de éste, no se trata de dañarlo en sentido natural, materialmente. La situación es clara en relación con los delitos de lesión en los que el bien jurídico es perjudicado en la medida en que el autor daña el objeto del delito (produce el resultado típico, por ejemplo, matar a una persona según el art. 106). Las dudas se presentan respecto a los delitos de peligro y, aún más,

en los llamados delitos de peligro abstracto. También se dan con relación a los delitos de omisión propia en los que se reprimiría la simple violación de un deber de actuar.

2.1.6.1. Noción de peligro.

Mucho se ha discutido sobre la manera de concebir el peligro o la situación de peligro. En el lenguaje común, se entiende por peligro el "riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal" y por situación de peligro aquella que "aumenta la inminencia del daño". En oposición a esta percepción objetiva, se percibe el peligro como el temor que tiene la persona concernida de que se produzca el daño que lo amenaza. Esta diferencia de perspectivas también se ha dado en el ámbito del derecho penal, en el cual además existen diversas maneras de definirlo en función de la categoría jurídica aplicada (por ejemplo, imputación objetiva, tentativa).

Si se observa la evolución de la noción de peligro, se constata que la preferencia ha sido dada a la percepción objetiva de éste, es decir, en tanto hecho real, apreciado de acuerdo a la experiencia y sin consideración de las impresiones personales de la persona concernida. Desde esta perspectiva predominante, la manera como se explica la noción general de peligro y los diferentes problemas relativos a los delitos de este carácter se encuentra muy influenciada por la dogmática alemana, aun condicionada por los criterios establecidos por Binding. De acuerdo con su teoría sobre las normas, este autor distinguió tres clases de infracciones: delitos de lesión relativos a las prohibiciones de lesión (Verletzungsanbote), delitos de peligro relacionados con las prohibiciones de peligro (GeJtihrlungsuerbote) y delitos de desobediencia referidos a las simples prohibiciones (Verboten). De ellas, sólo consideró a las dos primeras como comportamientos que afectan bienes jurídicos; opinión que se comprende si se

tiene en cuenta que este autor definía al bien jurídico (concebido desde una perspectiva material) y al peligro de manera bastante restringida.

La noción de peligro no es única en derecho penal. Su contenido, amplitud y determinación están relacionadas con el ámbito en que es aplicada: tentativa, legítima defensa o estado de necesidad, delitos culposos, etc. Merece especial mención el criterio del riesgo permitido por ser utilizado, con relativa frecuencia, como límite para afirmar o negar la existencia del riesgo. Si bien este criterio es útil para delimitar las condiciones que permiten imputar objetivamente un perjuicio al autor de un acto o precisar si éste ha obrado con culpa, no es suficiente para precisar la noción de peligro, puesto que el grado de probabilidad necesario para que el mismo exista, está en relación con la índole dañina de la infracción y con el momento en el que, mediante la interpretación teleológica, se busca verificar si el acto es esencialmente perjudicial para el interés protegido. El peligro es determinado en relación directa con el comportamiento concreto (singular), mientras que constatar si se ha superado el riesgo permitido requiere un juicio de valor sobre la índole general del comportamiento.

Concebido el peligro como una relación de probabilidad entre un acto y un perjuicio futuro (en la que el factor probabilidad es variable), hay que admitir que se trata de una noción normativa, en el sentido de que sus diversas acepciones están determinadas por cada uno de los preceptos (de la parte general o especial del Código), en los que se le asigna un papel diferente.

Por ejemplo, en relación con los tipos legales el peligro puede aparecer como un presupuesto del delito (art. 452, inc. 4), como calificativo del comportamiento (art. 451, inc. 1), atributo del objeto del delito (art. 282) o como resultado del delito (art.

282). Sin embargo, en la interpretación y en la aplicación deben considerarse, de manera particular, además de la función atribuida al peligro, los criterios constitucionales de la prevención de la proporcionalidad de la represión penal.

2.1.6.2. Clases de delitos de peligro.

1º Peligro concreto. - Tradicionalmente se considera como delito de peligro concreto la infracción definida en el tipo legal constituida por una acción que produce una situación real y efectiva de riesgo para el bien jurídico.

Esta última es, en consecuencia, el resultado (elemento constitutivo del tipo legal objetivo). En efecto, al igual que ocurre con los delitos de lesión, en los delitos de peligro concreto el tipo legal prevé, como elemento constitutivo de la infracción, una modificación del mundo exterior física y cronológicamente, diferente de la acción incriminada.

Por eso, la cuestión de la causalidad y de la imputación objetiva se plantea de la misma manera que con relación a los delitos de lesión. Sin embargo, a diferencia de éstos, en donde el objeto del delito (cosa, persona, etc.) es directamente afectado por el quehacer delictuoso, en los delitos de peligro concreto dicha modificación sólo consiste en la creación de una situación que puede dar lugar a un perjuicio respecto al objeto del delito.

2º Peligro abstracto. - El denominado delito de peligro abstracto, a diferencia del delito de peligro concreto, no supone alteración alguna del mundo exterior diferente e independiente de la acción en que consiste. Por lo tanto, se consuma con la realización de la acción reprimida por peligrosa. El peligro, así visto, aparecería como la ratio que ha motivado al legislador para incriminar la conducta.

El legislador, con base en los conocimientos adquiridos por la experiencia y las ciencias, comprueba la existencia de comportamientos riesgosos para los bienes jurídicos. Esta constatación lo lleva a prohibir dichas acciones sin que sea necesario verificar si el peligro se ha dado efectivamente, ya que lo que se pretende es bloquear su fuente (la realización de comportamientos como el descrito en el tipo legal). Se trata, pues, de un peligro general y difuso, y no de uno efectivo y real, propio de los delitos de peligro concreto.

Debido a que su ejecución no implica perturbación real de un bien jurídico, los delitos de peligro abstracto sólo serían infracciones de desobediencia y, en consecuencia, delitos de pura actividad. Esta manera de entender los delitos de peligro abstracto, no obstante, olvida que también los hechos punibles de pura actividad son comportamientos que deben ser reprimidos en la medida en que afectan bienes jurídicos. Dicho de otra manera, si bien la finalidad de los delitos de peligro abstracto consiste en ampliar la intervención del derecho penal para proteger con más eficacia ciertos bienes jurídicos, ello no significa que haya que acudir a los delitos de esta clase para reprimir comportamientos inofensivos, en donde no se respeta del todo el principio de la lesividad. Sin embargo, hay que considerar así mismo que frente a las nuevas necesidades de protección penal se dan casos en los que los intereses a salvaguardar (medio ambiente, economía nacional, mercado de valores, etc.) no pueden ser afectados en el sentido aceptado desde hace tiempo. Por esta razón, el hecho típico sólo puede concebirse como la violación de obligaciones jurídicas; sin tenerlas en cuenta, no podría determinarse cuáles son los comportamientos ilícitos.

3º Peligro colectivo: concreto y abstracto. - El peligro colectivo, en oposición al peligro individual, fue concebido inicialmente como fuente de posibles daños en detrimento de las personas y capaz de extenderse de manera incontrolada e

indeterminada. El número de personas a las que concernieron estos riesgos, fue considerado, en un primer momento, sin importancia en la medida en que lo decisivo era el hecho de su indeterminación. En este sentido, se entendía que era suficiente que una sola persona imprecisa fuera puesta en peligro. En la actualidad, un buen sector de la doctrina considera que debe tratarse de un número elevado de éstas. El peligro colectivo se presenta igualmente, sea como peligro concreto o como abstracto.

Un aspecto importante del peligro colectivo se refiere al bien jurídico, va que, si bien los delitos de peligro de este carácter constituyen también barreras de protección de los bienes jurídicos individuales, esta protección se efectúa garantizando la permanencia de bienes jurídicos denominados colectivos. Por ejemplo, el delito de incendio (art.273) es reprimido con la finalidad de proteger la seguridad pública, aunque implica también la protección, en segundo plano, de la vida, salud y patrimonio de las personas. Lo mismo se puede afirmar respecto a la protección del medio ambiente: la represión del delito de contaminación del agua o del aire (art. 304) se orienta a preservar las buenas condiciones naturales para que las personas se desarrollen normalmente en él. Sin embargo, la dificultad está en precisar en qué consisten cada uno de los bienes jurídicos colectivos.

En esta perspectiva existe una relación entre la manera de concebir el peligro colectivo y la de percibir el bien jurídico de éste género. Esta relación se encuentra condicionada por la manera como ha sido regulado cada uno de los delitos considerados de peligro colectivo. En todo caso, teniendo en cuenta que el peligro es una relación de probabilidad de un resultado incierto entre la acción y el futuro perjuicio, hay que considerar que la valoración de los actos incriminados por su

índole riesgosa implica siempre una cierta abstracción de la realidad, la misma que debe estar acompañada de algún componente de concreción.

2.1.6.3. Clasificación de los delitos.

a. Delitos de Resultado y de Actividad

(Wessels, 2018, pág. 15/16), señala que se debe distinguir entre delitos de resultado y delitos de mera actividad atendiendo a la relación entre acción y resultado.

1° Para los delitos de resultado, como por ejemplo el homicidio, se exige en el tipo legal la producción de un resultado de la acción en el mundo exterior, de modo tal que tiene que buscarse la relación causal entre acción y resultado.

2° Por el contrario, los delitos de mera actividad no requieren ningún resultado en el mundo exterior; su tipo de injusto se cumple ya mediante la actividad descrita en la ley.

b. Delitos de Lesión y delitos de peligro

(Wessels, 2018, pág. 17), La clasificación entre delitos de lesión y delitos de peligro se orienta por la gravedad del perjuicio para el objeto de la acción del afectado.

1° Al tipo de los delitos de lesión pertenece un daño al objeto de la acción, lo que significa un daño real en los bienes jurídicos.

2° Por el contrario, en los delitos de peligro basta la producción de una situación de peligro para el objeto de protección previsto en el tipo. A su vez se distingue entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto:

- Los delitos de peligro concreto se basan en la consideración de que un comportamiento antijurídico puede ser peligroso para el objeto protegido y es

merecedor de pena en tanto el peligro se presente de forma concreta en un caso individual, o sea, cuando el autor produce una situación en la que la traducción del peligro en un daño solo dependa del azar. En ese sentido, los delitos de peligro concreto son delitos de resultado y, por eso, la producción del peligro concreto, en tanto requisito para la sanción, tiene que ser verificada por el juez.

- Los delitos de peligro abstracto se basan, por el contrario, en la presunción legal de que determinados comportamientos son generalmente peligrosos para el objeto de protección. Aquí la peligrosidad de la acción no es un elemento del tipo, sino solo el motivo del legislador respecto a la existencia del precepto, de modo tal que, por regla, el juez no tiene que probar que en el caso concreto se haya producido o no un peligro.

Como un sub grupo de los delitos de peligro abstracto se tiene a los denominados “**delitos de peligro potencial**” en los que, si bien no se produce ningún peligro concreto, la acción tiene que ser por lo menos idónea para la producción de un concreto peligro. En ese sentido, se habla también de **delitos de aptitud** o de **delitos de peligro abstracto-concretos**.

c. **Delitos Permanentes y delitos de estado**

Siguiendo a (Wessels, 2018, pág. 18), la mera producción de un estado antijurídico, de un lado y su mantenimiento voluntario, por otro, constituyen puntos esenciales para la distinción entre delitos de estado y delitos permanentes:

1° En los delitos permanentes el mantenimiento del estado antijurídico depende de la voluntad del autor, de modo que no sólo su producción, sino también su mantenimiento posterior realiza el tipo legal. El hecho punible que se renueva aquí ininterrumpidamente y de un modo consciente “se consume” ya con la aparición

del estado antijurídico, sin embargo, se “agota” recién con la supresión de ese estado (lo que es importante para el inicio de la prescripción).

2º En los delitos de estado, el injusto típico se agota por el contrario con la producción del estado antijurídico, de forma tal que el hecho “se consuma” y por regla también se “agota” al mismo tiempo con la entrada del resultado.

d. Delitos de comisión y delitos de omisión

(Wessels, 2018, págs. 18-19), señala que, partiendo de las formas básicas del comportamiento humano, se distinguen además entre delitos de comisión y delitos de omisión, dependiendo de si se realiza el tipo legal a través de un hacer activo o, más bien, de un no hacer.

En correspondencia con la división entre delitos de resultado y de actividad, los delitos de omisión se clasifican en delitos de omisión impropia y delitos de omisión propia.

Delitos de omisión impropia, constituyen una manifestación complementaria de los delitos de comisión, de modo que los tipos y el marco punitivo de estos también son aplicables a aquellos. Entre las condiciones del delito se equipará la no evitación del resultado típico del garante a la causación de un resultado mediante un hacer activo.

Por el contrario, los delitos de omisión propia, son hechos punibles cuyo contenido de injusto se agota en la infracción de una norma de mandato y en la mera omisión de una determinada actividad exigida por ley. En los casos que falte un deber de garante solo quedaría lugar para una omisión de socorro.

e. Delitos Comunes, delitos especiales y delitos de propia mano

Nuevamente siguiendo a (Wessels, 2018, págs. 19-20), según la delimitación, conforme al círculo de posibles autores, se clasifica a los delitos en delitos comunes, delitos especiales y delitos de propia mano.

1º El autor idóneo de un delito común puede ser cualquier persona.

2º Se denomina delito especial a aquellos hechos punibles en los que el ámbito de la autoría está limitado mediante la característica del autor, por ejemplo, el Funcionario Público descrita en el tipo penal de peculado. Quien no cumple personalmente con este elemento especial no puede ser autor, coautor o autor mediato del delito especial. Una sanción como partícipe es, sin embargo, posible.

3º En los delitos de propia mano, el tipo requiere la ejecución inmediata y de propia mano de la acción porque el especial desvalor de la conducta del correspondiente delito solo puede realizarse de esta manera. Quien no ejecuta personalmente la acción tampoco puede ser aquí autor, coautor no autor mediato, sino, en todo caso, solo partícipe.

f. **Delitos de Emprendimiento**

(Wessels, 2018, pág. 21), señala que, según el grado de realización del tipo, se distingue entre consumación y tentativa de un hecho punible.

Cuando la ley sanciona el emprendimiento de un hecho con una pena, la consumación y la tentativa quedan equiparadas.

g. **Delitos dolosos y delitos imprudentes**

((Wessels, 2018, pág. 21), refiere que independientemente de la relación subjetiva en la que se encuentra el autor respecto a la realización del tipo legal, especialmente si

él ha producido el resultado de forma consciente y querida, o si solo se le puede reprochar una realización no querida debido a la inobservancia contraria al deber del debido cuidado, puede distinguirse entre delitos dolosos y delitos imprudentes. Esta clasificación es significativa, entre otras cosas, para la punibilidad de la tentativa, que requiere una decisión al hecho y que, por lo tanto, solo es posible para los delitos dolosos, así como para la punibilidad de los partícipes. En razón de la exigencia de accesoriedad, solo es posible la participación en un delito doloso.

2.1.7. Los delitos de peligro: el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad

2.1.7.1. Concepto de peligro.

(Márquez, 2014, pág. 49), señala que, según el Diccionario de la Real Academia Española, el término peligro deriva del latín *periculum* y significa riesgo o contingencia inminente de que suceda algún mal. Mal, por su parte, es apócope de malo, y malo deriva del latín *malus*; que carece de la bondad que debe tener según su naturaleza o destino; dañoso o nocivo a la salud o que se opone a la razón o a la ley.

Estos conceptos de peligro implican la incapacidad (física, psíquica o cognitiva) de poder evitar intencionalmente la producción de un daño cuando se ejecuta una conducta. Por ello, es incorrecto sostener la concurrencia de un peligro cuando se está seguro de la producción de la lesión o cuando se está seguro de que está no tendrá lugar. La segunda nota que caracteriza al concepto de peligro es, pues, el elemento inseguridad (consciente), aunque éste, si bien se mira, no es sino una formulación distinta de la probabilidad del daño. Dicho de otra manera, la inseguridad respecto a la producción de la lesión o respecto a su evitación equivale

a la probabilidad de daño. Esto último puede considerarse, por tanto, como la conceptualización del peligro válida para las distintas áreas de la actuación humana.

2.1.7.2. Teorías sobre el concepto de peligro. Teoría objetiva y subjetiva.

1º Teoría Subjetiva, (Márquez, 2014, pág. 50), presuponen que el hombre no conoce realmente el mundo, sino que tan sólo tiene una imagen subjetiva de éste basada en la experiencia. Si lo conociera con exactitud no existiría la probabilidad, no habría duda sino sólo certeza. Es “*probable*” significa que no sabemos si tal hecho acaecerá o no, es decir, hay un matiz de desconocimiento (inseguridad). La probabilidad de un suceso está referida, pues, a lo que sabe por experiencia (sin embargo, a partir de la nota de desconocimiento, se trata, en todo caso, de un conocimiento imperfecto).

2º Teoría Objetiva, (Márquez, 2014, pág. 51), parten de que determinadas conductas tienen como propiedad ser generalmente peligrosas, es decir, consideran que el peligro no es un concepto fruto de la apreciación humana, sino que se trata de una característica real, con autonomía, que comporta la probabilidad objetiva de producción de un resultado, esto es, un estado de cosas concebido en general que representa una probabilidad de causar un efecto lesivo. De ahí que para determinar la peligrosidad o no de una acción sea preciso atender a todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, sobre todo aquellas capaces de neutralizar el peligro y con las que se pueda contar con seguridad.

2.1.7.3. Concepto de peligro en el derecho penal.

(Donna, 2002, pág. 17) citando a Hirsch, señala “Las prescripciones penales para cuya realización no es necesaria ninguna lesión al bien jurídico, sino es suficiente la dirección hacia una situación de peligro o simplemente alcanzar con obrar arriesgadamente hacia su conclusión fueron aumentando en este siglo.

Especialmente el desarrollo de la técnica y en su consecuencia la fuente numerosa de peligros ha favorecido el adelanto de los ámbitos punitivos. Una zona central es la formada en el tránsito automovilístico. Otros ejemplos son la manipulación de explosivos, radioactivos u otras sustancias portadoras de peligro. Ante este panorama es entendible que los hechos calificados como 'delitos de peligro' se hayan propagado como una mancha de aceite".

2.1.7.4. Clases de delitos de peligro: peligro concreto y peligro abstracto

Resulta importante establecer la diferencia entre delitos de peligro concreto y de peligro abstracto, pues es la base para entender el problema de los delitos de peligro, así los delitos de peligro abstracto, son los que aparecen como forma preponderante de tipificación actual en Derecho Penal.

Los delitos de **peligro abstracto** (Donna, 2002, pág. 19), señala son, sin duda, en la interpretación mayoritaria, los que marcan el hilo de conducción en los delitos contra la seguridad pública. El concepto de peligro, para una primera posición, debe ser entendido, al igual que en los delitos de lesión, como un estado objetivo en el cual se encuentra un bien jurídico. En consecuencia, el análisis debe hacerse desde la perspectiva del bien jurídico amenazado y no desde el actuante.

La cuestión hay que entenderla desde instituciones como el estado de necesidad justificante, que otorga una facultad de lesión a los bienes jurídicos ajenos. En consecuencia, "formas de comportamiento que sólo tienen apariencia de una agresión no pueden ser calificadas de antijurídicas. Esto lleva inmediatamente a distinguir entre el peligro en que se encuentra el bien jurídico y la concreta peligrosidad de una conducta. De esta manera, en los delitos de **peligro concreto** se produce el fenómeno por el cual un bien jurídico entra en el radio de acción de

un determinado hecho típico. Se trata de un estado de peligro de un bien jurídico, que reclama, y disculpe el lector la repetición, de un estado objetivo de peligro, que no debe estar, ni en la mente del sujeto que pone el peligro, ni en la del observador. Por eso ha sostenido Hirsch que la prognosis del peligro corresponde a la situación de amenaza como tal al bien jurídico y no a la valoración o a la posibilidad de valoración del lado del autor, siendo el riesgo de la acción lo que causa el peligro, en este tipo de delitos.

Por su parte (Márquez, 2014, pág. 63), refiere que la mayoría de la doctrina entiende por delitos de peligro concreto aquellos en los que la exigencia del peligro para un bien jurídico determinado viene contenida en la literalidad del propio tipo penal, como elemento expreso que lo configura. Esta definición tiene implicaciones en el ámbito probatorio, pues, en tanto elemento del tipo, para considerar consumados, estos delitos es imprescindible comprobar la situación peligrosa por parte del órgano jurisdiccional, es decir, corresponde a éste verificar que en el caso enjuiciado ha concurrido un peligro concreto, real, para el objeto material que representa el bien jurídico protegido, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro abstracto, respecto a los que la opinión mayoritaria considera que el legislador, como se verá enseguida, sobre la base de los juicios de experiencia, selecciona formas de comportamiento típicamente peligrosas para el bien jurídico correspondiente, sin que sea necesario que en el caso específico se haya producido una concreta puesta en peligro del objeto en el que se materializa el bien jurídico protegido por la norma.

Respecto a los delitos de peligro abstracto (Márquez, 2014, pág. 64) señala que, en esta clase de delitos, el peligro constituye la razón que induce al legislador a criminalizar una determinada conducta, no obstante, el tipo penal no exige un

peligro como elemento típico. La doctrina entiende que los delitos de peligro abstracto se caracterizan porque el peligro para los bienes jurídicos protegidos no se menciona en absoluto en el tenor del correspondiente precepto penal, sino que constituye el motivo para la creación de esa medida legislativa.

Un ejemplo de este tipo de delitos lo encontramos en el Artículo 274° del Código Penal, conforme al cual incurre en el delito “*el que encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, ...*”, pues en este caso se puede advertir que el tipo penal de peligro abstracto se limita a definir la acción peligros porque se considera que el surgimiento del peligro proviene de la realización de una acción de estas características (conducir en estado de ebriedad).

En ese contexto, se establece que la estructura, de los delitos de peligro abstracto, sean calificados como delitos de mera actividad, ya que el tipo se entiende realizado cuando el autor ejecuta una conducta *ex ante* peligrosa, sin que sea necesario verificar que ésta ha generado, en el caso concreto, un resultado de peligro para el objeto material individualizado. Precisa (Márquez, 2014, pág. 66) que esta innecesidad del resultado es la que ha determinado que la categoría de los delitos de peligro abstracto haya sido siempre definida de forma negativa, convirtiéndose en un concepto residual, pues incluye a todos los delitos que no son de lesión ni de peligro concreto.

2.1.7.5. El bien jurídico protegido en los delitos de peligro abstracto.

A. Bien jurídico

(Márquez, 2014, pág. 114), citando a Muñoz Conde y García Aran señala que los bienes jurídicos son los presupuestos que la persona necesita para su autorrealización

y el desarrollo de su personalidad en la colectividad, es la dimensión social de aquellos la que interesa al Derecho Penal para su protección constituye una necesidad de la sociedad y condiciona las posibilidades de participación del individuo al interior de la misma. Este concepto puede ser utilizado desde dos perspectivas: a) La perspectiva político criminal que le atribuye al bien jurídico una *función limitadora* y b) La perspectiva dogmática que le asigna tres funciones más: Función sistemática, función de pauta de interpretación y función de regla de interpretación y función de regla de individualización de la pena.

La doctrina ha establecido una amplia variedad para señalar los distintos bienes jurídicos que no son individuales, frecuentemente se utiliza las denominaciones de bienes jurídicos colectivos, difusos, supraindividuales y universales; sin embargo la categoría más utilizada es la de bienes jurídicos *colectivos*, cuyo adjetivo denota la cualidad de ser perteneciente o relativo a una agrupación de individuos, es decir hace referencia a una titularidad que recae sobre una pluralidad de individuos, único rasgo que permite caracterizar como veremos, a todos esos bienes jurídicos de carácter no individual.

Dicho esto, se debe precisar que la postura mayoritaria en la dogmática penal afirma que los delitos de peligro abstracto únicamente tutelan bienes jurídicos colectivos, pues la realización de una conducta peligrosa constituye una lesión a los mismos y no una puesta en peligro; en cambio sí se afirma que son una forma de anticipación preventiva frente a posibles ataques a bienes jurídicos individuales no se podría hablar de una lesión a estos sino de un peligro para los mismos.

2.1.7.6. El delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad

Como es evidente en éste tipo de delitos, sólo puede incurrir en el delito quien maneja el vehículo en estado de ebriedad, por ello resulta importante realizar algunas aproximaciones al término conducir.

A. Definición de Conducción

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, *conducir* significa llevar, transportar algo de una parte a otra, en este caso trasladar el vehículo de un lugar determinado a otro. La DRAE también señala que conducir significa *guiar o dirigir*; es necesario que el vehículo se desplace por sus propios medios de dirección de impulsión. En ese sentido se puede afirmar que para que exista conducción, es preciso que el motor haya sido puesto en marcha y que el vehículo se haya desplazado por el accionar de un sujeto.

Ahora es importante señalar que, en el caso en concreto del delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad, se tiene que el uso de un vehículo motor o ciclomotor son los únicos medios posibles de comisión. Ya que según (Márquez, 2014, pág. 120), el delito de conducción con una determinada tasa de alcoholemia es un delito de instrumento limitado ya que sólo se comete cuando el sujeto activo, para realizar la conducta, se vale de cualquiera de los específicos medios que la ley establece. Sumado a ello se debe señalar que nuestra norma penal sólo hace referencia al instrumento vehículo motorizado, es decir todo vehículo provisto de motor para su propulsión.

B. Definición de Bebidas Alcohólicas

Como bien se sabe las bebidas alcohólicas son aquellas que se obtienen a través de un proceso de fermentación de la glucosa y se dividen en dos tipos fundamentales:

a) diluidas o fermentadas como la sidra (5 a 6%), la cerveza (1 a 8%) y el vino (8 a 12%) y b) concentradas o destiladas, como el brandy (28 a 32%), el ron y la ginebra (32 a 40%) y el wiski (39 a 52%). Es así que (Márquez, 2014, pág. 125) señala que esta clasificación, así como el contenido de alcohol en cada bebida tiene exclusivamente un efecto pedagógico y divulgativo, importante de cara a la prevención, pero, desde la perspectiva del derecho penal, carece de relevancia pues lo que interesa para el ordenamiento jurídico es que cualquiera de esas bebidas se haya ingerido, es decir, no interesa el tipo de bebida que en concreto se haya tomado, siempre y cuando ésta contenga alcohol.

C. Ebriedad

Este tema resulta de importancia, pues nuestra norma penal hace referencia al “estado de ebriedad”, siendo ello así se tiene que el vocablo ebriedad deriva del latín “*ebrietas*” que expresa un estado de turbación producido por el alcohol. Ahora el Diccionario de la Real Academia la define como “turbación pasajera de las potencias dimanada del exceso con que se ha bebido vino u otro licor”.

Otros autores como (Rios, 2003, págs. 5-6), señala que constituye un estado psíquico caracterizado por una turbación o alteración pasajera de las potencias a causa del exceso con que se ha ingerido una bebida alcohólica.

Indica además que la ebriedad, es el resultado de algunos factores que producen una enajenación de la persona, quien por tanto pierde sus facultades de conducción haciendo peligroso su actuar.

(Rios, 2003, pág. 7), citando a Simonin, señala que desde el punto de vista médico legal respecto a los periodos del estado de ebriedad es clásico distinguir tres periodos en el estado de ebriedad. El primer periodo se caracteriza por la excitación de las

funciones intelectuales y por el estado de euforia. Las pruebas psicotécnicas ponen ya en evidencia una disminución de la atención, un alargamiento del tiempo de reacción a excitaciones exteriores y una menor precisión de respuestas reflejas.

A la segunda fase corresponden perturbaciones psicosenoriales profundas, generadoras de actos antisociales o de accidentes: es el periodo médico-legal; las facultades intelectuales, juicio, atención, memoria están alteradas; también los propósitos son desordenados incoherentes y absurdos. El tercer periodo, el de embriaguez comatosa, que sobreviene progresivamente esta esencialmente constituido por anestesia profunda con abolición de los reflejos, parálisis e hipotermia, manifestaciones de enlentecimiento considerable de todos los fenómenos vitales.

D. Tasas Legales de Alcoholemia

(Rios, 2003, pág. 8), indica que, en el ámbito mundial hacia fines de la década de 1980 con la ampliación de las investigaciones en materia de accidentes viales, se estimó que la tasa de 0.80 gr/lt, no solo no ofrecía garantía alguna, sino que, positivamente, desataba efectos funestos por la afectación del sistema reflexológico y por anular la inhibición de continuar bebiendo, debido a la pérdida de autocontrol producida por la propia ingesta. Sin embargo, en 1997 la Comisión de la Unión Europea de Bruselas comunico a la Conferencia

Europea de Ministros de Transportes, la propuesta formal de limitar a 0.50 gr/lt la cantidad de alcohol en la sangre.

Luego esta iniciativa es adoptada en forma paulatina en Europa, pero desde el punto de vista clínico, se sigue considerando que 0.50 gr/lt es una dosis que produce una modificación significativa de los reflejos y del comportamiento.

Así en nuestro país mediante Ley N°27753 de fecha 9 de junio de 2002, se incorporó en el artículo 4 como Anexo la Tabla de Alchoholemia con valor referencial, que es como sigue:

Tabla de Alchoholemia

(Ley 27753)

1er. Periodo: 0.1 a 0.5 g/l

Sub Clínico

No existen síntomas o signos clínicos, pero las pruebas psicométricas muestran una prolongación en los tiempos de respuestas al estímulo y posibilidad de accidentes. No tiene relevancia administrativa ni penal.

2do. Período: 0.5 a 1.5g/l

Ebriedad

Euforia, verborragia y excitación, pero con disminución de la atención y pérdida de la eficiencia en actos más o menos complejos y dificultad de mantener la postura. Aquí está muy aumentada la posibilidad de accidentes de tránsito, por disminución de los reflejos y el campo visual.

3er, Período: 1.5 a 2.5 g/l

Ebriedad Absoluta

Excitación, confusión, agresividad, alteraciones de la percepción y pérdida de control.

4to. Período: 2.5 a 3.5 g/l

Grave Alteración de la conciencia

Estupor, coma, apatía, falta de respuesta a los estímulos, marcada descoordinación muscular, relajación de los esfínteres.

5to. Período: niveles mayores de 3.5 g/l

Coma

Hay riesgo de muerte por el coma y el paro respiratorio con afección neumológica, bradicardia con vaso dilatación periférica y afección intestinal.

E. Aspectos probatorios: La prueba de alcoholemia o Test de Alcoholemia

En la doctrina mayoritaria se ha establecido que el principal medio utilizado y aceptado que permite establecer si un individuo se encuentra conduciendo bajo la influencia del alcohol o en estado de ebriedad es el examen de alcoholemia, examen que es definido por (Rios, 2003), citando a Vodanovic Antonio como: “La concentración de alcohol etílico en la sangre”.

Sin embargo, la alcoholemia no es el único método para determinar la cantidad del alcohol en la sangre, pues se han establecido hasta tres métodos conocidos estos son: el macrométodo de Nicloux, el método de Newman y el método Widmarck, que descansa en la propiedad que posee el ácido sulfúrico concentrado de unirse con avidez al alcohol, se somete este alcohol a oxidación por el bromato potásico y posteriormente se titula el exceso de bicromato por la técnica yodométrica.

El método más usado en nuestro país es el denominado método de Wismarck, que consiste en extraer a la persona que conduzca o que acaba de conducir, una muestra de sangre, o tejidos musculares en caso de muerte (masa cerebral, hígado, riñones, etc) que es posteriormente sometido a un análisis de destilación.

En ese sentido conviene señalar cuales son los efectos del alcohol en la conducción, según su nivel de concentración en la sangre, para (Márquez, 2014, pág. 135) serían los siguientes:

Tabla N° 1: Los efectos del alcohol en la conducción, según su nivel de concentración en la sangre.

Grado de Alcholemla: gr/l	Efectos del Alcohol en la conducción
0.3 a 0.5gr/l	Inlclo de la zona de riesgo Excitación emocional Disminución de la agudeza mental y de la capacidad de juicio. Relajación y sensación de bienestar Deterloro de los movimientos oculares.
0.5 a 0.8 gr/l	Zona de alarma Aumento del tiempo de reacción. Alteraciones en los reflejos. Comienzo de perturbación motriz. Euforia, distención y falsa sensación de bienestar. Tendencia a la inhibición emocional. Comienzo de la impulsividad y agresión al volante.
0.8 a 1,5 gr/l	Conducción Peligrosa Estado de Embriaguez importante Reflejos muy perturbadores y retraso en las respuestas. Pérdida del control preciso de los movimientos. Problemas serios de coordinación Dificultades de concentración de la vista. Disminución notable de la vigilancia y percepción del riesgo.
1.5 a 2,5 gr/l	Conducción Altamente Peligrosa Embriaguez muy importante y notable confusión mental. Cambios de conducta imprevisibles, agitación psicomotriz Fuertes perturbaciones psicosenoriales Vista doble y actitud titubeante
Más de 3,0 gr/l	Conducción Imposible Embriaguez profunda Inconsciencia Abolición de los reflejos, parálisis e hipotermia Coma Puede producirse la muerte

Fuente: Elaboración propia

A lo señalado en la tabla anterior, se debe agregar además que los efectos de la alcoholemia en el organismo pueden variar de acuerdo al consumo de la ingesta de alcohol.

(Taboada, 2018) indica que cuando el conductor de manera excepcional, se negase a la extracción de sangre, puede permitirse en su lugar realizarse una **muestra de orina** para dosaje etílico en los siguientes casos: inmunodeprimidos, hemofílicos, obesidad, quemaduras, por razones religiosas, fobias (agujas y/o sangre); sin embargo estas situaciones excepcionales no facultan al conductor intervenido a negarse a realizar la prueba de dosaje etílico, pues la negativa legal a la orden fiscal o policial de extracción de sangre para dosaje etílico, puede conllevar a que se halle inmerso en la comisión del delito de Resistencia o Desobediencia a la Autoridad.

2.1.7.7. Antecedentes legislativos del delito de conducción en estado de ebriedad.

El delito de Conducción en Estado de Ebriedad, tiene origen en la legislación nacional por primera vez en el Código Penal de 1991, cuya redacción señalaba lo siguiente: Artículo 274°, “*El que conduce vehículo motorizado en estado de ebriedad o drogadicción será reprimido con prestación de servicio comunitario no mayor de veinte jornadas e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 7), hasta por seis meses...*”.

Como puede evidenciarse de la redacción de la citada norma se tiene que la conducta del agente que conducía un vehículo en estado de ebriedad, sólo era sancionada con una pena de prestación de servicios comunitarios y no con una pena privativa de libertad.

Es así que en el tiempo esta redacción primigenia ha sufrido una serie de modificaciones impulsadas básicamente debido al aumento de accidentes de tránsito que se registraron entre los años 1990 y 2000, donde según la Base de Datos

que fuera elaborada por el Estado Mayor General PNP- Dirección de Estadística y Estimaciones de la Policía, entre los años 1990 y 2000, de los 50 mil accidentes de tránsito registrados en el año 1990, la cifra de accidentes se elevó a 85 mil accidentes como promedio anual en el año 2003.

Fue así que con la finalidad de prevenir los accidentes de tránsito provocado por conductores en estado de ebriedad que en el año 1999 se modifica el artículo 274° con a la siguiente redacción: *“la persona que en estado de ebriedad y/o drogadicción conduce, opera o maniobra vehículo motorizado, instrumento, herramienta, máquina u otro análogo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año e inhabilitación según el artículo 36 incisos 6) y 7). De igual modo, contempla el caso del agente que presta servicio de transporte público de pasajeros o transporte pesado, en estado de ebriedad y/o drogadicción imponiéndose para este caso pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años”*.

Desde entonces esta conducta se sanciona con pena privativa de libertad hasta dos años al agente que conduce en estado de ebriedad. Y como las cifras de accidentes de tránsito iban en aumento, el Legislador hizo una última modificación en el año 2009, mediante la Ley N° 29439 con el siguiente texto: Artículo 274°: *“El que encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, conduce, opera o maniobra vehículo motorizado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas e inhabilitación, conforme al artículo 36 inciso 7). Cuando el agente presta servicios de transporte público de pasajeros,*

mercancías o carga en general, encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción superior de 0.25 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de libertad será no menor de uno ni mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 7)”.

2.1.7.8. El delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad recogido en el artículo 274° del código penal.

El delito de conducción en estado de ebriedad o drogadicción se encuentra tipificado en el artículo 274° del Código Penal, modificado por Ley 29439 del 19 de noviembre de 2009, cuya norma se halla ubicada en el Capítulo I: Delitos de Peligro Común, Título XII: Delitos contra la Seguridad Pública, Libro Segundo: Parte Especial: Delitos.

1° Descripción Típica:

El Artículo 274° señala: “El que encontrándose en estado de ebriedad con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.50 gramos-litro o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, conduce, opera o maniobra vehículo motorizado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas e inhabilitación, conforme al artículo 36 inciso 7).

Cuando el agente presta servicios de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general, encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción superior de 0.25 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas

tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de libertad será no menor de uno ni mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 7).

2° Bien Jurídico Protegido:

(Félix, 2015), ha señalado que la doctrina y jurisprudencia penal son unánimes al considerar que nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, lo que significa que para la realización del tipo no se necesita la producción de un resultado de peligro por parte del sujeto activo, sino que basta que el agente conduzca, opere o maniobre un vehículo de motor con riesgo para la seguridad del tráfico.

Precisa además (Félix, 2015), que el bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico entendida como parte de la seguridad pública. Sánchez Moreno, en el derecho comparado, señala que lo determinante para para la realización del tipo delictivo es que la ingesta previa de alcohol influya en la conducción por lo que determina un peligro para la seguridad del tráfico.

Finalmente indica (Félix, 2015) que, para la determinación del bien jurídico protegido, es posible distinguir tres grandes orientaciones doctrinales. La primera de carácter individualista, parte de considerar que con estos delitos se protege directamente la vida, la integridad física y la salud de las personas que participan en el tráfico viario; la segunda claramente colectivista, opta por interpretar que con estas figuras delictivas lo que realmente se protege es la seguridad en el tráfico, de forma autónoma con lo que respecta a los bienes jurídicos-penales de la vida, la integridad física y la salud; y la tercera, ecléctica o intermedia, entiende que los delitos contra la seguridad vial protegen la seguridad en el tráfico, pero no como un interés en el

mismo, sino como un instrumento para conseguir la tutela eficaz de la vida, de la integridad física y la salud de las personas que participan en este ámbito.

Por su parte (Rodríguez, 2013), refiere que por la ubicación sistemática del tipo penal (Artículo 274° del Código Penal), aparentemente se estaría protegiendo la Seguridad Pública; sin embargo, la Seguridad Pública resulta un bien jurídico de difícil definición, ya que es muy abstracto y de contenido diverso, pues constituye un título que prevé figuras de riesgo en general, pues el peligro que le es inherente afecta a una colectividad o a un grupo genérico e indeterminado de personas.

Finalmente, (Rios, 2003), señala que el delito de conducción en estado de ebriedad es un delito pluriofensivo ya que se ataca a varios bienes jurídicos como la seguridad en el tránsito, la seguridad pública, la vida, la propiedad, la integridad física, la incolumidad individual y colectiva.

3° Tipicidad Objetiva:

El sujeto activo es la persona que conduce, opera o maniobra un vehículo motorizado superando la tasa típica de alcohol en la sangre legalmente establecida. Sin embargo, un sujeto activo también puede ser la persona que conduce, opera o maniobra un vehículo motorizado bajo los efectos de drogas tóxicas, estupefacientes sustancias psicotrópicas o sintéticas. Es decir, son dos las tipologías que se incluyen en el precepto penal del delito de conducción de vehículo motorizado, a saber: en estado de ebriedad o en estado de drogadicción.

En tanto que sujeto pasivo, (Taboada, 2018) refiere que también es llamado víctima o agraviado y es aquel que resulta directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo, en el caso del delito conducción en estado de ebriedad es la colectividad o sociedad, la que en juicio es representada por el Estado,

como ente legitimado para representar a la sociedad-ejerce la defensa de sus intereses a través de los procuradores públicos en virtud del artículo 47 de la Constitución ; siendo que corresponde a la Procuraduría Pública del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, la legitimada para intervenir en los procesos por delito de conducción e estado de ebriedad, en representación de la sociedad agraviada.

Por su parte (Félix, 2015), señala que la demarcación conceptual del alcohol y las drogas son claves para iniciar el estudio de la tipicidad objetiva en el delito de conducción de vehículo motorizado en estado de ebriedad o drogadicción, lo que pone de manifiesto en nuestro derecho penal, donde se ha considerado necesario tipificar de modo diferente a ambos elementos objetivos del tipo.

Pues como bien señala (Félix, 2015) en el primer y segundo párrafo del artículo 274 del Código Penal se establecen únicamente límites prohibidos cuantificables de tasas típicas de alcohol en la sangre (0.5 gramos litro para conductores particulares y 0.25 gramos-litro para conductores de servicio público de pasajeros, mercancías o carga en general) que permiten determinar el grado de alcohol en la sangre.

Respecto al sujeto pasivo (Márquez, 2014), señala que conforme a la postura que defiende el carácter individual de los bienes jurídicos que se protegen, este está representado por los potenciales usuarios del tráfico rodado que pudiesen resultar afectados por la conducta típica. Esto es, así pues, dado el carácter de delito de peligro abstracto del tipo, no resulta necesaria la presencia efectiva de terceros en el lugar donde se verifica la conducción (vía pública), aunque es necesario que *ex ante* esa presencia fuera posible.

El que la conducta tipificada se desarrolle en la vía pública viabiliza, por lo demás, el peligro para los bienes jurídicos vida e integridad de esa colectividad indeterminada de personas.

4° Tipicidad Subjetiva:

El Artículo 274 del Código Penal, establece que debe concurrir como elementos de tipicidad subjetiva del tipo el dolo directo, considerando que el comportamiento del sujeto activo actúa en forma consciente al ingerir alcohol y drogas y luego conduce, opera o maniobra en tales condiciones, un vehículo motorizado.

(Rodríguez, 2013), indica en cuanto al aspecto subjetivo, se exige la presencia de dolo, de acuerdo al artículo 12° del Código Penal. En este sentido, el dolo se debe entender como consciencia y voluntad (aspecto volitivo y cognitivo) de perpetrar el acto típico. Así también cabe la posibilidad de que concurra un dolo eventual cuando el sujeto activo considera que la cantidad de licor que ha bebido no es suficiente para superar la tasa de alcoholemia, aunque es posible considerar *ex ante* la probabilidad de que haya superado la tasa mínima que establece el artículo 274° y por tanto estaría cometiendo delito.

(Félix, 2015), agrega que además de la tipicidad objetiva que se describe en el artículo 274 del Código Penal, se debe verificar la concurrencia de los elementos de la tipicidad subjetiva del tipo. El artículo 12 del código sustantivo prevé que “las penas establecidas por ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa y al agente de infracción culposa en los casos establecidos expresamente por ley”, por ello se entiende que al artículo 274 sanciona conductas a título de dolo, pues no hace referencia alguna al título de “culpa”.

Como lo señala la dogmática penal el dolo se clasifica en tres formas: dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado de consecuencias necesarias y dolo eventual.

Es por ello que, en los delitos de conducción en estado de ebriedad, el comportamiento del sujeto activo se subsume en la categoría subjetiva de dolo directo cuando consciente que ha consumido alcohol o drogas definidas por la ley penal, conduce, opera o maniobra en tales condiciones un vehículo motorizado.

También podrá concurrir un dolo eventual cuando el sujeto activo considera que la cantidad de licor que ha bebido no es suficiente para superar la tasa típica de alcohol, aún es posible considerar *ex ante* la probabilidad de que haya superado la tasa típica y que por ende está cometiendo el delito.

5° Tentativa:

En este tipo penal, si es posible la tentativa, por ejemplo, se tiene que en el caso de que el conductor en estado de ebriedad encienda el motor y se encuentre listo para salir del estacionamiento y desplazarse por la vía, comete delito de conducción en estado de ebriedad, puesto que los actos de ejecución se inician con el encendido del motor. (Félix, 2015) citando a *Pilar Gómez Pavón*, señala “Por tanto, el hecho de entrar en el automóvil, sin llegar a accionarlo, no puede considerarse como tentativa del delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, por muy alta que sea la tasa de alcoholemia del sujeto, ya que lo que decide sobre la existencia de esta forma imperfecta de ejecución es exclusivamente la realización de actos de conducción, no que el sujeto se encuentre bajo los efectos de esas sustancias en alto grado. Se podrá, por tanto, considerar el delito intentado siempre que se hayan comenzado los actos ejecutivos necesarios para el

cumplimiento del tipo, pero no se haya logrado el desplazamiento en el tiempo y espacio”.

6° Consumación:

(Villavicencio, 2006, pág. 422), indica que la consumación es un concepto formal que equivale a la realización precisa de un tipo, así el delito está consumado con el total cumplimiento del tipo.

Y en el caso en concreto, la conducta se consume o se perfecciona cuando el sujeto bajo los efectos del alcohol o drogas, conduce, opera o maniobra el vehículo motorizado.

7° Autoría y Participación:

Se tiene que el delito en referencia es un delito considerado de propia mano por cuanto la realización típica es de eminente carácter personalísimo. Así también lo considera (Félix, 2015) citando a Gómez Pavón, quien señala que “al ser un delito de propia mano, no es posible la participación a título de coautor ni de autor mediato. En cuanto a las demás posibles formas de participación, no existe, en principio obstáculo en admitirlas. Así será posible la inducción y la complicidad, tal como reconoce la mayoría de la doctrina; podemos decir que son posibles todas aquellas formas de participación que no exigen la realización de actos ejecutivos, como puede ser la inducción y la complicidad en sus formas diversas”.

Empero otro sector doctrinario como Gutiérrez Rodríguez María, admite la coautoría en los casos de “coches de doble mando (vehículos de autoescuela), en cuyo caso ambos conductores deberían haber ingerido las sustancias que afectan a la conducción.

8° Pena

Conforme lo establece el primer párrafo del artículo 274° del Código Penal, la pena en abstracto para el tipo básico del delito de conducción en estado de ebriedad es; 1) pena privativa de libertad no menor de 6 meses ni mayor de 2 años, o, b) prestación de servicios comunitarios de 52 a 104 jornadas, para el tipo básico.

(Taboada, 2018, pág. 196), señala que la pena conminada en el artículo 274° del Código Penal, debe fijarse en función a las circunstancias del caso concreto, teniendo como parámetros objetivos de individualización judicial, a modo enunciativo, los siguientes: a) El periodo de alcoholemia que tenía el conductor, a mayor grado de intoxicación mayor será el riesgo de la producción de un resultado dañoso derivado de la disminución de las facultades físicas y mentales del conductor. b) La presencia de pasajeros en el vehículo. c) La posesión o no de licencia de conducir vigente y pertinente a la clase de vehículo conducido. d) Las vías de mayor circulación de vehículos y peatones. e) La hora de la conducción. f) La producción de accidentes de tránsito. g) La infracción a las reglas de tránsito, entre otros factores. Por ello, la imputación penal debe contener la relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores relacionados con la forma de conducción del vehículo y las condiciones (psicológicas y físicas) en que se encontraba el conductor, a efectos de medir adecuadamente la pena.

El límite máximo de la pena establecida en el tipo penal es no superior a los 3 años para la modalidad agravada, lo que faculta al Juez a imponer penas distintas a la privativa de libertad como son la suspensión de la ejecución de la pena y la reserva de fallo condenatorio, ello según el pronóstico favorable sobre la conducta futura del

condenado, el cual según su comportamiento procesal y personalidad permitirá inferir que aquel no volverá a cometer nuevo delito conforme así lo señalan los artículos 57 y 62 del Código Penal, en estos casos el Juez advirtiendo la naturaleza del delito debe imponer reglas de conducta.

(Taboada, 2018, pág. 199), señala que la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia condenatoria en el delito de conducción en ebriedad o drogadicción, tiene el carácter de efectiva, cuando al procesado le corresponda una pena concreta mayor de 4 años de pena privativa de libertad y/o cuando tenga la calidad de reincidente o habitual.

El delito de conducción en estado de ebriedad, también prevé la posibilidad de excluir la pena privativa de libertad e imponer directamente la pena de prestación de servicio a la comunidad, la cual obliga a los sentenciados a trabajos comunitarios gratuitos en los lugares que establezca el INPE, que puede ser en hospitales, ornatos u otros centros asistenciales, todos ellos públicos y en algunos casos privados.

El artículo 274 del Código Sustantivo también prevé una pena de inhabilitación, ello conforme lo señala el artículo 36.7, que puede consistir en la suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo; penas que se aplican en forma conjunta, por tratarse de penas principales, por ello se establecen la pena privativa de la libertad o prestación de servicios comunitarios y la pena de inhabilitación.

2.1.7.9. Aplicación del principio de oportunidad.

En el contexto social en el que nos encontramos, donde existe un alto índice del fenómeno delictivo, sobre todo el relacionado con la pequeña criminalidad la aplicación del principio de oportunidad resulta ser una alternativa rápida en la

solución de conflictos jurídicos penales distintos a la persecución tradicional de juicio y pena.

(Colpaert, 2014), señala que en razón a ello, el sistema procesal peruano ha adoptado algunas instituciones jurídicas propias del derecho anglosajón, en específico, la institución de la **OPORTUNIDAD**, por la cual se faculta al Ministerio Público para abstenerse de ejercitar la acción penal bajo dos criterios generales: **Falta de Necesidad de Pena y Falta de Merecimiento de Pena**.

Por lo cual, ya no podemos afirmar que el proceso penal peruano se basa exclusivamente en el Principio de Obligatoriedad de la acción penal, es decir, que *"la persecución de los hechos delictivos no puede ser materia negociable para las partes"*. Hoy se regula legalmente (Código Procesal Penal, Art. 2º) que tanto el Fiscal, el agresor y el agraviado por el delito se pueden poner de acuerdo en cuanto a la aplicación o no aplicación de la pena. De esta manera, se consigue satisfacer el interés público que existe en torno a la efectividad y rapidez en la resolución de los conflictos sociales generados por el delito y, al mismo tiempo, se satisfacen los intereses reparatorios de la víctima.

Siendo que en el diario actuar del Ministerio Público se denuncian muchos delitos de bagatela o de mínima criminalidad, es que el Equipo Técnico de Implementación del Código Procesal Penal del Ministerio Público ha emitido el Reglamento de Aplicación del Principio de Oportunidad, definiendo en primer lugar al Principio de Oportunidad como: “ un instrumento legal que faculta al Fiscal a que discrecionalmente, en los casos previstos en la norma y con el consentimiento del imputado, pueda abstenerse de ejercitar la acción penal, ello sin perjuicio de procurar satisfacer íntegramente los intereses del agraviado, cuando corresponda.

Así mismo se ha establecido los Supuestos de Procedencia del Principio de Oportunidad, estos son:

El Fiscal podrá abstenerse de ejercitar la acción penal, conforme a los incisos 1 y 8 del artículo 2° del Código Procesal Penal, en los siguientes supuestos: a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito, culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria. b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de la libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo. c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 21, 22, 25 y 46 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución.

No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo. d) En los casos en que el agente esté comprendido en la comisión de los delitos previstos en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D,

307-E del Código Penal. En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del presente artículo, será necesario que el agente repare los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido. En el supuesto comprendido en el inciso d), el Fiscal podrá abstenerse de ejercer la acción penal luego de la verificación correspondiente de que el agente haya suspendido sus actividades ilícitas de modo voluntario, definitivo e indubitable, comunicando este hecho al Organismo de

Evaluación y Fiscalización Ambiental mediante instrumento de fecha cierta. Si la acción penal hubiera sido promovida, se aplican, en lo pertinente, las mismas reglas establecidas en el artículo 2° del Código Procesal Penal.

Siendo ello así durante la práctica Fiscal muchos de los conductores que fueron intervenidos conduciendo un vehículo en estado de ebriedad se sometieron a la Aplicación del Principio de Oportunidad, es por ello que el Ministerio Público estableció la Tabla Referencial para la Reparación Civil por el delito de conducción en estado de ebriedad, aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación 2508-2013-MP-FN, publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de agosto de 2013.

Esta tabla se agregó al Reglamento de Aplicación del Principio de Oportunidad – Resolución de la Fiscalía de la Nación 1470-2005-MP-FN–. Cuando el imputado se hubiera acogido al principio de oportunidad o acuerdo reparatorio en anterior ocasión; o cuando haya estado prestando servicios de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general y tuviera más de 0.25 g/l. de alcohol en la sangre el monto mínimo indemnizatorio será duplicado.

Empero conforme lo establece el artículo 2.8 del Código Procesal penal, no procede la aplicación del principio de oportunidad cuando el imputado tenga la condición de reincidente (artículo 46-B) o habitual (artículo 46-C), para lo cual resulta necesario que el Fiscal tenga como medio de prueba el Certificado de Antecedentes Penales;

2.1.7.10. El proceso inmediato en los delitos de conducción de vehículos en estado de ebriedad.

En los casos en los que no resulta aplicable el principio de oportunidad o ante el incumplimiento del acuerdo por parte del imputado, el Fiscal deberá incoar el proceso inmediato reformado.

Mediante D.Leg. 1194 de fecha 30 de agosto de 2015, se modifica el proceso inmediato, estableciendo expresamente que el fiscal debe solicitar la incoación del proceso inmediato, bajo responsabilidad funcional, en los casos de delitos de conducción en estado de ebriedad, cuando concurren los presupuestos materiales de dicho proceso, estos presupuestos son: a) Cuando el imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito; b) el imputado a confesado la comisión del delito o c) los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares y previo interrogatorio del imputado resulten evidentes.

Para que el Fiscal pueda incoar el proceso inmediato en los supuestos antes indicados, debe existir sospecha suficiente, lo que constituye el grado relativamente más sólido de la mera sospecha. (Taboada, 2018, pág. 283), señala que en la evaluación provisoria del hecho exige, a partir de los elementos de convicción acopiados hasta el momento, una probabilidad de condena (juicio de probabilidad positivo), que sea más probable que la absolución. Se reclama respecto de la probabilidad de condena, como pauta de sospecha de criminalidad suficiente, el cumplimiento de tres presupuestos: i) Que la acusación-predicable también al requerimiento de proceso inmediato- ha de basarse en una descripción de hechos cuya comisión es, previsiblemente demostrable a través de los medios de prueba. ii) Que los hechos presentados tienen que ser concluyentes para uno o varios tipos penales de la parte especial del Código Penal o del Derecho Penal Especial. iii) Que no existan obstáculos procesales.

Además, este requerimiento presentado por el Fiscal ante el Juez de la Investigación Preparatoria por el delito de Conducción en Estado de Ebriedad, debe encontrarse debidamente motivado y estará acompañado de los elementos de convicción que lo justifique.

2.1.7.11. El Delito de Conducción en Estado de Ebriedad en la Legislación Comparada.

En las legislaciones penales de otros países, también ha sido considerado como punto regulación el límite de gramos por litro de alcohol en la sangre, para determinar la sanción penal que le corresponde al agente; veamos algunos casos;

1° En Chile, la conducta se encuentra descrita en el artículo 196-E de la Ley del Tránsito que sanciona la conducta de: *"El que infrinja la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 115-A, cuando la conducción, operación o desempeño fueren ejecutados en estado de ebriedad, o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de dos a diez unidades tributarias mensuales, ya sea que no se ocasione daño alguno, o que con ello se causen daños materiales o lesiones leves. Se reputarán leves, para estos efectos, todas las lesiones que produzcan al ofendido enfermedad o incapacidad por un tiempo no mayor de siete días. [Inciso 2°] Si, a consecuencia de esa conducción, operación o desempeño, se causaren lesiones graves o menos graves, se impondrá la pena de presidio menor en su grado medio y multa de cuatro a doce unidades tributarias mensuales. [Inciso 3°] Si se causaren algunas de las lesiones indicadas en el artículo 397 N° 1 del Código Penal o la muerte de una o más personas, se impondrán las penas de presidio menor en su grado máximo y multa de ocho a veinte unidades tributarias mensuales. [Inciso 4°] El tribunal, en todo caso, podrá hacer uso de la facultad que le confiere el inciso final del artículo 196 C."*

El límite mínimo que se le impone a un conductor que maneja su automóvil en estado de ebriedad es 0.3 gramos por litro de alcohol en la sangre, esto se dio con la modificatoria a la Ley N° 18.290 denominada "Tolerancia Cero".

2° En Uruguay: Se tiene regulado en la Ley de Tránsito y Seguridad Vial-Ley N° 18.191, que establece la concentración de alcohol en la sangre permitida de 0.3 gramos de alcohol por litros de sangre como límite para los conductores de vehículos que se desplacen por la vía pública, esta norma fue modificada mediante Ley N° 19360 el 21 de diciembre de 2015, donde establecen penas más drásticas a los conductores en estado de ebriedad, cuyo límite de alcohol en la sangre es de 0.0 gramos de alcohol por litro de sangre o su equivalente en términos de espirometría.

3° En Colombia, Este país sanciona al conductor que conduce en estado de ebriedad mediante Ley N°1696, con multas económicas, trabajo comunitario e inmovilización de vehículos, estableciéndose una escala mínima de 0.2 gramos de alcohol por litro de sangre.

Se establece además varios supuestos en los que un conductor puede ser intervenido conduciendo bajo los efectos del alcohol, siendo uno de ellos, cuando el conductor es intervenido conduciendo en estado de ebriedad por tercera vez y registra grado tres de alcohol, en este caso su licencia es cancelada definitivamente, paga una multa económica, 90 horas de trabajo comunitario y el vehículo es inmovilizado por 20 días.

4° En Bolivia, En el país altiplánico, mediante Decreto Supremo N°659, en su artículo 59 se señala: “Queda terminantemente prohibida la conducción de vehículos autorizados para la prestación del servicio automotor público de pasajeros, en estado de embriaguez. Se establece la escala de sanción a los conductores a partir de 0.5 gramos de alcohol por litro de sangre”.

5° En España, Este delito se encuentra establecido en el apartado segundo del artículo 379 del Código Penal, que castiga a quien conduce con una tasa de alcohol

en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro. (Cascales, 2017), señala que se trata de un delito de peligro abstracto, ya que para su consumación no se necesita ningún resultado lesivo ni circunstancias evidentes de un riesgo para la vida o la salud de una o varias personas, por tanto, para la consumación de este delito simplemente se exige la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor superando las tasas anteriormente citadas. Entendemos que se produce un adelantamiento de las barreras de punición, ya que, no es necesario que se ponga en peligro el bien jurídico vida o integridad física de ninguna persona, poniendo de manifiesto que, si conducir ya es un acto peligroso de por sí, este peligro se dispara de forma desbaratada cuando se conduce superando los límites establecidos en el artículo 379.2 del CP, ya que influye negativamente en la capacidad del conductor para manejar un vehículo idóneamente.

2.1.8. La reincidencia.

2.1.8.1. Antecedentes históricos.

Según (Alcócer, 2018, pág.31), el término reincidencia se utiliza generalmente para referirse a las repeticiones de la conducta. Etimológicamente, la palabra reincidir proviene del verbo latino “*incidere*” que corresponde al significado de “caer en”, cuyo prefijo “re” permite concluir que el significado del término podría comprenderse como “volver a caer”.

En el ámbito penal, la palabra reincidencia alude a una recaída que invierte el progreso logrado en el tratamiento o intervención del sujeto que delinque, lo que implica algo negativo, es decir un resultado indeseable. Desde esta perspectiva, se ha entendido a la reincidencia como la recaída en el delito dentro de un período

relativo de tiempo. A la reincidencia se le ha catalogado como un comportamiento indeseable, negativo y poco beneficioso para la sociedad, aun cuando todavía poco se sabe desde el punto de vista del conocimiento científico que es exactamente lo que la produce, es decir, cuáles son sus reales causas, dimensiones e incidencias.

Desde los inicios de la civilización hasta la fecha, la recaída en el delito ha sido causa del mayor rigor penal punitivo.

Así, por ejemplo, cabe citar la disposición de MANÚ indio, según el cual “el Rey castiga primero con la simple amonestación, después con severos reproches, la tercera vez con una multa, finalmente con la pena corporal”, junto a aquella otra que disponía que “cuando tampoco con castigos corporales el Rey consiga frenar a los culpables, les aplicará las cuatro penas de una vez”. También se conocen antecedentes sobre la reincidencia en la antigua civilización China, si bien los primeros testimonios de que disponemos hacen referencia a una severidad penal tan extrema que hacía prácticamente imposible la reiteración delictiva.

Por otra parte, en el antiguo derecho hebreo (S. XIII A.C.) los delitos punibles se castigaban con azotes, en caso de reincidencia, con una especie de “cadena perpetua” tan dura que constituía en realidad una pena de muerte indirecta. Los persas y los griegos en el siglo IV A.C. coinciden en la conveniencia de castigar más severamente la recaída en el delito.

En lo que concierne a la divinidad, respecto de la cólera divina, en donde se amenaza con castigos peores las continuas desobediencias a los preceptos divinos.

Por su parte, también el Nuevo Testamento nos ofrece algún ejemplo del desfavorable efecto que produce la recaída en el pecado “Más tarde Jesús le encuentra en el templo y le dice: mira, estás curado, no peques más, para que no te

sucediera algo peor”. El derecho romano tampoco permaneció ajeno al fenómeno de la recaída en el delito, en especial y durante el imperio cobró un papel sobresaliente la reincidencia específica, que suponía la recaída en determinadas infracciones.

A finales del siglo XVIII, se inicia en toda Europa el movimiento codificador, en el que prenden con inusitada fuerza las ideas reformistas y positivistas de la ilustración, ampliando la mirada sobre el delincuente. El movimiento codificador dota a la reincidencia por primera vez en la historia de unos perfiles bien definidos, capaces de garantizar la necesaria seguridad jurídica y la posibilidad del tratamiento y la rehabilitación del delincuente, para lo cual erige como presupuesto básico en su aplicación la exigencia de condena anterior a la recaída, deslindando así de manera definitiva la reincidencia de la mera repetición delictiva. La reincidencia adquiere entonces un significado distinto al de la mera retribución o castigo corporal, ya que la reiteración del comportamiento delictual se sanciona ahora mediante un proceso legal y como consecuencia de la imposición de una condena.

Un punto central respecto de esta nueva definición es que “solo se puede considerar la reincidencia en el momento en que el Estado tiene plena certeza de que la acción desviada y penalizada por el derecho se ha realizado dos veces”.

Por tanto, para que ocurra la reincidencia deben concurrir una serie de requisitos, esto es: a) cuando se prueba el daño de un bien jurídico y b) cuando se prueba el dolo del victimario por medio de un procedimiento judicial. “Este conjunto de elementos solo se cumpliría en el instante en que el victimario es penalizado, o sea cuando se aplica una serie de castigos basados en la suspensión de algunos derechos inalienables a las personas naturales”. De este modo, una persona se convierte en reincidente solamente cuando habiendo sido penalizada por un delito, ella vuelve a

cometer otra conducta desviada tipificada como delito. Por tanto, para configurar la reincidencia tiene que haber a lo menos “dos acciones ilícitas comprobadas, separadas por un tiempo delimitado y habiendo recibido los estímulos por parte del Estado, para no volver a cometer ilícitos”. Lo anterior, implica distinguir la reincidencia de la reiteración en que en esta última el sujeto ha cometido dos o más delitos sin que en ninguno de ellos haya recaído sentencia condenatoria, tratándose en consecuencia, de la comisión de varios delitos.

Finalmente cabe señalar que, desde una perspectiva del derecho penal general, la reincidencia ha sido considerada como uno de los elementos intervinientes en el proceso de determinación de la pena, como causal agravante de la responsabilidad penal.

2.1.8.2. Concepto de reincidencia.

La palabra Reincidencia proviene según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua de Re-e-incidir o sea volver a caer o reiteración de una misma culpa.

(Alcocer, 2018) señala que en su sentido literal, reincidir significa “recaer” o “repetir”. En su sentido jurídico, el contenido de dicho concepto lo delinea el trabajo legislativo, por lo que debe acudir al Derecho positivo para entenderlo. No obstante, la doctrina ha ensayado definiciones de esta circunstancia agravante de la pena, en gran parte, influenciada por la legislación del país de origen de sus autores. Por ejemplo, (Cerezo Mir, 2006) afirma que “en el lenguaje vulgar, reincidencia equivale a recaída en el delito, pero el concepto jurídico de reincidencia es más estricto, es preciso, para que se dé la agravante de reincidencia, que el sujeto, al tiempo de cometer el nuevo delito, hubiese sido condenado en sentencia firme por un delito anterior”.

(Mir Puig, 1974) Sostiene que la reincidencia es la comisión de una infracción penal por parte de quien, con anterioridad a ésta, ha sido condenado por otra infracción penal.

La reincidencia consiste en cometer un nuevo delito luego de una sentencia condenatoria, dentro de un período determinado de tiempo, lo que agravará la pena del delincuente, le impedirá acceder a la libertad condicional, permitiendo la incorporación de la reclusión por tiempo indeterminado.

La pena anterior debe ser real y no condicional. Se diferencia del concurso de delitos en que el delito o delitos anteriores ya han tenido condena efectiva. Carrara, fundamentó el aumento de la pena al reincidente en la insuficiencia de la pena ordinaria para ese delincuente, insuficiencia demostrada por el mismo autor al reiterar la conducta delictiva.

Muchos autores cuestionan a la reincidencia como factor de agravamiento del delito, pues agrava la condena de alguien que es más vulnerable a caer en el delito sumando cuestiones ajenas al hecho actual tipificado.

2.1.8.3. Tipos de reincidencia.

En cuanto a las dimensiones a tener en cuenta en la reincidencia son: en primer lugar, una reincidencia genérica y una reincidencia específica. Se habla de reincidencia genérica cuando el nuevo delito es de diferente naturaleza a aquel o aquellos por los que el sujeto fue condenado anteriormente; por ejemplo, si fue condenado por Robo Agravado por Efracción y comete posteriormente un Homicidio Culposos.

En cambio, es reincidencia específica, cuando el nuevo delito cometido es idéntico o análogo a aquel por el cual el sujeto fue condenado anteriormente.

1º Reincidencia Específica: Es cuando el sujeto realiza un hecho delictivo para luego repetir el mismo u otro ciertamente parecido el cual figure en el mismo título del código penal, conocida como la circunstancia agravante de reincidencia, por antonomasia.

2º Reincidencia Genérica: Es la circunstancia conocida como la impropia; siendo agravante de reiteración, donde se realiza la repetición en el delito, pero variedad en la especie; por ejemplo, una vez se robó y en otra se incurrió en cohecho.

En la antigüedad solamente se conocía la reincidencia específica y en el Derecho Romano vemos que la reincidencia genérica no era agravante para la pena.

Actualmente los dos casos están reconocidos y delimitados y Carrara nos dice que las dos formas deben tomarse en cuenta pero que más peligrosa es la genérica debido a que denota una mayor variedad de delitos.

En cambio, ALIMENA y CORNEJO adoptan una posición intermedia pues el primero dice que se equivalen y que sólo se diferencian en el tratamiento penal pues deben adoptarse distintos métodos según la clase de reincidencia. Cornejo agrega: "El delincuente ya sea genérico o específico, tiene la misma vocación para el delito y en ambos casos tiene más fuerza la inclinación al delito que el temor a la pena".

De lo dicho podemos afirmar que debe desaparecer esta diferencia pues si bien el delincuente genérico tiene mayor capacidad delictiva, el específico es un especialista que conoce a fondo su delito.

En la reincidencia se debe castigar la repetición del delito y no se puede variar según algunos autores la situación jurídica del delincuente porque el delito sea análogo o específico.

2.1.8.4. Las teorías explicativas.

Desde el advenimiento del derecho penal de garantías en el siglo XVIII hasta hoy, se han ensayado muchísimas explicaciones para la reincidencia, unas procurando compatibilizarla con los principios de este derecho penal y otras abiertamente fuera del mismo.

No es posible enumerar aquí y someter a crítica todas estas teorías, pero al menos, en forma sumamente sintética, nos ocuparemos de las más difundidas, aunque cabe precisar que las restantes son variables sin mayor originalidad.

a. La justificación por vía de la «doble lesión».

La tesis de que el delito provoca dos daños (uno inmediato y otro mediato o político) es antigua. Por este camino se ha pretendido ver en la reincidencia un injusto mayor en razón de la mayor alarma social que causaría el segundo delito (y consiguientemente, el mayor daño mediato o político). Este criterio, recogido en el Código Zanardelli, no responde a la realidad, pues autores de todas las épocas (Carrara, Antolisei) han objetado que el mayor daño político es eventual o es muy poco probable que se produzca, dado que en la mayoría de los casos son sólo los jueces y las policías quienes saben del carácter de reincidente. Este

«daño político» se convirtió en algo más abstracto, del tipo de un elemento que cierra el discurso, a los efectos de evitar su contingencia, transformándose en una lesión al «interés general en la preservación del orden jurídico» (Manzini). Admitir esta idea implica afirmar que el delito lesiona por lo menos dos bienes jurídicos y que la obediencia al estado es un bien jurídico lesionado en todo delito, siendo independiente de la lesión del bien jurídico del victimizado. En alguna medida es una tesis que opaca el concepto de bien jurídico como base del principio de ofensividad, que es uno de los pilares del derecho penal de garantías.

Por la misma senda puede ubicarse la tesis que ve en todo tipo dos normas: una que prohíbe la conducta típica y otra que impone la abstención de cometer otros delitos en el futuro (Armin Kaufmann). Esta duplicidad de normas, aparte de ser una figura bastante atormentada, deriva necesariamente de un nuevo bien jurídico que sería la mera voluntad estatal. Es incuestionable que en este planteamiento la disciplina se convierte en un bien jurídico, pues en modo alguno puede sostenerse que la segunda norma se limita a tutelar el bien jurídico afectado por el segundo delito, dado que en ese caso no se explicaría el plus de penalidad.

b. La justificación a través del abandono del derecho penal de garantías.

Abiertamente fuera del derecho penal de garantías, es decir, prácticamente en abierta oposición a los principios liberales del racionalismo, se colocó el positivismo monista italiano, que explicó la reincidencia a través de la peligrosidad (Ferri), o sea, reduciendo al hombre a una «cosa» regida mecánicamente y restándole su jerarquía de persona. Incluso dentro de esta vertiente autoritaria la explicación de la reincidencia mediante la peligrosidad resulta contradictoria, puesto que todo juicio

de peligrosidad debe entenderse como juicio de probabilidad, es decir, que no puede presumirse. Sin embargo, se cae en una contradicción jamás explicada al apelar a la «peligrosidad presunta», que de este modo se transforma en un concepto incomprensible.

c. La justificación a través de la culpabilidad de autor

En sus variantes de «culpabilidad de autor», de «carácter» o «por la conducción de la vida», todas las cuales exceden el marco del derecho penal de acto y, por lo tanto, del derecho penal de garantías, la culpabilidad por lo que se les ha servido a un considerable número de autores para explicar la reincidencia.

A diferencia del positivismo, que pretende explicarla por una característica del autor que se proyecta hacia el futuro, la culpabilidad de autor prefiere hacerlo por la vía de una característica del autor que se proyecta desde el pasado. El positivismo pretende salirse de las pautas garantistas en función de un concepto preventivo-especial de pena y la culpabilidad de autor lo hace en función de una idea retributiva de la pena.

Es claro que en estos últimos intentos se reprochan - y por lo tanto se retribuyen- caracteres personales que no son acciones, o bien, son acciones anteriores y atípicas.

De alguna manera, son corrientes que no hacen más que perfeccionar dogmáticamente teorías que provienen de mucho más lejos y que la mayor gravedad de la pena del segundo delito la justificaban porque ponía de manifiesto una mayor perversidad del autor (Pacheco, por ej.). En cierto sentido, y fuera del planteo dogmático en términos modernos, también cabría considerar aquí la explicación por la vía de la insuficiencia de la pena sufrida, que pondría de manifiesto una mayor insensibilidad del autor (Carrara), lo que bien puede emparentarse con una mayor

necesidad de «contropinta pénale» (Romagnosi) o de «psychologische Zwang» (Feuerbach).

a. **La justificaci3n por la mayor culpabilidad de acto**

En algunos autores ha primado el criterio de que la reincidencia implica un desprecio por el valor admonitorio de la condenaci3n precedente. En forma expresa algunos autores piensan que así como existen beneficios para quienes ponen de manifiesto su arrepentimiento, es natural que suceda lo contrario cuando con la reincidencia se muestra la falta de arrepentimiento (Latagliata). La admonici3n de la primera condenaci3n generar a una mayor o más actual conciencia de la antijuridicidad del segundo hecho y, por ende, un mayor grado de culpabilidad (Maurach).

Nos parece que esta afirmaci3n es gratuita, porque la conciencia de la antijuridicidad del segundo hecho es por completo independiente de la condena anterior, pudiendo ser incluso menor o no existir, sin que para nada tenga relevancia a sus efectos el primer hecho. El argumento ser a relativamente válido s3lo en caso de reincidencia específica y en delitos que requieren cierto grado de esfuerzo y abstracci3n para la comprensi3n de su antijuridicidad.

En resumen: podemos comprobar que la reincidencia se explica en los planteos jurídicos penales en la medida en que se abandona el derecho penal de acto, aunque a veces, ni siquiera en estas posiciones la explicaci3n resulta coherente. Por el contrario, las tentativas de explicarla dentro del marco de un derecho penal de acto son todas insatisfactorias.

2.1.8.5. La inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º de la ley N° 28726.

En la actualidad la presencia de legislación inconsistente con nuestra carta política ha ocasionado un gran impacto que ha dejado estupefacto a más de uno de los estudiosos del Derecho sobre todo dentro del campo Penal. Dentro de las inconsistencias planteadas entre normas legales y principios constitucionales encontramos la dación de la Ley N° 28726, la misma que introduce modificaciones al Código Penal y al Código Procesal Penal, incorporando instituciones como la Reincidencia, concepto que a nuestro parecer contraviene a uno de los principios más conocidos en el Derecho Penal y Constitucional como es el de “Ne bis in ídem”.

El problema está circunscrito en la determinación de la Inconstitucionalidad o No de los artículos 1º y 2º de la Ley en comentario, los mismos que han sido duramente criticados recientemente por diversos autores y lo que supone cierta involución e incluso desprestigio para el Derecho Penal Peruano dada su inconsistencia, incoherencia e incongruencia con los fines de la pena, cosa juzgada y demás principios universalmente aceptados como el de Ne bis in Ídem.

2.1.8.6. La institución de la reincidencia.

Son muchas las acepciones que podemos encontrar dentro de la doctrina sobre Reincidencia. Para Cabanellas “Reincidencia es la repetición de la misma falta, culpa o delito; insistencia en los mismos. Estrictamente hablando se dice que reincidencia es la comisión de igual o análogo delito por el reo ya condenado.

Agrava la responsabilidad criminal por demostrar la peligrosidad del sujeto, la ineficacia o desprecio de la sanción y la tendencia a la habitualidad” (Cabanellas Tomo VII: 112). Reincidencia es la realización de un nuevo delito, por el mismo

agente después de haber sido condenado por otro anterior, cuya pena se haya sufrido en todo o en parte y antes de haber transcurrido un determinado tiempo fijado por la ley. Coincidiendo con Ezaine respecto a la Reincidencia, dijo; que es la “recaída en el delito”

En cierto sector doctrinal dentro del cual ubicamos a juristas como Rossi, Carrara y otros, la reincidencia constituye una circunstancia agravante para la responsabilidad del autor del delito, siendo dicho criterio recogido en su mayoría por las legislaciones externas; mientras que otros, niegan la procedencia de la agravación. Y, por otro lado, no faltan penalistas tal como Bucellati o Kleinschrod que afirman que debe considerarse a contrario sensu, como causa de atenuación; ya sea porque la repetición del delito obedece a una minoración de la imputabilidad, o porque dicha repetición se deriva de ciertas fallas en la organización social y/o en los malos sistemas jurídicos penales y penitenciarios. Otros legisladores consideran que la reincidencia instituye un concepto propenso a desaparecer, y así ser substituido por el de la habitualidad; y de esta manera no deba reputarse como una circunstancia ya sea de agravación ni de atenuación de la pena; puesto que con la experiencia queda demostrado que el delincuente habitual es insensible a la sanción, y se mantiene en un estado de peligrosidad del cual hay que defenderse y a la sociedad, con medidas especiales. Y ello lleva implícito algo más que una agravante: la eliminación o el encierro perpetuo.

Tanto el Código Penal español como el argentino establecen a la institución de la Reincidencia como una circunstancia agravante, y en ciertos casos la circunstancia más grave de las agravantes, sancionada generalmente con la aplicación de una pena inmediatamente superior a la prevista normalmente.

2.1.8.7. Evolución legislativa.

En nuestra legislación, la reincidencia como agravante de la pena ha sido incluida en inicialmente en el Código Penal de 1863 en el Artículo 10°. *“Son circunstancias agravantes: (...) 14. Ser el culpable reincidente en delito de la misma naturaleza, o consuetudinario, aunque sea en otros de diversa especie”*. En el Código de 1924 se reguló en el Artículo 111° lo siguiente: *Es reincidente el que después de haber sufrido en todo o en parte una condena de pena privativa de la libertad, impuesta en sentencia nacional o extranjera, incurre, antes de pasar cinco años, en otro delito también con pena privativa de la libertad”*. Y el Artículo 112° prescribía lo siguiente: *“Los reincidentes serán reprimidos con pena no menor que el máximo de la que corresponde al delito”*.

Posteriormente con el Código Penal de 1991 fue proscrita, siendo nuevamente incorporada al ordenamiento jurídico mediante Ley N°28726 del 9 de mayo de 2006, que modifica el Código Penal insertando en el artículo 46 dos agravantes genéricas de la pena: La habitualidad y la reincidencia. Y por otro lado incorpora además disposiciones que definen la reincidencia y habitualidad como agravantes cualificadas.

2.1.8.8. Reincidencia en la legislación peruana.

Hasta antes del 9 de mayo de 2006 en que se publicó la Ley N° 28726 la Reincidencia y la Habitualidad eran instituciones que no aparecían en nuestro Código Penal. Sin embargo, la modificación literal que hace al respecto esta nueva ley en sus dos primeros artículos es evidente: *“Incorpórense al artículo 46° del Código Penal los incisos 12 y 13, con el siguiente tenor: 12. La habitualidad del agente al delito. 13. La reincidencia.”* (Artículo 1° de la Ley N° 28726).

La ley en mención describe cada una de estas instituciones en su artículo 2º de la siguiente manera:

“Artículo 46º- B.- Reincidencia: El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso, tendrá la condición de reincidente. Constituye circunstancia agravante la reincidencia. El juez podrá aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. A los efectos de esta circunstancia no se computarán los antecedentes penales cancelados”. y

“Artículo 46º- C.- Habitualidad: Si el agente comete un nuevo delito doloso, será considerado delincuente habitual, siempre que se trate al menos de tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años. La habitualidad en el delito constituye circunstancia agravante. El juez podrá aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal”.

2.1.8.9. El principio de NE BIS IN ÍDEM.

De manera general, el principio del Ne bis in ídem, constituye una garantía constitucional el cual está reconocida implícitamente en la Constitución Política y desarrollada en sentencias del Tribunal Constitucional, así como, en normas con rango de ley. No se presenta el Ne bis in ídem cuando existen fundamentos diferentes en los casos de concurrencia de pena y sanción administrativa, siempre en cuando exista una relación de sujeción especial.

Es decir, dicho principio literalmente significa “No dos veces por igual causa”. En materia penal significa que no cabe aplicar dos sanciones por una misma infracción, ni acusar segunda vez por igual hecho.

Dentro del Derecho Penal, este principio se encuentra universalmente aceptado por la doctrina. Aunque el hecho de ser un “Principio” pareciera hacerlo lejano a la realidad y a la praxis penal, ha sido legislado en diversos países dentro de su Texto Constitucional lo que no ya no lo hace solo un “Principio”, sino un “Derecho Fundamental”.

Es en la Constitución de 1979 en la cual, el principio de Ne bis in ídem se encontraba taxativamente regulado en su artículo 233° inciso 11. En la actualidad, la Constitución de 1993, no lo regula literalmente, sin embargo, su presencia es obvia dentro de las garantías establecidas en el artículo 139° así como en otros artículos de nuestro actual texto constitucional, en donde encontramos por ejemplo la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional.

Esta garantía comporta la imposibilidad de que una persona sea perseguida dos veces o más en razón de una misma imputación criminal. En contra del entendimiento que tradicionalmente se ha dado al Ne bis in Ídem, equiparándolo con el principio de la cosa juzgada (Ne bes in Ídem material); el contenido de esta garantía ha demostrado poseer mayor amplitud, pues no sólo comporta la prohibición de una persecución subsiguiente, es decir, cuando la imputación ya ha sido materia de un pronunciamiento final por parte del órgano jurisdiccional correspondiente, sino que también se encuentra referido a la prohibición de una persecución paralela, es decir, que la persona sea perseguida al mismo tiempo en dos procesos diferentes (Ne bes in Idem procesal).

De la misma manera, el hecho de “No ser juzgado dos veces por el mismo delito” guarda estrecha relación con los fines de la pena, tal como el fin protector, fin

resocializador y el fin preventivo, así como el principio de cosa juzgada, regulados constitucionalmente. De tal forma que aquello que contravenga a tales principios quebranta lo que un Sistema Jurídico Coherente posee dentro de sus fines y bases, los mismos que deberán ser acordes a los intereses fundamentales del Estado en que se desarrollan.

2.1.8.10. Antecedentes normativos comparativos en Latinoamérica de la reincidencia y habitualidad.

Es habitual que las figuras que aparecen consagradas en un cuerpo normativo y que ven la luz por primera vez, tienen un antecedente extranjero. Así, las figuras de la reincidencia y habitualidad no son la excepción a esta regla general. Estas figuras mayormente han sido desarrolladas en países latinos como México y Argentina, donde las mismas tienen una vigencia considerable en sus códigos penales, tal es el caso de México, donde estas figuras se encuentran contempladas en el artículo 20 y 21 del Código Penal Federal mexicano. Así tenemos:

“Artículo 20. Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga este carácter en este Código o leyes especiales:

Artículo 21. Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un período que no exceda de diez años.

Artículo 22. En las prevenciones de los artículos anteriores se comprenden los casos en que uno solo de los delitos, todos, queden en cualquier momento de la tentativa, sea cual fuere el carácter con que intervenga el responsable.

Artículo 23. No se aplicarán los artículos anteriores tratándose de delitos políticos y cuando el agente haya sido indultado por ser inocente”.

En lo que respecta al Código Penal de la Nación Argentina, estas figuras presentan el siguiente tenor literal: En lo que respecta al Código Penal de la Nación Argentina, estas figuras presentan el siguiente tenor literal:

Artículo 50. Habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena.

La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta para la reincidencia si ha sido pronunciada por razón de un delito que pueda, según la ley argentina, dar lugar a extradición.

No dará lugar a reincidencia la pena cumplida por delitos políticos, los previstos exclusivamente en el Código de Justicia Militar, los amnistiados o los cometidos por menores de dieciocho años de edad.

La pena sufrida no se tendrá en cuenta a los efectos de la reincidencia cuando desde su cumplimiento hubiera transcurrido un término igual a aquel por la que fuera impuesta, que nunca excederá de diez ni será inferior a cinco años”.

Lo curioso es que el término habitualidad no aparece definido en la normatividad argentina, salvo que los artículos:

Capítulo XIII encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo Artículo 277. (Texto conforme ley 25815) 3. La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando: c) El autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.

Artículo 278.- 1) a) Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces del monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado, con la consecuencia posible de que los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí; b) El mínimo dela escala penal será de cinco (5) años de prisión, cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza”.

2.1.8.11. Consideración acerca de los fundamentos de la reincidencia como agravante de la pena.

A. El papel del injusto y la culpabilidad en el momento de la determinación judicial de la pena.

Como lo refiere (Alcócer, 2018), la reincidencia es, en muchos países, una agravante de la pena. Como tal, se determina en el momento que el juez individualiza la sanción. Al respecto, y de modo general, se afirma que la determinación de la pena es un proceso amplio y complejo. Ésta tiene tres fases, la legislativa, la judicial y la ejecutiva. En la etapa judicial, la pena se fija según las circunstancias del caso concreto, conforme con el merecimiento y su necesidad. En efecto, (Alcócer, 2018) considera que la pena se individualiza en atención a un análisis retrospectivo (el juez mira tanto el injusto cometido como la culpabilidad del autor) y prospectivo del hecho (el juez establece una pena acorde con los fines preventivos de la misma) dentro de los límites punitivos establecidos por el legislador. Afirma que más allá de que existen posiciones teóricas que postulan una mirada única o preferente a la culpabilidad al momento de cuantificar la sanción (postura fundada, entre otras razones, en la imposibilidad de alcanzar con la pena los fines preventivos), lo cierto es que el Derecho Penal no sólo debe proteger los intereses de una de las partes en el conflicto (la víctima), sino que también debe cumplir con su función social de ordenación de conductas; a fin de que, a futuro, el mismo sujeto u otros no realicen hechos criminales.

Refiere (Alcócer, 2018) que la cantidad de pena impuesta debe cubrir esta doble expectativa, de modo relativo, pues “la exactitud en materia de determinación de la pena está muy lejos de ser alcanzada”. Para cumplir esta tarea es importante que el juez tenga en cuenta, en el momento de medir la dosis de pena, entre otros factores, aquellas circunstancias que estrictamente no forman parte del injusto ni de la culpabilidad, pero que los afectan. En este nivel, la mayor o menor cantidad de pena dependerá de la intensidad de aquellas. Por ejemplo, será razonable sustentar una sanción más grave en base a la valoración de los móviles execrables que tuvo el

agente para cometer el hecho criminal o del uso de una violencia exacerbada en el momento de su ejecución. Con ello, se incrementará la posibilidad de que la respuesta penal por el hecho cometido no sea sólo justa, sino también necesaria.

Finalmente nos señala que desde esta perspectiva, es posible considerar a la reincidencia como una *circunstancia* que afecta la valoración del injusto y la culpabilidad en el momento de la cuantificación de la sanción. Además, dependerá de las características del nuevo hecho cometido para establecer la necesidad de una mayor intervención punitiva.

B. La reincidencia como expresión de un mayor injusto

1°El injusto

Como lo afirma (Alcócer, 2018) el injusto ha sido definido como la expresión de una conducta *antinormativa*. El injusto, en sentido amplio, es también de resultado (caracterizado por la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos penales, aunado a los elementos subjetivos). De esta manera, se tiene un concepto que permite, entre otras cosas, desarrollar un sistema orientado a la prevención de delitos (a través de las normas) y a desaprobación la consecución de resultados antijurídicos. En ese orden de ideas, para la configuración del injusto es necesario que la realización de la conducta criminal ocasione un daño no sólo normativo (defraudación de una expectativa normativa), sino también empírico (individual y social). El juez debe tener en consideración ambos criterios, especialmente, al individualizar la sanción. Citando a Silva Sánchez, en el marco de la individualización judicial de la pena es necesario “acoger un *concepto real de injusto* que incorpore, junto a la dimensión empírica, también la comunicativa (o de negación de la norma)”. De esta forma, se

podrá desvalorar razonable y proporcionalmente el comportamiento delictivo y sus efectos, respectivamente.

2º El mayor injusto como fundamento de la reincidencia

Según esta teoría, se puede considerar que el delincuente reincidente vulnera, al cometer el nuevo hecho, dos tipos de normas, una que prohíbe u ordena realizar la conducta descrita en el tipo penal y otra que impone el deber de no incurrir en futuras infracciones penales. En otras palabras, con el nuevo delito cometido se provoca una doble lesión: de una parte, una lesión inmediata al bien jurídico protegido por la norma infringida y, por otro lado, una lesión mediata de carácter político o social; o, como señala MANZINI, un menoscabo “al entero orden jurídico”.

Mir Puig, por su parte, sostiene que la mayor gravedad por el segundo delito cometido se produce en el propio hecho, ya que, en él, el sujeto demuestra una actitud de mayor desprecio y rebeldía frente a los valores jurídicos que aquel tuvo además ocasión de comprobar a través de la pena. Y puede suponer únicamente una mayor gravedad del injusto, pues el delincuente, al delinquir por segunda vez infringe dos normas: la del delito que comete y la que prohíbe especialmente la repetición delictiva tras la condena. No obstante, para MIR PUIG este aumento del injusto es insuficiente para justificar la existencia de la agravante, pues estaría demasiado alejado de la idea de lesión o peligro de bienes jurídicos. Por ello, propone la supresión de la agravante de reincidencia y su sustitución por medidas de seguridad vinculadas con la idea de habitualidad criminal.

C. La mayor culpabilidad del reincidente

a. La culpabilidad

A pesar de la intensa y amplia discusión doctrinal sobre los alcances de la culpabilidad como categoría del delito, concibo que dicho concepto no abandona la idea del “reproche”. Lo que se cuestiona al agente es precisamente la omisión de una conducta exigida al autor. Al agente, quien actúa libremente se le exige una conducta conforme con el derecho y si no cumple con ello, merece ser sancionado de forma proporcionada al injusto creado.

De esta forma, la idea del “reproche” va aunada al deber o exigencia de actuar conforme con las normas de comportamiento. Como señala (Luzón, 2016), tal reprochabilidad jurídico-penal individual se basa en “la libertad de decisión y actuación del sujeto, en su posibilidad de acceder a las normas y de determinarse normalmente por ellas, y en la *exigibilidad penal individual* basada en valoraciones normativas que no hagan comprensible, explicable o disculpable su infracción en la situación concreta”.

Ahora bien, para la cuantificación de la sanción también resulta importante que se tengan en cuenta las razones de prevención. Este razonamiento permitirá determinar la cantidad de pena necesaria para cumplir dicho propósito. El límite de la sanción es el grado de culpabilidad por el hecho realizado. Es decir, el nivel de lo exigible normativamente al sujeto no sólo es un elemento que sirve para la cualificación de la responsabilidad penal, sino que también actúa como barrera en el ejercicio de individualización de la cantidad de pena.

b. La mayor culpabilidad como fundamento de la reincidencia

Se afirma que el sujeto, al volver a delinquir, se hace acreedor de un mayor “reproche” u “oposición”, pues con el nuevo hecho manifestó nuevamente su “desprecio” al ordenamiento jurídico en general, cuestionando la vigencia de

aquellas normas que regulan la convivencia social y brindan seguridad a los ciudadanos. De esta forma, el sujeto expresa una personalidad desviada y desaprobada por el Derecho.

Según esta tesis, la reincidencia no afecta al injusto (ni lo agrava ni lo atenúa), sino supone una condición socialmente desvalorada, basada en la “insensibilidad” del sujeto quien pese a haber “sufrido la pena”, vuelve a delinquir. Dicho con otras palabras, la reincidencia se fundamenta en “la renovada rebelión del sujeto hacia una ley cuya eficacia ha experimentado a través del juicio precedente”. El reincidente es rebelde pese a representarse lo grave (punible) de “su hacer”. En el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho, la reincidencia sólo puede hallar su fundamento en una mayor gravedad de la culpabilidad”.

De otro lado, se sostiene que la culpabilidad -desde una visión motivacional y no normativa- o deja pasar toda la gravedad del injusto o la disminuye, pero nunca la agrava. En otras palabras, las circunstancias agravantes afectan al injusto, pero no a la culpabilidad.

(Alcócer, 2018), considera que sí es posible graduar la culpabilidad, como sucede en otros casos, al momento de determinar la responsabilidad penal y de establecer la cantidad de pena. Por ejemplo, para determinar la responsabilidad penal se analiza si el sujeto incurrió en error de prohibición vencible o invencible; o si se presentó una eximente incompleta de culpabilidad. Asimismo, en el momento de la determinación judicial del *quantum* de la sanción, se acepta el efecto agravatorio de la circunstancia de parentesco (art. 23 CP español).

Finalmente se puede señalar que la reincidencia agrava la culpabilidad del agente pues él, libremente, volvió a cometer un delito con determinadas características y en

especiales circunstancias (la relación de injustos entre los crímenes cometidos, un plazo razonable que debe transcurrir entre la declaración de responsabilidad penal previa y el nuevo delito cometido, y la presencia del dolo tanto en el delito anterior como en el nuevo). En este caso, su posición, frente al hecho, es más grave que la del delincuente primario, ya que a pesar de habersele comunicado la declaración de responsabilidad penal por un hecho anteriormente cometido (sin haberse, necesariamente, ejecutado la pena) y que le era *exigible* actuar conforme con las normas que regulan su especial rol y su participación en la sociedad, optó nuevamente por enfrentarse al ordenamiento jurídico. Por esta razón, su conducta tiene un grado de reprochabilidad mayor, mereciendo una pena adecuada a dicha situación jurídica.

D. La insuficiencia de la pena anteriormente impuesta

(Alcócer, 2018) citando a CARRARA señala como única justificación aceptable de la reincidencia a la “insuficiencia relativa de la pena ordinaria” anteriormente cumplida. Para llegar a esta afirmación, dicho autor sostiene que se presume que la pena impuesta al delincuente primario es suficiente para lograr prevenir la reiteración delictiva.

Asimismo, se indica que la tesis de la “insuficiencia de la pena anteriormente impuesta” es limitada, no puede por sí misma justificar la mayor sanción al reincidente. La razón es que la llamada “eficacia” correctiva de la pena impuesta y ejecutada sólo tiene sentido en aquellos países que regulen como presupuesto de la agravante que el sujeto haya sufrido pena privativa de libertad efectiva (ni España ni el Perú asumen dicha posición en la actualidad).

Consideramos que la “insuficiencia de la pena anterior para evitar la recaída” no es una razón suficiente para fundamentar la agravante de la pena impuesta al sujeto reincidente, pues no sólo la pena anterior “fracasó” en su efecto preventivo, sino también la sociedad, el Estado y el propio ciudadano en el objetivo de la resocialización.

E. La peligrosidad del reincidente

a. La peligrosidad

La inclusión de la “peligrosidad” en el debate penal no es un asunto nuevo. No obstante, el contenido de dicho concepto varió conforme a las tendencias que sobre el origen o causas de la criminalidad se han presentado a lo largo del tiempo. En sentido lato, se entiende por peligrosidad como aquella cualidad de alguien o algo para producir algún mal con mayor o menor inmediatez, es decir, para crear un riesgo.

Sin embargo, se afirma que para el Derecho penal la peligrosidad cobra real importancia cuando “la acción temida de la persona peligrosa constituye una infracción criminal (delito o falta) o, más propiamente, un hecho típico y antijurídico”. Es decir, cuando estamos ante la denominada peligrosidad criminal. De esta manera, se restringe el concepto de peligrosidad, evitando el desborde del poder penal hacia supuestos no necesitados de una mayor represión punitiva. Se han expresado muchas críticas sobre el uso de este concepto en el Derecho penal, principalmente por la inseguridad de los métodos para pronosticarla en un sujeto determinado y por el amplio margen de discrecionalidad que tiene quien lo establece.

Asimismo, si bien la norma material no puede ponerse en todos los supuestos en los que surge la posibilidad de una comisión delictiva, “sí puede establecer cuáles son las circunstancias [mínimas] frente a las cuales resultaría intolerable para la generalidad que el Estado omitiera toda prevención. Tal podría ser el caso, bajo ciertas condiciones, de ciertos supuestos de reincidencia grave”.

Con todo, a pesar de la crítica a la que ha sido sometida, la peligrosidad es una expresión frecuentemente utilizada para la determinación del contenido de diferentes figuras penales (por ejemplo, los delitos de “peligro”), procesales (por ejemplo, “peligro de fuga”) y de ejecución penal (por ejemplo, “peligro de reincidencia”). Al respecto, ZIFFER refiere que el proponer la eliminación de todas aquellas medidas penales y procesales que utilicen este concepto es una salida demasiado fácil y hasta irreal. Además, si se considera que el Derecho penal tiene “carácter preventivo (entonces) está obligado a operar con decisiones adoptadas sobre la base de un pronóstico”.

b. La peligrosidad como sustento de la mayor pena al reincidente

Se afirma que el mayor “reproche” de la reincidencia, como agravante de la pena, se sustenta en la mayor peligrosidad del sujeto infractor de la ley penal. Con una mayor sanción, por lo tanto, con un mayor tiempo de privación de la libertad, se busca incrementar la seguridad de los ciudadanos ante sujetos que se han enfrentado nuevamente al ordenamiento penal, evidenciando que su peligrosidad criminal no ha sido erradicada con la inicial condena. En esa línea, (Alcócer, 2018) citando a MARTÍNEZ GARAY sostiene que “desde el punto de vista del pronóstico de peligrosidad, la repetida comisión de delitos en el pasado es, sin duda, uno de los factores con mayor poder predictivo de reincidencia futura, como han puesto de manifiesto numerosísimos estudios”.

Además, se afirma que el presupuesto de toda pena es la culpabilidad del autor por el hecho cometido y no la peligrosidad. Si se considera que el fundamento de la agravación de la reincidencia es la peligrosidad del autor, el instrumento adecuado para castigar la conducta no es la pena, sino la medida de seguridad. Sobre este tema, JIMÉNEZ DE ASÚA pretendía reservar la aplicación de las penas a los sujetos imputables y culpables, pero no restringía la aplicación de las medidas de seguridad a los sujetos inimputables. Para dicho autor el delincuente habitual es un verdadero incapaz para la pena, que se encuentra en “estado peligroso” y contra el cual es necesario defenderse a partir de la aplicación de “medidas de carácter especial”.

Precisamente, la evaluación realizada por el juez, en el momento de decidir una mayor pena al reincidente, tiene una clara base empírica (en el caso de la reincidencia: el hecho nuevamente realizado y que tiene carácter delictivo) y normativa (el mayor injusto culpable). Este acontecimiento es objeto de análisis a efectos de cuantificar la pena, no sólo al determinar la responsabilidad penal. Dicho con otras palabras, la situación de peligrosidad es provocada por el sujeto: la peligrosidad es consecuencia de un injusto culpable más grave. Al reincidente se le impone una mayor pena como consecuencia de su propio comportamiento.

F. La reincidencia y los fines de la pena

(Alcócer, 2018), ha señalado que existen diversos planteamientos sobre los fines de la pena, siendo estas las siguientes:

a. La teorías absolutas de la pena

(Alcócer, 2018) citando a Villavicencio, señala que a partir de una concepción de la pena basada en su efecto retributivo, se considera que la legitimidad de la sanción no se encuentra fuera de ella misma. Se afirma que el fin de la pena “se agota en sí

misma en cuanto mal que se impone por la comisión de un hecho delictivo”, llegándose a afirmar que una “pena útil pero no justa, carecerá de legitimidad”. Con esta teoría se concibe a la pena como acto de retribución o castigo por el mal delictivo que se ha producido, no encontrándose el sentido de la pena en la persecución de algún fin social ulterior. Dicho con otras palabras, la pena –según esta posición– se entiende desvinculada de cualquier efecto que pueda provocar en la sociedad: La pena retribuye el delito, es decir, la pena es únicamente castigo al delincuente por su delito: no pretende alcanzar un efecto preventivo.

Indica (Alcocer, 2018), que en contra de esta teoría se han esgrimido distintas objeciones. Por ejemplo, la señalada por (Bacigalupo, 2019) quien indica que la necesidad de ejecución de la pena sin ninguna consideración de sus consecuencias sociales choca con el sentimiento jurídico moderno. En esa línea, (García, 2005) explica que el rechazo a las teorías absolutas de la pena se basa “en la opinión general de que la existencia del Derecho penal depende de la existencia de la sociedad, de manera que resulta imposible imaginar un Derecho penal desligado de su utilidad social”. Asimismo, se indica que las teorías retributivas confunden el medio con el fin, ya que la retribución no es un fin de la pena, aunque posiblemente sí un componente de la misma. Como sostiene ROXIN: “la idea misma de la retribución compensadora sólo se puede hacer plausible mediante un acto de fe. Pues considerándolo racionalmente no se puede comprender cómo se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, sufrir la pena”.

El fin retributivo de la pena y la reincidencia. (Alcócer, 2018), precisa que el rechazo a una visión puramente retributiva de la pena, nos lleva a considerar que a partir de esa sola concepción tampoco se pueda justificar la agravación del castigo al reincidente. Es necesario que la sanción impuesta al condenado (primario o

reincidente) también se oriente a la consecución de fines preventivos. En este escenario, el papel que cumple la visión retributiva de la pena será, en principio, de límite a dicho propósito.

Precisa que con detalle, en el caso de la reincidencia es frecuente la consideración de que con la pena impuesta a quien ha vuelto a cometer un delito se pretende producir un mayor efecto comunicativo (efecto social-psicológico) a la comunidad y al propio condenado. Por ello podría decirse que el fundamento del incremento de pena a quien vuelve a cometer un delito lo encontramos, según esta posición, solamente en los postulados “preventivistas”. No obstante, es posible considerar que con la agravante de reincidencia el Estado desvalora globalmente el hecho e impone al autor una pena justa, es decir, proporcional a la mayor gravedad del hecho cometido. La sanción a imponerse (en lo cualitativo y cuantitativo) será una razonable consecuencia de lo que hizo.

- b. **Teorías relativas**, (Alcócer, 2018) citando a García Pablos, señala que para las teorías relativas (preventivo generales y especiales), el fin de la pena no se agota en la propia retribución del delito cometido, por el contrario, se proyecta socialmente con el propósito de evitar la comisión de nuevos comportamientos criminales.

1º Aspectos generales sobre el fin preventivo general de la pena- (Alcócer, 2018), indica que esta teoría presenta dos variantes: la negativa y la positiva. En su vertiente negativa, encabezada por FEUERBACH, se presentaba a la pena como una amenaza dirigida a todos los ciudadanos a fin de evitar la criminalidad. En otras palabras, la pena, según esta teoría, sirve para intimidar a todos los individuos con la finalidad de que no cometan delitos. Se afirma que el fin preventivo general negativo intimidatorio, basado en la “coacción psicológica” y dirigido al delincuente como

sujeto racional es criticable, pues supondría aceptar la teoría del Derecho penal asentada en la “utilidad subjetiva que cada delito reporta al que lo comete y no sobre la magnitud objetiva del daño que dicho delito causa”, abriendo el camino hacia el incremento desmedido de la pena, a fin de aminorar la expectativa del beneficio que pudiera tener el delincuente con la conducta criminal.

Por otro lado (Alcócer, 2018), citando a Villavicencio, señala que desde una perspectiva de prevención general positiva, se busca, sobre la base de los parámetros de un Estado social y democrático de Derecho, dirigirse a la colectividad para producir en ella la fidelidad e interés hacia la fuerza y eficacia de la pena hallada en la sentencia. Ello, con el fin de que la ciudadanía crea y confíe en sus instituciones. En este sentido, ROXIN identifica tres fines y efectos distintos: “El efecto de aprendizaje, motivado social pedagógicamente; el ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción”. BACIGALUPO indica que en la actualidad se postula que “la función de la pena es la prevención general positiva, es decir, ‘la reacción estatal a hechos punibles, que al mismo tiempo importa un apoyo y un auxilio para la conciencia normativa social’ [es decir] la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales”. Agrega que según esta posición la “tarea del Derecho penal es el mantenimiento de la norma, como “modelo orientador del contacto social” y que el contenido de la pena, por tanto, es el rechazo de la desautorización de la norma”. Esta descripción se acerca a la original teoría normativista planteada por JAKOBS.

2º El fin preventivo general de la pena y la reincidencia- Nuevamente

(Alcócer, 2018), nos señala que la pena tiene una dimensión comunicativa y cognitiva que debe ser valorada al momento de describir sus funciones o fines (garantizar el

efecto comunicativo de la norma y generar una confianza real en el sistema) y al aplicarse en un caso concreto.

Esta posición encaja perfectamente en la idea de un injusto culpable graduable (evaluado al momento de determinarse la sanción), pues la cantidad de pena a imponerse (por ejemplo, al reincidente) será precisamente resultado de la gravedad empírica y normativa del hecho, la que ayudará a perfilar y limitar, a su vez, su necesidad. De otro lado, es cierto que un sector de la doctrina considera que la agravante de la pena producto de la condición de reincidente del sujeto no puede fundarse en un criterio preventivo general, ya que la eficacia misma de la pena para alcanzar este objetivo no se ha podido demostrar con exactitud (decir lo contrario y afirmar la agravante sobre la base de este fin supondría utilizar al ser humano para que los demás no delincan).

Toda política criminal, respetuosa de los principios de un Estado social y democrático de Derecho, no debe abandonar el “norte” preventivo de la sanción, resaltar su utilidad en una sociedad que espera que el sistema penal se corresponda con la realidad y con la necesidad de seguridad. Claro está, la consecución de dicho fin no puede llevarnos a otorgar “carta blanca” al Estado para imponer medidas drásticas, deshumanizantes. En esa línea, la mayor pena al reincidente debe ser útil, pero no desproporcionada.

3º Aspectos generales sobre el fin preventivo especial de la pena- Para (Alcócer, 2018), esta teoría considera que la finalidad de la pena está dirigida a influir de manera directa sobre el agente. De esta forma, el efecto comunicativo de la sanción no se dirige a la comunidad, sino al individuo mismo, centrándose en el momento de la imposición y de la ejecución de la pena. Esta corriente, en su origen, fue una

reacción contra los planteamientos retribucionistas que, según refiere GARCÍA PABLOS DE MOLINA, eran incapaces de frenar el auge de la criminalidad. En la actualidad, se afirma que el fin preventivo especial será positivo o no según la característica que se le dé a la pena: si es resocializadora, el fin será positivo. De otro lado, si la sanción sólo busca la intimidación del delincuente, la finalidad será negativa. Con mayor detalle, se puede decir que, si la pena a imponerse a un sujeto por la comisión de un hecho delictivo pretende, mediante la presentación de alternativas de socialización, que el delincuente no vuelva a repetir su conducta criminal, la finalidad será positiva. En cambio, si la pena sólo aleja al delincuente de la sociedad, entonces, lo que en realidad se buscará con la sanción será su inocuización. Esta perspectiva puramente negativa del fin preventivo especial de la pena es –hay que decirlo– consecuente con la realidad penitenciaria de muchos países, en el que el fin resocializador de la sanción viene a ser una utopía.

Orientar la política penitenciaria a la resocialización del delincuente (brindando las condiciones necesarias para alcanzar dicho objetivo) es una tarea irrenunciable que dignifica al ser humano y expresa la existencia de un modelo de Estado garantista. También resulta irrenunciable considerar que el condenado (en tanto sujeto de derechos y deberes) tiene un compromiso en torno a su resocialización. No obstante, las convicciones personales del sujeto deben ser respetadas: de adaptar su conducta al orden jurídico. Precisamente, todo programa resocializador debe ser voluntario y condicionado al consentimiento de quien cumple una condena. Si dicha persona es renuente a cumplir con esta tarea, deberá asumir las consecuencias que el propio sistema jurídico establece para estas situaciones (por ejemplo, el no otorgamiento de beneficios penitenciarios o la agravación de la pena por la comisión de un segundo delito), dentro del marco de la razonabilidad y de la proporcionalidad.

4° El fin preventivo especial de la pena y la reincidencia- Según (Alcócer, 2018) se ha pretendido sustentar la mayor pena al reincidente en base a la sola necesidad de poner en práctica un “tratamiento” que ayude al delincuente a evitar la recaída en el delito (se dice, un “tratamiento” que será una respuesta adecuada a la tendencia delictiva demostrada por el agente al volver a delinquir). En contra de este argumento se ha dicho que una perspectiva puramente inoquizadora de la pena trastoca las bases de un correcto sistema político criminal que oriente la pena a la resocialización del delincuente a través de la puesta en práctica de alternativas *no curativas* (tampoco se debe admitir el fraude de etiquetas), sino realmente integradoras que respeten la dignidad del ser humano. No obstante, también se ha afirmado que la finalidad resocializadora de la pena tiene una casi nula plasmación en la realidad de muchos países, lo que ha llevado a ser pretexto para cuestionar la aplicación de la agravante por reincidencia. Así, se formula la siguiente pregunta: ¿por qué castigar aún más a la persona que fracasó en su tratamiento?, se dice que no debe dejarse de lado que con “la reincidencia se demuestra que el autor carece de la capacidad de elaborar esa experiencia previa y de trasladarla a una decisión reflexiva (...), la recaída en el delito es la demostración de la menor capacidad del autor para conducirse conforme a las exigencias que le formula el Derecho. Si el “reproche” se hace a la persona que puede conducirse de otra manera, no se entiende por qué se le agrava la pena a quien demuestra lo contrario con los hechos”.

c. Teorías mixtas

Para (Alcócer, 2018), estas teorías, dominantes en la legislación comparada, reúnen aquellas características de las posturas ya comentadas. De esta forma, se identifica a la pena como justa y útil. Se considera que la pena debe reprimir tomando en cuenta la culpabilidad y la proporcionalidad con respecto al hecho delictivo y, a su vez, evitar

la comisión de nuevos delitos. Entre las principales posiciones se puede encontrar a la teoría unificadora dialéctica de ROXIN, la cual se desarrolla en tres fases: a) Conminación (en donde prima la función preventivo general de la pena pues la función de ella es la protección de bienes jurídicos y realizar las prestaciones públicas imprescindibles para la sociedad). b) Aplicación judicial (en donde prima el fin retributivo de la pena (pena justa), sin dejar de lado al fin preventivo general y especial de la sanción penal). c) Ejecución de la pena (momento en el cual con la pena se tiende a la resocialización del delincuente). Así, a criterio del mencionado autor, la función de una teoría mixta o unificadora capaz de sostenerse en las condiciones de hoy en día “consiste en anular, renunciando al pensamiento retributivo, los posicionamientos absolutos de los respectivos y, por lo demás, divergentes planteamientos teóricos sobre la pena; de tal forma que sus aspectos acertados sean conservados en una concepción amplia y que sus deficiencias sean amortiguadas a través de un sistema de recíproca complementación y restricción”.

A juicio de (Alcócer, 2018), las diversas posiciones sobre el fundamento de la reincidencia no sólo expresan el profundo interés del que ha sido y es objeto esta figura por la dogmática penal, sino que también reflejan aquel “peso enorme, todavía hoy, de las consideraciones puramente nominalistas, ordenancistas; que esto está en lo injusto o en la culpabilidad”. De allí que dejando de lado una visión formal del problema, considero que de modo gradual es posible sostener una visión sintética de la reincidencia y valorarla como una circunstancia que influye en la determinación de la pena, agravándola, en tanto es razonable que exista la *necesidad* de que el Estado responda de modo drástico ante un *injusto culpable más grave*, en comparación con el hecho criminal realizado por el delincuente primario, y que incrementa la inseguridad. Dicho con otras palabras, la *necesidad* de una mayor pena

al reincidente está delimitada, entre otros elementos (por ejemplo, la prevención), por el grado de su *merecimiento*.

d. Cuestiones de merecimiento de pena

Más allá de las críticas formuladas a esta agravante, (Alcócer, 2018) considera que, con ella, en ciertas ocasiones, se causa un injusto culpable más grave. Con mayor detalle, ha dicho que el daño que provoca el reincidente es mayor al ocasionado por el delito cometido por el delincuente primario. Y es que conforme se expone en este trabajo, aprecio que el efecto provocado por el segundo hecho criminal (el que es presupuesto de la pena agravada en la reincidencia) tiene una doble dimensión: la empírica y la normativa. La dimensión empírica del daño tiene, a su vez, un doble carácter: individual y psicosocial. En el plano individual, la conducta del reincidente genera la afectación al objeto material que representa al bien jurídico protegido. De cumplirse estos criterios, desde el plano empírico, se creará una expectativa cognitiva razonable de que el sujeto “va a volver a delinquir” y se justificará, con ello, una mayor intervención penal.

Por su parte, señala (Alcócer, 2018) desde una visión normativa, el último hecho cometido por el reincidente resulta ser más grave para el Derecho. Dicho acontecimiento tiene un significado jurídico penal doblemente negativo, en tanto él es producto de una decidida afectación no sólo del bien jurídico tutelado en el tipo acabado de cometer, sino también frente al ordenamiento jurídico en su conjunto, al “volver a delinquir”. Dicho de otra manera, el reincidente, al cometer nuevamente un delito, también habrá infringido el deber de “no volver a cometer conductas criminales”, agravándose el reproche de su conducta (de él se esperaba más).

Asimismo, debe resaltarse que la gravedad normativa y empírica del hecho realizado, limitada por los criterios expuestos en este trabajo, hacen que el delincuente reincidente sea considerado peligroso, merecedor de una mayor pena.

¿Cuáles son los elementos que coadyuvarían a la determinación del injusto culpable más grave?

Más allá de la opción legislativa específica de los países que regulan a la reincidencia como agravante de la pena, postulo se tomen en cuenta estos elementos:

a.1 El tiempo. - La legitimidad de la sanción más grave al reincidente debe fundamentarse en el mayor injusto culpable (causa de la peligrosidad del delincuente). Un elemento importante para advertir tal estado es el paso el tiempo (por ejemplo, en el caso peruano, el nuevo delito debe producirse dentro de los cinco años desde que cumplió la pena). Se trata de un criterio, no el único, que permite a la autoridad afirmar y, con ello, desvalorar la realidad del riesgo.

a.2 Relación de injustos. - Para delimitar la peligrosidad es importante establecer vínculos entre el delito objeto de la condena anterior y el nuevo delito. Planteo como un criterio para relacionar los tipos, el concepto de injusto, el mismo que en la sistemática actual de la teoría del delito, constituye el punto de partida para determinación de una conducta como delictiva. En él se describen las circunstancias o características del comportamiento anti normativo: los medios, el contexto y, de modo tácito, los deberes a los que está sujeto el destinatario de los mismos. Un comportamiento humano se ejecuta en un tiempo y espacio determinados. Dicho marco delimita las características del injusto realizado por el sujeto.

Por ejemplo, si una persona cometió un delito de peculado al apropiarse de fondos públicos durante el tiempo que era funcionario público con la potestad de administrar dinero del Estado y luego vuelve a cometer un delito, esta vez de apropiación ilícita, incorporando a su patrimonio bienes de origen privado que administraba. En ambos casos, a pesar de que se tratan de tipos penales diferentes, existe una clara vinculación de injustos, pues el agente demostró ser infractor de un deber de custodia de los bienes sometidos a su cargo.

a.3 El dolo. - Una conducta dolosa es la manifestación de un decidido interés del agente por afectar el bien jurídico. Por ello, considero importante que en las legislaciones se considere este factor para considerar a un sujeto como peligroso. Si bien es cierto que quien actúa con culpa causa también un efecto desestabilizador en el ordenamiento y podría incrementar la sensación de inseguridad, lo acorde con el principio de mínima intervención del Derecho penal es negar que, en este caso, el sujeto descuidado sea una fuente de riesgo que lo haga merecedor de una mayor pena. El hecho repetido que causa dicha persona negligente no deja de ser un nuevo error, carente del grado de lesividad y de exigibilidad suficiente, si lo comparamos con la conducta delictiva cometida dolosamente por un sujeto de modo reiterado.

e. Cuestiones de necesidad de pena

(Alcócer, 2018), nos señala que la legitimidad de la pena impuesta al agente reincidente debe basarse en la necesidad de que con ella se alcancen los fines preventivos esenciales a su naturaleza. La pena debe ser justa, proporcional al hecho cometido. Al respecto, citando a MUÑOZ CONDE: “La pena adecuada a la culpabilidad puede cumplir perfectamente la función preventiva general”. En

resumen, este método nos conduce a la necesidad de que se garantice, con eficacia y eficiencia, el “juego justo” en las relaciones de intercambio.

De esta manera considera importante plantearse la siguiente pregunta: “¿Beneficia a la sociedad agravar la pena al sujeto reincidente?”. Una nula regulación de la reincidencia como agravante de la pena crea incentivos en el sujeto peligroso, de actuar delictivamente de modo reiterado, sin un “reproche” adicional producto de la conducta criminal nuevamente realizada. Es cierto que la omisión legislativa no determina la reiteración delictiva, pero la promueve. Así como la instauración de un sistema procesal ineficiente (por ejemplo, que sea incapaz de descubrir el hecho o que no pueda aprehenderlo) incrementa el riesgo de la realización de conductas antinormativas (cumple un efecto motivacional en sentido negativo), una nula regulación de un hecho que socialmente es desvalorado crea en términos fácticos inseguridad e insatisfacción general con el sistema penal, y desde una perspectiva normativa, desproporcionalidad, minimizando los costos que pudiera tener el delincuente producto de una reiterada conducta lesiva.

El Estado no debe renunciar a agravar la pena al reincidente, a pesar de no haberle brindado las condiciones necesarias para orientar su conducta hacia la socialización.

f. Criterios para la cuantificación de la pena al sujeto reincidente

El proceso de determinación de la pena constituye, como afirma (Alcócer, 2018) citando a SILVA SÁNCHEZ, la “continuación cuantitativa de la teoría del delito”. La cuantificación de la pena dependerá de la entidad del injusto objetivo y subjetivo, así como del grado de culpabilidad del agente. En esta etapa, considero que el juez también ejerce política criminal, canalizada no sólo a través del análisis de las categorías del delito, sino de modo directo al momento de evaluar la necesidad o no

de pena, conforme con los fines que persigue el Derecho penal (acorde con este punto de vista, el juez optará, de ser el caso, por un tipo de sanción a imponer al sujeto, determinará su cantidad y podrá decidir la necesidad de su ejecución), más allá del merecimiento. La decisión del juez estará orientada y limitada por los principios constitucionales que inspiran un modelo penal propio de un Estado social y democrático de Derecho. Evitándose el ejercicio abusivo del poder penal.

El juicio de determinación de la pena propuesto para el caso de reincidencia, basado en la valoración retrospectiva del injusto culpable y en la necesidad de intervención del Estado, parte de los siguientes elementos: en primer lugar, la gravedad de la ilicitud de la conducta y su relación con el bien jurídico protegido; y, en segundo lugar, la mayor exigibilidad (en ella se incluyen las razones de prevención, limitada por la responsabilidad por el hecho).

Además, conforme con la postura defendida en este trabajo, la agravante de reincidencia sólo podrá aumentar la pena por el segundo delito cometido dentro del marco sancionatorio establecido por el legislador (agravante genérica). Para la cuantificación de la pena, la escala numérica a utilizar será del 1 al 10 (la determinación de la gravedad de la sanción seguirá, como es lógico, un orden ascendente).

Paso 1

El juez tendrá la potestad de agravar o no la pena, a pesar de que el sujeto dolosamente volvió a cometer un injusto vinculado con el otro anteriormente cometido, en un tiempo no mayor de cinco años desde la declaración definitiva de la responsabilidad penal. Otorgar al juez la facultad de agravar o no la sanción tiene como propósito que el castigo sea proporcional al acto cometido por el sujeto. Por

ejemplo, si un sujeto vuelve a lesionar dolosamente, esta vez, en estado de “emoción violenta”, el juez no debería agravar la sanción (una mayor pena no sería necesaria), pues con el segundo hecho realizado no se expresa peligrosidad.

Paso 2

En el caso en que el juez decida que el sujeto es peligroso por ser reincidente, la pena a imponerse será superior a la mitad del marco de la pena abstracta, limitada por su máximo. En el ejemplo, de 5 a 10.

Paso 3

Se calculará la pena dentro del nuevo sub-marco establecido en el paso 2. La dosis a imponer será mayor a la mitad de dicha escala (7,5) y menor que el máximo de pena (10) en los siguientes casos:

- I. Cuando exista identidad absoluta de injustos; que se le haya atribuido al sujeto ser autor de ambos tipos penales. Dichos delitos deben haber sido sancionados como delitos consumados. Por ejemplo, al agente se le condenó anteriormente por haber cometido una estafa y luego cometió otro delito de estafa. Se le atribuyó ser autor de ambos delitos, que afectaron el patrimonio de la víctima.
- II. Cuando se presente identidad absoluta de injustos. Además, que por el primer delito se le haya atribuido responsabilidad penal al sujeto en calidad de partícipe y, por el segundo delito, en calidad de autor. Dichos delitos deben haber sido sancionados como delitos consumados. Por ejemplo, al agente se le condenó anteriormente por ser cómplice de un delito de estafa. Luego, se le responsabilizó penalmente por ser autor del delito de estafa en calidad de autor. Ambos delitos lograron afectar el patrimonio de la víctima.

- III. Cuando se presente identidad absoluta de injustos. Además, que por ambos tipos penales cometidos se le haya atribuido al sujeto la autoría de los mismos. Ambos tipos penales son sancionados en grado de tentativa. Por ejemplo, al sujeto se le condenó anteriormente por ser autor del delito de estafa. Luego se le responsabilizó por ser autor de otro delito de estafa. Ambos tipos penales no afectaron el patrimonio, lo pusieron en peligro (tentativa). Como en todo caso de tentativa punible, no se logró ocasionar el resultado por una causa ajena a la voluntad del agente.
- IV. Cuando exista identidad absoluta de injustos. Además, que por ambos tipos penales cometidos se le haya atribuido al sujeto la autoría de los mismos. Sin embargo, por el primer delito fue sancionado como delito tentado y, por el segundo, como delito consumado.
- V. Por ejemplo, al agente se le condenó anteriormente por ser autor del delito de estafa. Luego se le responsabilizó por ser autor de otro delito de estafa. Sin embargo, el primer delito realizado se sancionó en grado de tentativa y el segundo en grado consumado.
- VI. Cuando se presente identidad relativa de injustos. El primer delito cometido debe ser menos grave que el segundo. Asimismo, que al sujeto se le haya condenado como autor de los mismos. Ambos delitos deben haber sido consumados. Por ejemplo, al agente se le condenó anteriormente por ser autor del delito de falsedad genérica y luego por ser autor del delito de estafa. Ambos tipos penales fueron consumados.
- VII. Ante la identidad relativa de injustos. El primer delito cometido debe ser menos grave que el segundo. Asimismo, que al sujeto se le haya condenado por el

primer delito como partícipe y, por el segundo, como autor. Ambos delitos deben haber sido consumados. Por ejemplo, al agente se le condenó anteriormente por ser cómplice del delito de falsedad genérica y luego por ser autor del delito de estafa. Ambos tipos penales fueron consumados.

- VIII. En presencia de la identidad relativa de injustos. El primer delito cometido debe ser menos grave que el segundo. Por ambos delitos el sujeto fue condenado en calidad de autor. Por el primer delito fue sancionado en grado de tentativa y, por el segundo, en grado consumado. Por ejemplo, al agente se le condenó anteriormente por ser autor del delito de falsedad genérica y luego por ser autor del delito de estafa. Sin embargo, por el primer delito fue sancionado en grado de tentativa y, por el segundo, en grado consumado. En este caso, la identidad en el grado de ejecución es irrelevante, pues no se provocó el resultado por una causa ajena a la voluntad del sujeto. He considerado que existe un plus de peligrosidad no sólo en los supuestos de identidad absoluta de injustos, identidad de grado de consumación y de título de imputación; sino también en los casos en que la responsabilidad penal se incrementa (partícipe-autor y delito menos grave-delito más grave). Asimismo, anoto que en el caso de delitos muy graves (secuestro, violación sexual contra menores de edad, homicidio calificado) la pena siempre se impondrá dentro del sub-marco mencionado, dejándose de lado los criterios de “identidad” y de “incremento” de responsabilidad antes aludidos.
- De otro lado, se calculará la pena dentro del sub-marco ya establecido que tiene como mínimo la mitad de la escala original (5) y como máximo el 50 % adicional a ella (7,5). Los casos son los siguientes:

- i. En la identidad absoluta de injustos, que se le haya atribuido al sujeto ser partícipe de ambos tipos penales. Dichos delitos deben haber sido sancionados como delitos consumados. Por ejemplo, al agente se le condenó anteriormente por haber cometido una estafa y luego cometió otro delito de estafa. Se le atribuyó ser cómplice en ambos delitos, que afectaron el patrimonio de la víctima.
- ii. En la identidad absoluta de injustos, que por el primer delito se le haya atribuido responsabilidad penal al sujeto en calidad de autor y, por el segundo delito, en calidad de partícipe. Dichos delitos deben haber sido sancionados como delitos consumados. Por ejemplo, al agente se le condenó anteriormente por ser autor de un delito de estafa. Luego, se le responsabilizó penalmente por ser cómplice del mencionado delito. Ambos delitos lograron afectar el patrimonio de la víctima.
- iii. En la identidad relativa de injustos. El primer delito cometido debe ser más grave que el segundo. Asimismo, que al sujeto se le haya condenado como autor de los mismos. Ambos delitos deben haber sido consumados. Por ejemplo, al agente se le condenó anteriormente por ser autor del delito de estafa y luego por ser autor del delito de falsedad genérica. Ambos tipos penales fueron consumados.
- iv. Si hay identidad relativa de injustos. El primer delito cometido debe ser más grave que el segundo. Por ambos delitos el sujeto fue condenado en calidad de autor. Por el primer delito fue sancionado en grado de consumado y, por el segundo, en grado de tentativa. Por ejemplo, al agente se le condenó anteriormente por ser autor del delito de estafa y luego por ser autor del delito

de falsedad genérica. Sin embargo, por el primer delito fue sancionado en grado consumado y, por el segundo, en grado de tentativa. En este caso, la inidentidad en el grado de ejecución es irrelevante, pues que no se haya logrado provocar el resultado fue por una causa ajena a la voluntad del sujeto.

v. Cuando hay identidad relativa de injustos. El primer delito cometido debe ser más grave que el segundo. Asimismo, que al sujeto se le haya condenado por el primer delito como autor y, por el segundo, como partícipe. Ambos delitos deben haber sido consumados. Por ejemplo, al agente se le condenó anteriormente por ser autor del delito de estafa y luego por ser cómplice del delito de falsedad genérica. Ambos tipos penales fueron consumados.

2.1.9. La habitualidad

2.1.9.1. Noción de habitualidad.

(Custodio, 2018) señala que la habitualidad implica una tendencia o inclinación a delinquir, adquirida por la reiteración en la comisión de delitos, constituye un hábito: tendencia estable del carácter, adquirida a través de la práctica y el ejercicio que inclina a la realización de un tipo de acciones. Se relaciona con aquella persona que infringe una norma penal y comete de manera frecuente o redundante un ilícito penal.

2.1.9.2. Concepto Criminológico de Habitualidad.

Como lo señala (Custodio, 2018) citando a Benavente Chorres, desde el punto de vista criminológico la habitualidad trata de la forma de vida delictiva del procesado, en la que se tendrá en cuenta la imposición de una mayor punición de este, siendo preciso mencionar que: “en criminología se debate la existencia o no de un “tipo reincidente” y de un “tipo habitual”. Los que adoptan la posición en torno a

la existencia de esta tipología reclaman que son tipos criminológicos legalmente recogidos en efecto, y de acuerdo con esta primera posición, tanto en la “habitualidad” como en la “reincidencia”, se está en presencia de una “tipología” de autores llamada “habituales”, “delincuentes reincidentes”. Ambas gozan con carta de naturaleza ganada a fuerza, por desgracia de su lamentable existencia en la vida real en el ámbito de la criminología”. Si bien, en la personalidad de este individuo nace el crimen de manera, como si para él no existiera ordenamiento jurídico o una sociedad organizada, e incurre en un accionar delictivo, no respetando y transgrediendo la norma, transforma este proceder en un hábito y/o costumbre.

2.1.9.3. La habitualidad en nuestra legislación.

A la vigencia del Código Penal de 1991, en la exposición de motivos, el legislador decidió proscribir dicha institución al considerarlo como una forma aberrante de castigar porque se reforzaba al derecho penal de autor y no de acto, careciendo de logicidad, humanidad y sentido jurídico, el incremento sustantivo de la pena. Sin embargo, luego de varios años y ante el incremento de la delincuencia, el legislador, varía su posición, considerando a la habitualidad como un hecho calificable para la determinación de la pena

La institución de la Habitualidad fue incorporada en nuestra legislación mediante el artículo 2° de la Ley 28726, publicado el 09 de mayo del 2006, posteriormente modificado mediante la Ley 29570 del 25 de agosto del 2010, Ley 29604 del 22 de octubre del 2010, Ley 30076, del 19 de agosto del 2013, y últimamente, mediante el D.L. 1181, del 27 de julio del 2015.

El artículo 46-C del Código Penal, refiere que, si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual, siempre que se trate de, por lo menos,

tres hechos punibles que se hayan perpetrado en un lapso que no exceda de cinco años.

El Acuerdo Plenario N° 01-2008, solo refiere que la habitualidad se produce en el caso de que los tres delitos se hayan cometido en un lapso de 5 años y no medie condena sobre alguno de ellos en dicho plazo.

2.1.9.4. Presupuestos para la aplicación de la habitualidad como agravante cualificada.

Mediante Ley 30076, se ha incorporado un procedimiento especial para la determinación judicial de la pena, estableciendo a la habitualidad como una agravante cualificada, según nuestro ordenamiento peruano deberán concurrir los siguientes requisitos:

- a. La comisión de tres hechos punibles; quiere decir, que el agente debe haber perpetrado una pluralidad de delitos en el tiempo y en el espacio, pero unidos por una identidad personal. Es decir, la comisión reiterada y constante en el campo de la delincuencia, en el que ha hecho de su conducta un hábito o costumbre en su vida diaria.
- b. La perpetración de los tres hechos punibles tiene que haber tenido lugar en un lapso que no exceda de cinco años; de no ser así, la figura aplicable sería la de un concurso real de delitos. Este requisito radica en la comisión reiterada de hechos delictivos en el lapso de cinco años.
- c. Otro de sus principales requisitos es, que se trate de delitos dolosos, que sean de igual naturaleza y que al haberse perpetrado en un lapso de cinco años, no debe mediar condena, todo ello según lo establecido el Acuerdo Plenario 1-2008/ CJ116.

2.2. Marco conceptual (definición de términos)

- **Accidente:**

Suceso imprevisto que causa un trastorno en la marcha normal prevista de las cosas.
(Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas).

- **Delito:**

Etimológicamente, la palabra delito proviene del latín *delictum*, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen, quebrantamiento de una ley imperativa.

- **Delincuente habitual:**

Es el que incursiona reiteradamente en el campo de la delincuencia.

- **Ebriedad:**

El vocablo ebriedad deriva del latín “ebritas” que expresa un estado de turbación producido por el alcohol. El Diccionario de la Real Academia la define como: Turbación pasajera de las potencias dimanada del exceso con que se ha bebido vino u otro licor.

- **Examen de alcoholemia:**

Examen que es definido por Vodanovic como: La concentración de alcohol etílico en la sangre. (Antonio Vodanovic H. Derecho y Jurisprudencia del Tránsito y de los Vehículos Motorizados. Editorial Jurídica Santiago 1994)

- **Flagrante:**

Es un adjetivo que se utiliza para describir algo que arde, que está ardiendo o resplandece como el fuego. Es un término que suele utilizarse comúnmente para saber que algo se está ejecutando en ese preciso momento o que se acaba de ejecutar, o también que resulta tan evidente que dicho hecho o acontecimiento no necesita de pruebas por su relevante claridad y se considerado muy obvio.

- **Habitual:**

La enciclopedia jurídica señala que en el campo del derecho penal la habitualidad implica la comisión reiterada de delitos, generalmente del mismo orden.

- **Imputado:**

El concepto de imputado dispone de una utilización excluyente en el ámbito judicial dado que de ese modo se denomina a aquella persona a la cual se le atribuye la comisión de un determinado delito o su participación en algún acto delictivo. En tanto, a la acción se la llama imputar, mientras que a la acción y al efecto de imputar a alguien se la designa como imputación. Por cierto, tres conceptos que se usan recurrentemente en el campo judicial y que las personas que no estamos en él solemos escuchar muchísimo en las noticias que dan cuenta de ello.

- **Pena:**

Sanción, previamente establecida por ley, para quien comete un delito o falta también especificados.

- **Peritación:**

Trabajo o estudio que hace un perito pese al registro en el léxico oficial, el vocablo se estima tan afectado, que no se utiliza como tecnicismo; y se prefieren los de

informe pericial, la acepción neológica de pericia e incluso del indultado galicismo de peritaje.

2.3. Antecedentes de la investigación

2.3.1. Tesis académicas

Antecedente 1º

El primer antecedente de mi investigación lo constituye la tesis que lleva como título “*EL DELITO DE CONDUCCION CON UNA DETERMINADA TASA DE ALCOHOLEMIA*”. El autor es Segundo Rolando Márquez Cisneros, presentado en la Universidad Pompeu Fabra Barcelona-España 2014.

En el trabajo se sostiene que, no obstante, los cuestionamientos que recibe el delito de conducción con una determinada tasa de alcoholemia desde la perspectiva de los Principios del Derecho penal, la criminalización de esta conducta constituye una intervención legislativa legítima. En la determinación de esta legitimidad cumplen un rol fundamental los conocimientos médico-científicos (en definitiva, la ciencia correspondiente según el ámbito de actividad que es objeto de regulación). Por eso, a partir de la consideración de estos últimos, se concluye que la actual tasa de alcoholemia del artículo 379.2 del Código Penal Español es demasiado alta y, por consiguiente, este límite legal debería reducirse. En este orden de ideas, sobre la base del nuevo límite de alcoholemia planteado, se propone una fórmula para criminalizar la conducción tras el consumo de alcohol.

Antecedente 2º

El segundo antecedente de la investigación lo constituye la tesis que lleva como título la, titulada “*ALCOHOLEMIA Y DEMAS MEDIOS DE PRUEBA EN EL DELITO DE*

CONDUCCIÓN BAJO LA INFLUENCIA DEL ALCOHOL O ESTADO DE EBRIEDAD". Tesis de Jaime Alberto Ríos Villanueva, Universidad Austral de Chile 2003.

El autor, realiza su trabajo de investigación en base al análisis del principal de la alcoholemia como medio utilizado y aceptado que permite establecer si un individuo se encuentra conduciendo bajo la influencia del alcohol o en estado de ebriedad; sin embargo señala que no es el único método para determinar la cantidad de alcohol en la sangre, señala que existen hasta tres métodos conocidos como el macroméetro de Nicloux, el método de Newman y el método de Widmark, que descansa en la propiedad que descansa en la propiedad que posee el ácido sulfúrico concentrado de unirse con avidéz al alcohol.

Antecedente 3º

El tercer antecedente de mi investigación lo constituye la tesis que lleva como título *"CAPACIDAD DEL ESTADO PERUANO EN PERSPECTIVA COMPARADA PARA PREVENIR Y SANCIONAR LOS PROBLEMAS DE SEGURIDAD VIAL VINCULADOS A LA ALCOHOLEMIA"*. El autor es Fredy Aristo Del Carpio León, quien presento dicha investigación en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015. Las principales conclusiones son:

Señala el autor que la situación actual en relación a la accidentalidad vial en nuestro país muestra un preocupante aumento de la mortalidad, morbilidad y discapacidad, y ello se debe básicamente a la falta de normas claras, sanciones ejemplares y modelos de seguridad vial, que conllevan a una falta de conciencia por parte de los conductores y transeúntes. Afirma que en nuestro país existe una variedad de normas que regulan el tránsito vehicular, escenario en el que se ven desempeños de los ciudadanos, ya sea

como conductores, peatones o pasajeros, actores cuyos comportamientos son regulados por estas normas. En ese sentido, el cumplimiento de las mismas compromete a las entidades públicas de manera sectorial, no existiendo un liderazgo para enfrentar el problema de los accidentes de tránsito

2.3.2. Artículos especializados

Primer Artículo

El primer artículo especializado lo constituye el artículo “*LA CONDUCCIÓN EN ESTADO DE EBRIEDAD EN LOS DELITOS CULPOSOS*”. El autor es Edwin Campos Barrazueta, quien plasmó dicho artículo en la Revista del Instituto de Ciencia Procesal Penal.

En este artículo el autor resalta que con la puesta en vigencia del Nuevo Código de Tránsito y la drasticidad de las penas establecidas para los conductores ebrios, se espera que se pueda tomar consciencia de la comisión de esta clase de delitos culposos, que han enlutado a ciento de miles de familias peruanas y con la dación de la Ley 29439, no hace sino confirmar, el afán de proteger a la sociedad, que ha terminado con una sobrecriminalización de estas conductas y se ha consumado una vez más el establecimiento de un Derecho Penal de Coyuntura cuya característica es la modificación de las normas penales en atención a los casos que se van presentando.

Segundo Artículo

El segundo artículo especializado lo constituye el artículo “*DELITOS COMETIDOS MEDIANTE EL EMPLEO DE VEHÍCULOS*”, El autor es Julio A. Rodríguez Delgado, quien plasmó dicho artículo en la Revista del Instituto de Ciencia Procesal Penal.

En este artículo el autor analiza algunos aspectos ligados a la comisión de delitos mediante el empleo de vehículos, como el homicidio culposo o la conducción en estado de ebriedad. En ambos casos, se buscará esclarecer algunos conceptos de los tipos penales que se requieren para la perpetración de las citadas conductas. Recuerda que en estos tipos penales existen tipos penales imprudentes que son tipos penales en los cuales, por definición, la finalidad del autor no está dirigida a la realización del resultado: mientras que los tipos penales dolosos son tipos en los cuales, por definición, la finalidad del autor está dirigida a producir el resultado prohibido

Tercer Artículo

El Tercer artículo especializado lo constituye el artículo “*EL DELITO DE CONDUCCIÓN DE VEHÍCULO EN ESTADO DE EBRIEDAD O DROGADICCIÓN*” de la autora Fiorella Janeth Félix Acosta, publicado en marzo de 2015, en la Revista Actualidad Penal (Acosta, 2015, pág. 134/146).

La autora describe, un análisis dogmático del delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad o drogadicción, que es un delito de peligro abstracto cuyo bien jurídico es la seguridad del tráfico. La autora asume que se trata de un delito obstáculo o criminalización anticipada, que, pese a la amenaza punitiva, no garantiza la reducción de los accidentes de tránsito. Aprecia la tentativa, así como la autoría, la inducción y la complicidad, no así la autoría mediata. Finalmente, se presenta el concurso con otros delitos, el estado de necesidad y el error de prohibición.

CAPITULO III

HIPOTESIS GENERAL Y VARIABLES

3.1. Hipótesis de investigación

Los factores que inciden en la reincidencia del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017, son de índole social, cultural, desconocimiento de la norma penal, y la acción poco disuasiva de los operadores judiciales cuando aplican las sanciones.

3.2. Variables de estudio

El presente estudio es monovariable y dicha variable está referida a los factores de la reincidencia y habitualidad en el delito de conducción en estado de ebriedad.

3.3. La Operacionalización de la variable

Se presenta en la siguiente tabla.

Variable	Definición conceptual	Definición operacional	Dimensiones	Indicadores
Variable de estudio: Factores que inciden en la reincidencia y habitualidad del delito de conducción en estado de ebriedad.	El que, después de haber cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, incurre en nuevo delito doloso en un lapso que no excede de cinco años tiene la condición de reincidente. Si el agente comete un nuevo delito doloso, es considerado delincuente habitual,	Identificar los factores que inciden en la reincidencia y habitualidad del delito de conducción en estado de ebriedad	Reincidencia Habitualidad	<ul style="list-style-type: none"> • Social • Cultural • Desconocimiento de la norma penal • Indebida aplicación de la norma por parte de los operadores jurídicos

CAPITULO IV

METODOLOGIA

4.1. Ámbito de estudio

El presente estudio se ha realizado en la ciudad del Cusco, en la jurisdicción del distrito de Wanchaq, en el ámbito temporal del 2015 al 2017. La delimitación social del estudio se refiere a todos los conductores que han reincidido en la comisión del delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad.

4.2. Tipo y nivel de investigación

4.2.1. Tipo de investigación

El tipo de investigación realizada es del tipo básico dado que lo que se busca en el estudio es conocer los factores que inciden en la reincidencia y habitualidad en el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad.

4.2.2. Nivel de investigación

El nivel es descriptivo explicativo, dado que el estudio pretende solo identificar los factores causales del delito que nos ocupa. Además, la investigación responde al enfoque cuantitativo.

4.3. Unidad de análisis

La unidad de análisis de nuestro estudio está constituida por cada uno de los conductores que incurrieron en el delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017, y que potencialmente están en aptitud para ser considerados en la muestra de estudio.

4.4. Población y muestra

4.4.1. Población.

La totalidad de la población está conformada por 101 personas sentenciadas que incurrieron de manera reincidente o habitual en el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad entre los años 2015 a 2017.

4.4.2. Muestra.

Para la determinación del tamaño de la muestra se utilizó el muestreo por conveniencia, seleccionando de manera aleatoria a 20 personas del total de la población.

4.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

4.5.1. Técnicas de recolección de datos.

- a. **Técnicas:** La técnica fundamental que aplicaremos en nuestro estudio es la del análisis documental y la encuesta.

El análisis documental se aplicó por recoger información tanto de libros como normas legales en atención a la construcción del marco teórico.

La encuesta se aplicó a los conductores que fueron intervenidos a nivel policial, por conducir vehículos en estado de ebriedad.

- b. **Instrumentos:** El instrumento que corresponde a las técnicas elegidas son la ficha de análisis documental o bibliográfico y el cuestionario de preguntas.

4.5.2. Instrumentos para recolectar datos

Los instrumentos son el elemento concreto del trabajo de recolección de información, responden a la pregunta ¿Con que recogeremos los datos? Para nuestro caso los instrumentos utilizados son:

- a. Ficha de análisis documental.
- b. Cuestionario de preguntas.

4.6. Procedimiento de análisis de datos

Luego de aplicar las fichas de análisis documental y el cuestionario de la encuesta se procederá a la limpieza de datos con el fin de seleccionar la información para ser procesada. Al concluir esta acción se iniciará el procesamiento en la forma que se indica:

- a. **Seriación:** Las fichas de análisis documental y los cuestionarios de preguntas aplicados serán seriadas numéricamente en forma correlativa.
- b. **Codificación:** Se consignará un código a cada ficha de acuerdo a sus contenidos y elementos analizados.
- c. **Tabulación:** Se elaborará la matriz de tabulación y se registrará en ella la información codificada y a partir de ella se procederá al análisis de la información.
- d. **Análisis:** Este momento consistirá en seleccionar los datos más importantes y buscar una breve explicación a los resultados de acuerdo a nuestros objetivos planteados para la investigación. A partir de ello se establecen conclusiones y luego se formularán las sugerencias.

CAPITULO V

PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

5.1 Casos de reincidencia y Habitualidad del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017.

Tabla N° 2:N° de casos que ingresaron al Ministerio Público -Fiscalía de Wanchaq

Año	N° de casos que ingresaron al Ministerio Público - Fiscalía de Wanchaq por el delito de Conducción en estado de Ebriedad
Año 2015	240
Año 2016	230
Año 2017	235
Total	705

Fuente: Sistema de Gestión Fiscal- Ministerio Público Sede Wanchaq

Mi labor como Fiscal Penal en el distrito Fiscal de Cusco- Fiscalía Provincial Penal de Wanchaq, me ha permitido conocer de cerca los casos en los que se ha procesado a personas que conducen vehículo en estado de ebriedad, por ello el presente trabajo nos permite analizar la reiterancia delictiva, así en la presente

Tabla, podemos advertir que en el año 2015 han ingresado al Despacho Fiscal aproximadamente 240 casos, en el año 2016 se registraron 240 casos y en el año 2017 se registró 235 casos, como puede verse, en estos tres años el número de casos que se registraron no ha variado, el número de investigados es similar, lo que demuestra que este tipo de delitos contra la Seguridad Pública tiene una alta incidencia en la sociedad Cusqueña, y que pese a que la tendencia del legislador ha sido endurecer las penas; sin embargo ello no ha tenido efectos positivos en las personas pues la cantidad de personas que incurren en este delito es similar año a año e incluso va en incremento. Otro aspecto a considerar es que, en los casos registrados, los conductores han delinquido en más de una oportunidad

considerándose por tanto que tienen tendencia a cometer delito; sin embargo de este número significativo de casos el número de personas que han sido sentenciadas es mínimo como lo detallamos a continuación:

Tabla N° 3: N° de casos que fueron sentenciados

Año	N° de casos que fueron sentenciados por conducir en estado de ebriedad
Año 2015	56
Año 2016	35
Año 2017	29
Total	120

Fuente: Sistema de Gestión Fiscal- Ministerio Público Sede Wanchaq

Así de los casos registrados lo que se muestra en la Tabla es que en el año 2015, fueron sentenciados aproximadamente 56 personas, en el año 2016 fueron sentenciadas 35 personas y en el año 2017 la cifra fue de 29 personas sentenciadas, lo que causa extrañeza, como indicamos líneas arriba, es que la cifra de personas que han delinquir cada año es similar, sin embargo el número de sentencias condenatorias ha ido disminuyendo, existen menos sentencias condenatorias, por mi experiencia me atrevo a señalar que la Aplicación del Principio de Oportunidad ha sido indebidamente utilizada ya que la norma no es precisa al señalar cuantas veces podría aplicarse el principio de oportunidad, sin embargo la Fiscalía de la Nación a través de sus Directivas hace consentir que se les puede aplicar hasta por segunda vez pagando el doble del pago de la reparación civil, este hecho ha permitido que personas que han incurrido en este delito de forma reiterada sigan acogidos a dicho principio sencillamente pagando la reparación civil. No se ha considerado el grave peligro que representa para la sociedad, que un conductor manobre vehículos bajo los efectos del alcohol.

Tabla N° 4: Sentenciados, Personas que cometieron solo 01 delito (CEE) y Personas que cometieron 2 o más delitos

Año	Sentenciados	Personas que cometieron solo 01 delito Conducción en estado de Ebriedad	Personas que cometieron 2 o más delitos	Porcentaje
2015	56	10	46	82.14%
2016	35	02	33	94.28%
2017	29	07	22	75.86%

Fuente: Elaboración propia

Como se muestra en la Tabla, en el año 2015, del número total de sentenciados (56), el 82.14% de personas ha sido investigadas por la comisión de más de un delito, lo que demuestra que son proclives a cometer delitos, durante el año 2016 de los 35 sentenciados, el 94.28% fue investigado por dos o más delitos y en el año 2017 el 75.86% fue investigado por dos o más delitos. Estas cifras evidencian que nos encontramos frente a personas que deben ser consideradas reincidentes o habituales; empero no se les ha aplicado condenas efectivas permitiendo así impunidad.

5.2. Percepción de quienes han cometido el delito de conducción en estado de ebriedad respecto al delito cometido

Tabla N° 5: Considera Usted que Conducir un Vehículo en Estado de Ebriedad es:

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
a. Un delito	19	99%
b. Una falta administrativa	1	1%
Total	20	100%

Fuente: Elaboración propia

De esta tabla se puede advertir que los conductores que fueron intervenidos conduciendo en estado de ebriedad, el 99% tiene conocimiento que el conducir bajo los

efectos del alcohol es un delito, lo que evidencia que actúan con dolo, es decir tienen pleno conocimiento de que su conducta es punible y que serán reprimidos por ello; sin embargo realizan la conducta con conciencia y voluntad. Ahora a través de las encuestas se verifica que un número menor de personas que representa el 1% considera que el conducir en ese estado es simplemente una falta administrativa.

Tabla N° 6: Cuantas veces fue intervenido por la policía conduciendo un vehículo en estado de ebriedad

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
a. Una vez	17	85%
b. Dos veces	1	5%
c. Más de dos veces	2	10%
Total	20	100%

Fuente: Elaboración propia

Del resultado de las encuestas podemos verificar que de todos los encuestados intervenidos por la policía conduciendo en estado de ebriedad, el 85% ha señalado que es la primera vez que ha sido intervenido, un 5% señaló que es la segunda vez y un 10% indicó que fue más de dos veces en que fueron intervenidos conduciendo en estado de ebriedad, si bien esta cifra no refleja que los intervenidos tienen tendencia a la reiteración delictiva; sin embargo refleja que es un buen número de personas que es procesada por este delito, lo que evidencia que la norma penal no tiene un efecto disuasivo.

Tabla N° 7: Conoce usted cual es el límite máximo de alcohol permitido para conducir un vehículo

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
a. si	10	50%
b. no	10	50%
Total	20	100%

Fuente: Elaboración propia

Frente a esta pregunta formulada el 50% de los encuestados ha señalado que conoce el límite máximo de alcohol permitido, es decir sabe que conducir bajo los efectos del alcohol con un 0.5 GR/L constituye delito, sin embargo, dicho comportamiento es reiterado y los conductores no son conscientes del riesgo al que se exponen y no toman las precauciones adecuadas, por lo que pueden aumentar su nivel de tolerancia al riesgo.

El otro 50% de los encuestados ha señalado que no conoce cuál es el límite máximo de alcohol permitido, lo que nos permite señalar que existe además una serie de creencias erróneas respecto al alcohol y la conducción, pues algunos conductores creen que no hay peligro si consumen alcohol con el estómago lleno (beber y comer), entre otras creencias populares, que los hace incurrir en la comisión de este delito.

Tabla N° 8: Conoce usted cuales son las sanciones penales por la comisión del delito de conducción en estado de ebriedad

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
a. si conozco	10	50%
b. no conozco	10	50%
Total	20	100%

Fuente: Elaboración propia

En esta Tabla se muestra que el 50% de los encuestados conoce cuales son las sanciones penales por la comisión de este delito, es decir tiene establecido que si lo intervienen conduciendo bajo los efectos del alcohol podría imponérsele una condena, pero también lo es que saben que esta no será de carácter efectiva sino con una pena suspendida, y que si es la primera oportunidad en que son intervenidos se les aplicará una salida alternativa como la Aplicación del Principio de Oportunidad, donde se establecerá el pago de una reparación civil únicamente.

El 50% de los encuestados señaló que desconoce las penas o sanciones que podrían merecer lo que nos permite afirmar que no hay un proceso de difusión por parte del estado respecto a este delito, pese a que las cifras de personas que son intervenidas es significativa.

Tabla N° 9: Cree usted que la normativa vigente sanciona de manera adecuada a los conductores en estado de ebriedad

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
a. Es rigurosa	13	65%
b. Es relativamente rigurosa	05	25%
Las normas son poco intimidatorias	02	10%
Total	20	100%

Fuente: Elaboración propia

Del resultado de la encuesta que se muestra en esta Tabla se puede apreciar que el 65% de los encuestados considera que la sanción penal es rigurosa; sin embargo, a pesar de que la regulación de estos comportamientos penalmente relevantes ha ido modificándose en el tiempo endureciendo más las penas, empero ninguna de estas ha reflejado el principal objetivo del legislador que es reducir la tasa de accidentes de tránsito.

El 25% de los encuestados considera que la sanción es relativamente rigurosa, es decir los encuestados entienden que las penas deben ser más gravosas, criterio que fue tomado en cuenta por el legislador al endurecer las penas, con la finalidad de disminuir la tasa de accidentes de tránsito; sin embargo, la cifra de accidentes sigue siendo muy elevada en comparación con otros países del mundo. Finalmente, un 10% de los encuestados considera que las penas son poco intimidatorias, lo que significa que las penas no tienen el efecto que pretendió el legislador, pues una condena de tres años no disuade a los agentes del delito.

Tabla N° 10: Qué consecuencias cree usted que provoca un conductor que conduce en estado de ebriedad

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
a. Afectaciones personales	2	20%

b. Afectaciones personales y a terceros	16	60%
c. Afectaciones sociales	2	20%
Total	20	100%

Fuente: Elaboración propia

Como observamos el 20% de los encuestados considera que un conductor en estado de ebriedad provoca únicamente afectaciones personales, lo que significa que este grupo de personas considera que al conducir un vehículo en estado de ebriedad puede provocar accidentes con daños personales, no considerando que el conducir bajo los efectos del alcohol aumenta considerablemente el riesgo de sufrir un accidente, tanto para los conductores de vehículos motorizados, los peatones e incluso sobre los bienes patrimoniales. El 60% de los encuestados si considera esa posibilidad de que el conducir con alcohol en la sangre provoca afectaciones personales y a terceros.

Y por último el 20% de los encuestados ha señalado que únicamente provoca afectaciones sociales, considerando que en muchas ocasiones los conductores participan en reuniones familiares, sociales donde ingieren bebidas alcohólicas y sienten el temor de que al conducir su vehículo puedan detenerlo y practicarle el dosaje etílico respectivo. Pero no tienen en cuenta que el solo hecho de consumir alcohol en mínimas cantidades es suficiente para producir efectos en su organismo, efectos que posteriormente pueden provocar un grave accidente de tránsito.

Tabla N° 11: Porque motivo cree usted que una persona vuelve a reiterar su conducta al conducir en estado de ebriedad

Alternativa	Frecuencia	Porcentaje
a. Por irresponsabilidad	16	60%
b. Por desconocimiento de las leyes que lo sancionan	4	40%
c. Porque las sanciones son leves	0	0,0%
d. Por culpa de malas compañías	0	0,0%
Total	20	100%

Fuente: Elaboración propia

5.3. Consecuencias más frecuentes en agravio de los bienes jurídicos, por la comisión del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017

Tabla N° 12: Consecuencias más frecuentes en agravio de los bienes jurídicos, por la comisión del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017

Año	Solo Daños Materiales	Daños Materiales y Personales	Solo Daños Personales
Año 2015	23	NP	NP
Año 2016	7	NP	NP
Año 2017	19	NP	NP
Total	49		

Fuente: Elaboración propia

Tomando como muestra las personas que han sido sentenciadas se tiene que de los casos que se ha tomado en la muestra no se han producido daños personales que hayan sido calificados como delitos, sino en su mayoría los intervenidos han sido a mérito de operativos que lleva a cabo la policía y en otras situaciones por accidentes de tránsito únicamente con daños materiales.

5.4 Penas impuestas a quienes cometieron el delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017

Tabla N° 13: Penas impuestas a quienes cometieron el delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017

Año	Numero de Sentenciados	Penas Suspendidas	Penas Efectivas	Número de Casos
Año 2015	56	52	04	240
Año 2016	35	34	01	230
Año 2017	29	29	0	235
Total	120	115	05	705

Fuente: Elaboración propia

De la siguiente tabla se evidencia que la cantidad de personas que han sido sentenciadas a pena suspendida son aproximadamente 115 que representa el 95.83% y a una pena efectiva únicamente fueron sentenciados 4 personas que constituiría el 4.6%, ello demuestra que las penas que ha impuesto el operador judicial han tenido el carácter de suspendida, este hecho puede significar que la imposición de penas menos gravosas como la pena efectiva no tienen un efecto disuasivo.

Tabla N° 14: Sentenciados que cuentan con más de una sentencia

Año	Número de Sentenciados	Una Sentencia	Dos o más Sentencias	Porcentaje
Año 2015	56	24	32	240
Año 2016	35	11	24	230
Año 2017	29	15	14	235
Total	120	50	70	705

Fuente: Elaboración propia

La siguiente Tabla resulta aún más reveladora, ya que se evidencia que los investigados por el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad, tenían la calidad de reincidentes o habituales; sin embargo, se les impuso penas suspendidas como se señaló en la tabla anterior.

5.5. Medidas que pueden implementarse para disminuir la incidencia del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del cusco

5.5.1. Medidas socioeducativas

La presente investigación adquiere suma importancia a partir de la información estadística que fue recopilada del Sistema de Gestión Fiscal, Sistema de Antecedentes Penales del Poder Judicial y la encuesta aplicada, por ello consideramos que se deben desarrollar medidas de prevención y más importante aún reflexionar acerca de la educación en seguridad vial, pues puedo afirmar que el grupo

de personas que ha sido intervenida, lo fue en más de una ocasión, lo que constituiría una conducta reiterada; sin embargo es mínimo el número de casos en el que se ha aplicado penas efectivas, pues en casos de reincidencia e incluso habitualidad se han aplicado penas convertidas en jornadas de prestación de servicios a la comunidad y los demás casos penas suspendidas en su ejecución y en mínimos casos con reserva de fallo condenatorio.

Entonces bajo ese contexto consideramos que se debe implementar cursos de educación vial incluso en la curricula educativa del nivel secundario y universitario, así mismo el Ministerio de Transportes y Comunicaciones como sujeto pasivo del delito y que viene cobrando el pago de la reparación civil, debe implementar cursos obligatorios anuales a todos los conductores, estableciéndolo como requisito para obtener licencia de conducir, pero se debe enfatizar que esta capacitación no puede estar a cargo de las Escuelas Privadas de Manejo, sino debe ser el propio Ministerio quien implemente estas escuelas.

5.5.2. Medidas legislativas.

Hemos precisado que durante el periodo de investigación de la presente tesis hemos tomado como referencia los años 2015-2017, durante este tiempo la cifra de personas que fueron intervenidas conduciendo vehículos en estado de ebriedad no ha cambiado; sin embargo la cifra de personas que fueron sentenciadas ha disminuido y ello se ha dado básicamente porque cuando un Fiscal formula o insta el proceso inmediato ante el incumplimiento del Acuerdo de Reparación Civil por la Aplicación del Principio de Oportunidad en sede Fiscal, los Juzgados de Investigación Preparatoria, permiten que el imputado se someta nuevamente a la Aplicación de un Criterio de Oportunidad y de ese modo no se genera antecedentes al procesado, esto hace que muchos imputados vuelvan a delinquir conduciendo vehículos en estado de

ebriedad hasta incluso tener 4 investigaciones con similares hechos, lo que constituiría un caso de “habitualidad”; sin embargo se les aplica principio de oportunidad y no se aplican penas efectivas, esta circunstancia genera impunidad.

Consideramos que el legislador debe modificar la norma en el sentido de que la Aplicación del Principio de Oportunidad se debe dar por única vez sea en sede Fiscal o Judicial y de ese modo ya no se permitiría que los imputados vuelvan a delinquir.

Otro aspecto a considerar es que la legislación señala que, para aplicar la figura de la habitualidad, se debe considerar que el imputado haya delinquirido hasta en por lo menos 03 ocasiones en un lapso de 5 años, y que se debe tratar del mismo bien

jurídico, así por ejemplo delitos contra el patrimonio, hurto, robo, etc; si ello es así se ha podido establecer que en muchos casos no se ha aplicado la habitualidad, pues se ha visto que varios imputados han incurrido en 3 hechos que constituyen delito, sin embargo el tipo penal no es el mismo, es decir hurtaron, condujeron en estado de ebriedad y golpearon a su pareja, pero no se aplicó la habitualidad y menos reincidencia, y por ende no se estableció penas efectivas, en estos casos la pena se ubicó en el extremo máximo tercio inferior y se les condeno con una pena suspendida y al cabo de unos años volvieron a delinquir, en consecuencia la pena no tuvo el efecto disuasivo que busca la norma. Por ello se debe establecer otros criterios para aplicar la habitualidad, como que únicamente se trate de 03 hechos delictivos en el lapso de 5 años, independientemente de la naturaleza del delito.

5.5.3. Medidas administrativas

La licencia para conducir vehículos motorizados, constituye el documento oficial que autoriza a un ciudadano mayor de 18 años, el poder conducir un vehículo. Para la obtención de estas licencias el postulante debe reunir algunos requisitos entre

estos: Declaración Jurada de no estar privado por resolución judicial firma con calidad de cosa juzgada del derecho a conducir vehículos de transporte terrestre.

Siendo ello así, considero que el Ministerio de Transportes debe implementar dentro de los requisitos para obtener licencia de conducir el contar con un Certificado que debiera otorgar el Poder Judicial respecto a las penas de inhabilitación como son la Suspensión y Cancelación de las Licencias para conducir, para así evitar que personas que fueron sancionados puedan obtener licencia.

Además, se puede establecer como una sanción administrativa el decomiso del vehículo y de ese modo poder colocarlo en remate, con la finalidad de cumplir con el pago de la reparación civil, la que debe ser incrementada con una multa superior a 10UIT.

5.6. Factores que inciden en la reincidencia y habitualidad del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del cusco durante el periodo 2015 -2017

Del desarrollo de la presente investigación podemos inferir lo siguiente:

1° Es evidente que existen personas que incurren en el delito de conducción en estado de ebriedad. Del reporte oficial del Ministerio Público consignado en la tabla N° 2 se muestra objetivamente que entre los años 2015 a 2017 se han registrado oficialmente 705 casos lo cual resulta un problema frente al cual se deben tomar medidas disuasivas por lo cual considero es de relevancia nuestro estudio que se orienta no solo a identificar los factores causales sino a establecer, como lo hicimos en el apartado anterior, medidas que contribuyan a disminuir su incidencia.

2° Del total de la población de casos, considerando la dificultad para llegar a cada uno de ellos y poder recoger información pertinente a nuestro trabajo, se ha establecido

una muestra por conveniencia la cual estuvo conformada por 20 personas que habían incurrido en el delito de conducción en estado de ebriedad, entre ellas por supuesto hay personas que incurrieron en más de una ocasión (**5% señaló que es la segunda vez y un 10% indico que fue más de dos veces**) lo que objetivamente muestra que el problema de la reincidencia es real aunque las cifras numéricas parezcan irrelevantes.

3° Al respecto, se han recabado cifras oficiales de personas que han reincidido por más de una vez en la comisión del delito de conducción en estado de ebriedad. Dicha información oficial se encuentra en la tabla N° 5, datos que evidencian la objetividad de la reincidencia y habitualidad en el delito que nos ocupa.

4° De la información recabada en la encuesta se puede vislumbrar en la tabla N° 11 que los factores causales preponderantes en la comisión del delito de conducción en estado de ebriedad son de **índole sociocultural y desconocimiento de la norma** que sanciona este delito. Así el 60% considera que es la **irresponsabilidad** de los conductores lo que, a sabiendas de que constituye un delito, sin embargo, incurren nuevamente en la conducción en estado de ebriedad. Tengamos presente que la irresponsabilidad se refiere a la incapacidad y falta de voluntad de una persona para cumplir con una obligación, compromiso o tarea asignada de forma voluntaria u obligatoria. Así pues, considero que es un aspecto socio cultural, la falta de formación en valores para respetar las normas establecidas, así como también una cultura proclive a no tomar precaución respecto a las consecuencias de los actos a pesar de que se han dado diversas campañas para que los conductores eviten conducir sus vehículos cuando han ingerido bebidas alcohólicas.

Por otra parte, el 40% considera que la causa es el **desconocimiento de las leyes** que sancionan este delito. Esto se corrobora con los resultados presentados en la tabla N°

5 donde el 50% manifiesta no conocer las normas que sancionan este delito, y aunque la ignorancia no exime del cumplimiento de la ley, esta situación hace necesaria una mayor difusión de las normas pertinentes entre la población, sobre todo entre quienes eventualmente solicitan una licencia de conducir.

5° Considero también, desde el ejercicio profesional, que los operadores judiciales aplican de manera indiscriminada las salidas alternativas establecidas en el Código Procesal Penal, esto es el denominado “Principio de Oportunidad”, pues bajo el amparo de una Directiva de la Fiscalía de la Nación se puede aplicar hasta en 02 ocasiones el principio de oportunidad, donde se exige únicamente el pago del doble de la reparación civil, este hecho genera impunidad y los ciudadanos no tienen conciencia delictiva, pues consideran que ese es un trámite sencillo y no les generará antecedentes penales. Otro hecho a señalar es que, en los casos judicializados a través del Proceso Inmediato, los Jueces, no aplican penas estrictas, pues existen diferentes interpretaciones de la figura de la habitualidad, que da opción a no aplicar penas efectivas y respecto a la reincidencia, existe una reticencia de los jueces a imponer penas efectivas, pues prefieren imponer una pena convertida.

CONCLUSIONES

Primera:

En nuestra investigación se ha podido establecer el número de casos de personas que fueron intervenidas por conducir vehículos motorizados en estado de ebriedad en la jurisdicción del distrito de Wanchaq y que fueron tramitadas por la Primera Fiscalía Provincial Penal de Wanchaq en el periodo 2015 a 2017, son aproximadamente 705 personas y de estas tan sólo 120 han sido sentenciados, dicho número muestra que el problema objetivamente es real y por tanto amerita el análisis de su repercusión sobre la reincidencia y habitualidad en este tipo de delitos.

Segunda:

Asimismo se ha establecido que las personas que fueron intervenidas conduciendo vehículos en estado de ebriedad, en primer término, el 90% conoce que dicha conducta constituye un delito, lo que evidencia que actúan con conocimiento y voluntad, pero también saben que se puede aplicar salidas alternativas como la Aplicación del Principio de Oportunidad, que les evitará un antecedente penal con el solo pago de la reparación civil, generando de ese modo impunidad.

Tercera:

En nuestra investigación a través de la información recopilada tenemos que los casos de intervención policial a conductores en estado de ebriedad, obedece en un gran número a operativos policiales de alcoholemia y en menor proporción a intervenciones por accidentes de tránsito con consecuencia de daños materiales (choques).

Cuarta:

Con relación a las penas impuestas a los imputados a quienes el Ministerio Público imputo la comisión del delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad, se pudo reflejar que estas tuvieron el carácter de suspendida. Las penas privativas de libertad se aplican en pocas situaciones pese a que el número de casos de personas que conducen en estado de ebriedad se incrementa, y no se consigue el fin disuasivo que tuvo el legislador al proponer dichas sanciones.

Quinta:

Si bien se tiene que la policía nacional ha sido la autoridad administrativa que ha realizado los operativos de alcoholemia; sin embargo no ha tenido efectos en los conductores, pues la cantidad de personas en estado de ebriedad conduciendo vehículos es similar, por ello la policía nacional debe realizar con mayor frecuencia operativos de alcoholemia, para lograr un efecto disuasivo en los conductores que conducen en estado de ebriedad y los operadores jurisdiccionales deben aplicar las penas con mayor dureza, es decir imponer penas efectivas en casos de reincidencia y habitualidad.

Sexta:

Finalmente hemos logrado identificar los factores que inciden en la reincidencia y habitualidad en el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad, siendo estos de carácter social, cultural y falta de conocimiento de la norma penal. Añadiéndose también que los operadores judiciales aplican de manera indiscriminada las salidas alternativas establecidas en el Código Procesal Penal, esto es el denominado “Principio de Oportunidad”, lo que resulta poco disuasivo para quienes cometen este delito.

RECOMENDACIONES

Primera:

La primera recomendación que se formula está dirigida a los Operadores de Justicia, esto es a Jueces y Fiscales, a fin de que se aplique la norma penal de manera estricta, es decir no puede permitirse aplicar el denominado Principio de Oportunidad en varias ocasiones, pues este mecanismo alternativo sólo debe aplicarse en una sola ocasión, ya que el mal uso de ello implica impunidad.

Segunda:

Esta recomendación está dirigida a la Fiscalía de la Nación, para que revise la Tabla Referencial para la Reparación Civil aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación N°2508-2013-MP-FN, pues en esta se señala que de tratarse de una segunda ocasión en que un imputado es intervenido conduciendo un vehículo en estado de ebriedad, debe aplicarse el doble del monto de la reparación civil, la lectura de ello ha permitido que se incremente el número de personas que son intervenidas conduciendo vehículos en estado de ebriedad, pues conocen que pagando el doble de la reparación civil, no serán sentenciados y no registrarán antecedentes penales, generando con ello una vez más impunidad.

Tercera:

La tercera recomendación está dirigida a los medios de comunicación a fin de que difundan información, donde se señale que se aplicará penas efectivas a los reincidentes y habituales, y a través de ello se generará conciencia ciudadana y será un modo de disuasión para evitar que incremente el número de personas que conducen en estado de ebriedad, pues el ciudadano debe saber que si conduce en estado de ebriedad podría ser pasible de un condena y si reitera su conducta la pena a imponérsele tendrá el carácter de efectiva, que lo privará de su libertad.

Cuarta:

Esta recomendación está dirigida al legislador, quien deber evaluar la necesaria reducción del límite de alcohol en los delitos de conducción en estado de ebriedad, pues ello tendría un impacto positivo en el ciudadano para evitar así la incidencia de casos.

Así mismo deberá realizar un análisis del concepto de Habitualidad, pues no se viene aplicando adecuadamente esta figura jurídica, considerando que la redacción en el Código Penal es genérica y ello ha permitido que se tengan muchas interpretaciones por parte del operador judicial.

Quinta:

Se recomienda a la policía nacional, para que implemente e incrementar el número de operativos policiales, ello permitirá una acción rápida para intervenir a conductores conduciendo su vehículo en estado de ebriedad, la que deberá estar acompañada de la implementación de laboratorios de química en cada comisaría para realizar el examen de dosaje etílico de manera más pronta y segura, lo que permitirá que los operadores de justicia impongan penas adecuadas en los plazos establecidos en la Ley.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, F. J. (2015). "El Delito de Coducción de Vehiculo en estado de Ebriedad o Drogadiccion". *Azabache Carcciolo, Aogados*, 134/146.
- Cascales, L. J. (2017). *Delito de Conducción Bajo la influencia de alcohol, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotropicas, Artículo 372.2 CP*.
- Cerezo Mir, J. (2006). *Derecho Penal ESpañol Parte General*. Madrid.
- Colpaert, R. R. (2014). El Principio de Oportunidad en el nuevo codigo procesal peruano.
- Donna, E. A. (2002). *Derecho Penal, Parte Especial Tomo II-C, Delitos Contra la Seguridad Publica*. (R. CULZON, Ed.) Buenos Aires.
- Félix, A. F. (2015). *El delito de Conduccion de vehiculos en estado de ebriedad o drogadicción*.
- Hurtado. (2005). *Manual de Derecho Penal, parte general I* (Tercera Edición ed.). Lima: Editora Juridica Grijley E.I.R.L.
- Márquez. (2014). El delito de conducción con una determinada tasa de alcoholemia. En M. C. Rolando, *Diccionarios de la Real Academia Española* (pág. 49).
- Mir Puig, S. (1974). *Funcion de la Pena y Teoria del Delito en el estado Social y Democratico de Derecho* (2da Edición ed.). Barcelona, España: BOSCH Casa Editorial, S.A. - Urgel, 51 Bis.
- Reinhard, F. (1907). Buenos Aire, Argentina.
- Rios, V. J. (2003). Alcoholemia y demas medios de prueba en el delito de conduccion bajo la influencia del alcohol o estado de ebriedad. *Capitulo I Medios de prueba del delito de conduccion en estado ebriedad o bajo la influencia del alcohol en el antiguo procedmineto inquisitorio*. Valdivia, Chile.

- Rodriguez, D. J. (27 de Octubre de 2013). *Delitos cometidos mediante el empleo de vehículos*. Obtenido de <http://incipp.org.pe/es/documentos/page=10>
- Taboada, P. G. (2018). *Delito de Conduccion en Estado de Ebtiedad o Drogadiccion y Proceso Inmediato*. Lima: Gaceta Juridica S.A.
- Villa. (2008). *Derecho Penal, Parte General* (Tercera Edicion ed.). Lima: Editorial y Libreria Grijley E.I.R.L.
- Villavicencio. (2006). *Derecho Penal, parte general* (Segunda Edición ed.). Lima: Editorial Juridica Grijley E.R.L.
- Villavicencio, T. F. (2005). *Derecho Penal, Parte General, Capitulo IX: El Dolo*. Lima: Editora Juridica Grijley E.I.R.L.
- Wessels, J. B. (2018). *Derecho Penal, Parte General, El delito y su estructura* (46° Edición ed.). Alemania: Instituto Pacifico S.A.C.

ANEXOS

ANEXO N° 1

La presente encuesta está orientada a evaluar de manera objetiva la consideración que se da al delito de conducción en estado de ebriedad. Tiene un propósito de diagnóstico y es eminentemente académico. *El cuestionario es anónimo.*

1.- CONSIDERA USTED QUE CONDUCIR UN VEHÍCULO EN ESTADO DE EBRIEDAD ES:

- a. Un delito
- b. Una falta administrativa

2.- ¿CUÁNTAS VECES FUE INTERVENIDO POR LA POLICIA CONDUCIENDO UN VEHICULO EN ESTADO DE EBRIEDAD?

- a. Una vez
- b. Dos veces
- c. Más de dos veces

3.- ¿CONOCE USTED CUAL ES EL LIMITE MAXIMO DE ALCOHOL PERMITIDO PARA CONDUCIR UN VEHICULO?

- a. Si
- b. No

4.- ¿CONOCE USTED CUALES SON LAS SANCIONES PENALES POR LA COMISIÓN DEL DELITO DE CONDUCCIÓN EN ESTADO DE EBRIEDAD?

- a. Si conozco
- b. No conozco

5.- ¿CREE USTED QUE LA NORMATIVA VIGENTE SANCIONA DE MANERA ADECUADA A LOS CONDUCTORES EN ESTADO DE EBRIEDAD?

- a. Es rigurosa
- b. Es relativamente rigurosa
- c. Las normas son poco intimidatorias

6.- ¿QUÉ CONSECUENCIAS CREE USTED QUE PROVOCA UN CONDUCTOR QUE CONDUCE EN ESTADO DE EBRIEDAD?

- a. Afectaciones personales
- b. Afectaciones personales y a terceros
- c. Afectaciones sociales

7.- ¿POR QUÉ MOTIVO CREE USTED QUE UNA PERSONA VUELVE A REITERAR SU CONDUCTA AL CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD? (Marque dos alternativas)

- a. Por irresponsabilidad
- b. Por desconocimiento de las leyes que lo sancionan
- c. Porque las sanciones son leves
- d. Por culpa de malas compañías

MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS DE TRABAJO	VARIABLE	METODOLOGIA
<p>General: ¿Cuáles son los factores que inciden en la reincidencia y habitualidad del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017?</p> <p>Específicos: ¿Cuál es el número de casos de reincidencia y habitualidad del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017?</p> <p>¿Qué percepción tienen quienes cometen el delito de conducción en estado de ebriedad respecto al delito cometido?</p> <p>¿Cuáles han sido las consecuencias más frecuentes en agravio de los bienes jurídicos, por la comisión del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017?</p> <p>¿Qué penas se han impuesto mayormente a quienes cometieron el delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017?</p> <p>¿Qué medidas pueden implementarse para disminuir la incidencia del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco?</p>	<p>General: Identificar los factores que inciden en la reincidencia y habitualidad del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017.</p> <p>Específicos: Determinar cuál es el número de casos de reincidencia y habitualidad del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017.</p> <p>Precisar qué percepción tienen quienes cometen el delito de conducción en estado de ebriedad respecto al delito cometido.</p> <p>Identificar cuáles han sido las consecuencias más frecuentes en agravio de los bienes jurídicos, por la comisión del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017.</p> <p>Identificar las penas que se han impuesto mayormente a quienes cometieron el delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017.</p> <p>Establecer las medidas que pueden implementarse para disminuir la incidencia del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco.</p>	<p>Los factores que inciden en la reincidencia del delito de conducción en estado de ebriedad en la ciudad del Cusco durante el periodo 2015 -2017, son de índole social, cultural, desconocimiento de la norma penal, y la acción poco disuasiva de los operadores judiciales cuando aplican las sanciones.</p>	<p>Factores que inciden en la reincidencia y habitualidad del delito de conducción en estado de ebriedad.</p>	<p>Enfoque: Cuantitativo Tipo: Básico. Nivel: Descriptivo explicativo. Tipo de investigación jurídica: Socio jurídica.</p>