



ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE  
DERECHO



TESIS PARA OPTAR POR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA DEROGAR EL DELITO DE  
ABORTO PRETERINTENCIONAL EN EL CÓDIGO PENAL  
PERUANO**

**AUTOR:**

VASQUEZ BAZAN, ELDON DAVID

**ASESOR:**

Dr. TELLO VILLANUEVA, JUAN CARLOS

Cajamarca, Perú, diciembre de 2022

**DEDICATORIA**

*Dedico esta tesis a mis padres y a mis estimados amigos; especialmente a mis queridísimos: Cheems (Jetzabel), Edu, Mari, Mily, Sharon, Shell, Rodney y Zay. Ustedes me impulsaron a escribir esta investigación.*

## EPÍGRAFE

La responsabilidad objetiva supone el castigo del autor por los resultados que directa o indirectamente son consecuencias de su conducta, sin reparar si quiso o no causarlos o se pudo o no preverlos. Su esencia es la comprobación del daño producido, renunciando a averiguar la forma como se genera y dejándose de lado *ex profeso* a cualquier referencia interna.

Castillo Alva (2002, p. 324)

## TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA.....	2
EPÍGRAFE.....	3
TABLA DE CONTENIDO .....	4
LISTA DE TABLAS .....	10
LISTA DE ILUSTRACIONES .....	11
AGRADECIMIENTO .....	12
GLOSARIO .....	13
RESUMEN .....	14
<i>ABSTRACT</i> .....	16
INTRODUCCIÓN .....	18
CAPITULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	21
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	21
1.1.1. Contextualización o problemática .....	21
1.1.2. Descripción del problema.....	25
1.1.3. Formulación del problema.....	25
1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .....	26
1.2.1. Justificación científica .....	26
1.2.2. Justificación técnico-práctica.....	26
1.2.3. Justificación personal.....	27
1.3. OBJETIVOS .....	27
1.3.1. General .....	27
1.3.2. Específicos.....	27
1.4. DELIMITACIÓN Y LIMITACIONES.....	28
1.4.1. Delimitación.....	28
A. Espacial .....	28
B. Temporal.....	29
1.4.2. Limitaciones .....	29
1.5. TIPOS Y NIVEL DE TESIS.....	29
1.5.1. De acuerdo al fin que se persigue.....	29
A. Básica .....	29
1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación.....	30
A. Explicativa.....	30
B. Propositiva .....	30

1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utiliza .....	31
A. Cualitativa .....	31
1.6. HIPÓTESIS .....	31
1.7. MÉTODOS .....	32
1.7.1. Genéricos.....	32
A. Método hipotético-deductivo .....	32
B. Método analítico-sintético .....	32
C. Método inductivo-deductivo .....	33
1.7.2. Propios del derecho .....	34
A. Método dogmático .....	34
1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	36
1.8.1. Técnicas de investigación .....	36
A. Búsqueda bibliográfica.....	36
B. Análisis documental.....	36
C. Argumentación jurídica .....	36
D. Fichaje .....	37
1.8.2. Instrumentos .....	37
A. Hojas de análisis documental .....	37
B. Fichas .....	37
1.9. UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN .....	38
1.10. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	38
1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN .....	38
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	41
2.1. ASPECTOS <i>IUSFILOSÓFICOS</i> .....	41
2.2. ASPECTOS JURÍDICOS, TEÓRICOS Y DOCTRINARIOS .....	46
2.2.1. Límites del <i>ius puniendi</i> .....	46
A. Principio de legalidad.....	47
a. Existencia de la ley ( <i>Lex scripta</i> ) .....	51
b. Exigencia de irretroactividad de la ley ( <i>Lex praevia</i> ) .....	52
c. Exigencia de la ley indeterminada ( <i>Lex certa</i> ) .....	53
d. Prohibición de la analogía ( <i>lex stricta</i> ).....	54
B. Principio de culpabilidad .....	55
a. Principio de responsabilidad subjetiva.....	58
i. La preterintencionalidad .....	62
ii. Delitos cualificados por el resultado .....	66

C.	Principio de proporcionalidad.....	73
a.	El test de proporcionalidad .....	74
i.	Principio de adecuación .....	76
ii.	Principio de necesidad .....	79
iii.	Proporcionalidad en sentido estricto .....	81
2.2.2.	Categorías analíticas de la teoría del delito .....	89
A.	Comportamiento o acción .....	91
B.	Tipicidad .....	99
a.	Elementos del tipo penal .....	102
i.	Elementos del tipo objetivo.....	103
ii.	Elementos descriptivos y normativos .....	105
iii.	Elementos del tipo subjetivo.....	107
iv.	Dolo típico .....	108
v.	Culpa típica .....	109
C.	Antijuridicidad .....	111
D.	Reprochabilidad.....	114
a.	Circunstancias que excluyen la culpabilidad .....	115
E.	Punibilidad .....	117
2.2.3.	Concurso de leyes penales y concurso de delitos .....	119
A.	Concurso de leyes penales.....	119
a.	Regla de especialidad .....	121
b.	Regla de subsidiariedad .....	121
c.	Regla de consunción .....	122
d.	Regla de alternatividad.....	122
B.	Concurso de delitos .....	123
a.	Concurso ideal.....	124
b.	Concurso real .....	126
2.2.4.	Protección penal de la vida humana en el Perú .....	128
A.	Vida humana dependiente como bien jurídico protegido .....	130
2.2.5.	Estado de especial vulnerabilidad de la mujer embarazada .....	133
2.2.6.	Delito de aborto.....	134
2.2.7.	Análisis dogmático del delito de aborto preterintencional en el Código Penal Peruano .....	137
A.	Antecedentes legislativos .....	137
B.	Naturaleza .....	139

C. Bien jurídico protegido .....	143
D. Tipo objetivo .....	145
a. Sujeto activo .....	145
b. Sujeto pasivo .....	145
c. Comportamiento .....	146
i. El que, con violencia, ocasiona el aborto .....	146
ii. No haber tenido el propósito de ocasionar el aborto, siendo notorio o constándole el embarazo .....	150
iii. Notoriedad y constancia del embarazo .....	151
E. Tentativa y consumación .....	153
F. Participación .....	154
2.2.8. Sobre el delito de aborto culposo.....	154
A. El aborto culposo en Costa Rica.....	155
B. El aborto culposo en Bolivia.....	155
C. El aborto culposo en El Salvador.....	156
D. El aborto culposo en Guatemala.....	156
2.2.9. LAS LESIONES EN EL ORDENAMIENTO PERUANO .....	157
2.3. ASPECTOS DEL TEXTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL.....	159
2.3.1. Constitución Política del Perú .....	159
A. Texto constitucional sobre la dignidad humana y la interpretación jurídica .....	159
B. Texto constitucional sobre la protección del bien jurídico del delito de aborto preterintencional .....	160
C. Texto constitucional sobre el principio de legalidad.....	161
2.3.2. Código Penal peruano de 1991.....	164
A. Texto legal sobre el principio de legalidad .....	164
B. Texto legal sobre la proscripción de la pura responsabilidad penal objetiva.....	164
C. Texto legal sobre el delito de aborto preterintencional .....	165
CAPÍTULO III: DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	166
3.1. AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR LA AUSENCIA DE REGULACIÓN EXPRESA SOBRE DELITOS PRETERINTENCIONALES O CUALIFICADOS POR EL RESULTADO Y VAGUEDAD E IMPRECISIÓN EN LA REDACCIÓN DEL TEXTO LEGAL .....	168
3.1.1. Naturaleza del aborto acogido en el artículo 118.....	169
A. Interpretación culposa.....	170
B. Interpretación dolosa .....	173

C. Interpretación mixta .....	176
D. Interpretación como delito preterintencional y cualificado por el resultado .....	177
E. Toma de posición y perspectiva de <i>lege ferenda</i> .....	179
3.1.2. El principio de legalidad frente al delito de aborto preterintencional	180
A. <i>Lex scripta</i> .....	182
B. <i>Lex certa</i> .....	184
3.2. ELIMINACIÓN DE REZAGOS DE RESPONSABILIDAD PENAL OBJETIVA EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.....	187
3.2.1. Responsabilidad subjetiva, preterintencionalidad y cualificación por el resultado .....	188
3.2.2. Posible interpretación no lesiva del artículo 118 y motivo real de elevación del marco punitivo .....	189
3.2.3. Perspectiva de <i>lege ferenda</i> .....	191
3.3. VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD POR EXISTENCIA DE MEDIDAS ALTERNATIVAS MENOS DAÑOSAS .....	192
3.3.1. Planteamiento del caso a analizar .....	193
A. Afectación del principio de legalidad.....	194
B. Afectación del principio de culpabilidad .....	194
3.3.2. Test de proporcionalidad.....	195
A. Test de adecuación o idoneidad .....	195
B. Test de necesidad .....	196
C. Ponderación y fórmula del peso respecto de la legalidad.....	198
D. Ponderación y fórmula del peso respecto a la culpabilidad ..	205
CAPÍTULO IV: PROPUESTA DE <i>LEGE FERENDA</i> .....	208
4.1. SOBRE LA ESTRUCTURA DE LA PROPUESTA .....	208
4.2. PRESENTACIÓN .....	209
4.3. TÍTULO .....	209
4.4. FÓRMULA LEGAL.....	209
4.5. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS .....	210
4.5.1. Fundamentos de la propuesta.....	210
A. Identificación del problema .....	210
B. Análisis del marco positivo.....	213
a. Legislación nacional .....	213
b. Legislación comparada.....	214



C. Efecto de la vigencia del artículo propuesto en la legislación nacional.....	214
D. Análisis costo beneficio.....	216
CONCLUSIONES .....	217
RECOMENDACIONES .....	218
LISTA DE REFERENCIAS.....	219

**LISTA DE TABLAS**

Valores numéricos de los grados en la escala triádica de Alexy.....	87
Valores numéricos de los grados en la fórmula epistémica .....	88
Tabla comparativa de las fórmulas legales .....	215

## LISTA DE ILUSTRACIONES

El principio de legalidad en el Perú .....	51
La problemática de la preterintencionalidad según Mir Puig .....	65
Zona en común de los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado .....	71
Estructura del test de proporcionalidad .....	76
Fórmula del peso simplificada .....	88
Fórmula del peso completa .....	89
Categorías analíticas de la teoría del delito .....	91
Elementos del tipo .....	103
Elementos del tipo subjetivo .....	108
Concurso de delitos y concurso de leyes .....	120
Protección de la vida en el Perú .....	132
Final de la protección de la vida dependiente e inicio de la protección de la vida independiente .....	133
Posibles naturalezas del delito de aborto regulado en el artículo 118 del Código Penal de 1991 .....	143
Esquema de argumentación en función del método dogmático .....	182
Silogismo para determinar la transgresión a la exigencia de la ley escrita ....	183
Aplicación de la fórmula del peso respecto del principio de legalidad .....	204
Valores numéricos remplazados en la fórmula del peso respecto del principio de legalidad .....	204
Aplicación de la fórmula del peso respecto del principio de legalidad .....	207

## AGRADECIMIENTO

*Agradezco a: Maryelena López Sánchez, quien me ayudó a sortear las barreras idiomáticas que me agobiaron durante el desarrollo de esta investigación; asimismo, a mi asesor, el doctor Juan Carlos Tello Villanueva, quien supo encaminar mis conocimientos para realizar el presente trabajo.*

## GLOSARIO

**Estructuras complejas de tipicidad subjetiva:** O simplemente estructuras complejas; la expresión se encuentra referida a las construcciones típicas distintas del dolo o la culpa. En el caso de la investigación se usó esta nominación para abordar los conceptos de preterintencionalidad y cualificación por el resultado indistintamente.

**Naturaleza jurídica:** El término adolece de indeterminación y vaguedad; en cuanto a la tesis, su uso se delimitó en torno a la búsqueda de los elementos de la tipicidad subjetiva en el aborto regulado en el artículo 118 del Código Penal peruano vigente.

## RESUMEN

En la presente investigación, el autor se ocupa de determinar los fundamentos jurídicos para derogar el delito de aborto preterintencional en el Código Penal peruano, en tanto se asegura que las características propias de los esquemas complejos de tipicidad subjetiva colisionan con tres principios del ordenamiento jurídico: El principio de legalidad, el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad.

Para conseguir aquel fin, se emplean métodos genéricos de investigación (método hipotético-deductivo, método analítico-sintético y método inductivo-deductivo) en convergencia con el método dogmático propio del derecho. A través de estos se analiza dogmáticamente el delito de aborto recogido en el artículo 118 del Código Penal, determinándose su naturaleza jurídica; se identifican las exigencias del principio de legalidad en observancia del establecimiento de delitos preterintencionales o cualificados por el resultado en la legislación peruana; se describen los alcances del principio de culpabilidad en correlación a la proscripción de responsabilidad penal objetiva; y, se desarrolla el contenido del test de proporcionalidad, aplicando su estructura para determinar si la medida legislativa cuestionada debe o no mantenerse vigente.

En cuanto a los resultados obtenidos, se colige que el Código Penal peruano rechaza la estructura dolosa-culposa del delito en su artículo 12, en el que descansa la limitación para la imputación de delitos culposos, descartándose la responsabilidad penal por la combinación de aquellos elementos (*lex stricta*); asimismo, se indica una vulneración a la garantía de la *lex certa*, ya que el

lenguaje empleado en el artículo 118 de la Parte Especial del instrumento resulta ser vago e impreciso.

Asimismo, se refiere una afectación a la función dogmática del principio de culpabilidad que proscribiera a la responsabilidad penal puramente objetiva, situación que sustenta el marco punitivo elevado en el delito aludido, o, alternativamente, se valora dos veces un mismo elemento subjetivo y se pena por el riesgo que concurre con el dolo.

Finalmente, se utiliza el test de proporcionalidad para concluir que el delito es un medio idóneo para conseguir el fin de proteger la vida humana dependiente, empero no es el único medio que satisface aquel fin legítimo, confluendo junto a otros menos dañosos; de allí que se realice una propuesta para derogar el texto legal del vigente artículo 118 del Código Penal y regular al delito de aborto culposo, *ergo*, este último tipo podría subsumir los supuestos preterintencionales (bajo la aplicación del concurso ideal) sin generar daños colaterales al contenido de la norma constitucional.

**Palabras clave:** Aborto, preterintencionalidad, cualificación por el resultado, principio de legalidad, principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad.

**ABSTRACT**

*This research addresses the determination of the legal grounds for repealing premeditated abortion understood as a criminal offense in the Peruvian Criminal Code; in the meantime, the approach assures that the characteristics of the complex schemes of subjective typicity collide with three principles of the legal system: the principle of legality, the principle of criminal liability and the principle of proportionality.*

*To achieve this end, generic research methods (hypothetical-deductive method, analytical-synthetic method and inductive-deductive method) are used in convergence with the dogmatic method of law. Through these, abortion, which is contained in article 118 of the Criminal Code is dogmatically analyzed, determining its legal nature; the requirements of the principle of legality are identified in observance of the establishment of pre-intentional felonies or crimes qualified by the result in Peruvian legislation; the scope of the principle of criminal liability is described in correlation to the proscription of objective liability; and, the content of the proportionality test is developed, applying its structure to determine whether or not the legislative measure in question should be kept in force.*

*Regarding the results obtained, it is deduced that the Peruvian Criminal Code rejects the structure established in article 12 of the aforementioned legal body, —referring to felonies committed, either by malice or intentional negligence (degrees: culpa lata, culpa levis or culpa levissima)— on which rests the limitation for the imputation of culpable crimes, ruling out criminal liability for the combination of those elements (lex stricta); likewise, a violation of the guarantee*



*of the lex certa is indicated, since the language used in article 118 of the Criminal Code turns out to be imprecise.*

*Furthermore, an affectation of the dogmatic function of the principle of culpability is referred to, which proscribes purely objective criminal liability, a situation that sustains the high punitive framework in the aforementioned crime, or, alternatively, the same subjective element is valued twice and is punished for the risk that concurred with the fraudulent intent.*

*Finally, the proportionality test is used to conclude that the crime is a suitable means to achieve the purpose of protecting dependent human life, but it is not the only means that satisfies that legitimate purpose, but it is also used in conjunction with other less harmful means; hence, a proposal is made to repeal the legal text of the current article 118 and regulate the crime of Abortion, ergo, the latter type could subsume the pre-intentional assumptions (under the application of the ideal concurrence) without generating collateral damage to the content of the constitutional law.*

**Key Words:** *Abortion, preterintentionality, qualification ex delicto, principle of legality, principle of criminal liability, principle of proportionality.*

## INTRODUCCIÓN

El artículo 118 del Código Penal peruano contiene uno de los tipos penales con más patologías dogmáticas en comparación al resto de los delitos codificados; ese es el delito de aborto preterintencional.

En primera instancia los cuestionamientos surgen de la vaguedad del texto, cuyo sentido parece encontrarse en disputa entre quienes interpretan que el tipo penal posee cualidades de un delito de naturaleza culposa, dolosa, mixta y, mayoritariamente, de preterintencionalidad y cualificación por el resultado.

Lo cierto es que tanto la cualificación por el resultado y la preterintencionalidad en sí mismas, igualmente originan problemas por el contenido del principio de culpabilidad. De allí que en el contexto internacional exista una marcada tendencia para eliminar el acogimiento legislativo de esta clase de estructuras subjetivas complejas.

Por supuesto, también se evidencia, al menos en el contexto jurídico peruano, una colisión con el principio de legalidad, por cuanto las estructuras aludidas no se encuentran positivizadas en el Código sustantivo vigente, lo que califica a los preceptos preterintencionales y cualificados como construcciones que chocan con los desarrollos dogmáticos de los alcances de la norma constitucional, dando como conclusión una conveniencia por eliminar el delito del artículo 118.

Retomando el tema de la importancia concreta del principio de culpabilidad en vínculo con la adopción de la medida legislativa, se entiende que la colisión identificada en este caso deriva de la proscripción de responsabilidad penal objetiva que funge como parte del principio de responsabilidad subjetiva en el

programa penal peruano; sin embargo, en el delito cualificado por el resultado y preterintencional, el resultado es reprimido con un marco que conlleva a una pena mucho más elevada que, incluso, si existiera el concurso de delitos.

La afectación de la proporcionalidad, por otra parte, es consecuencia de la transgresión a los otros dos principios; explicando lo esbozado, en el desarrollo de la demostración de la hipótesis se logró identificar que una multiplicidad de medios existentes para satisfacer la finalidad, determinándose la concurrencia de alternativas menos lesivas al tenor cuestionado.

Por lo escrito, se ha planteado que los fundamentos jurídicos para derogar el delito de aborto preterintencional en el Código Penal peruano, son: a) Afectación al principio de legalidad por la ausencia de regulación expresa sobre delitos preterintencionales o cualificados por el resultado y vaguedad e imprecisión en la redacción del texto legal; b) Eliminación de rezagos de responsabilidad penal objetiva en relación al principio de culpabilidad; y, c) Vulneración al principio de proporcionalidad por existencia de medidas alternativas menos dañosas.

Bajo el objeto de corroborar lo afirmado en el párrafo anterior, se decidió dividir la presente tesis en cuatro capítulos; el primero se ocupó en los aspectos metodológicos, referidos al planteamiento del problema, la justificación de la investigación, los objetivos específicos y general, la delimitación espacial y temporal de la tesis, su tipología y nivel de acuerdo al fin que se persigue, de acuerdo al diseño de investigación de acuerdo a los métodos y procedimientos que se utiliza, la hipótesis, los métodos y técnicas, y el estado de la cuestión.

El segundo capítulo, en cambio, sirvió para desarrollar el marco teórico, que se halló dividido en: Aspectos *iusfilosóficos*, límites del *ius puniendi*; las categorías

analíticas del delito, el concurso de leyes penales y el concurso del delito, la protección de la vida humana en el Perú, el estado de especial vulnerabilidad de la mujer embarazada, el análisis dogmático del delito de aborto preterintencional, el delito de aborto culposo y el delito de lesiones.

Finalmente, el tercer capítulo fue dedicado a la contrastación de la hipótesis, que derivó respectivamente en una serie de conclusiones, y el cuarto y último capítulo fue destinado para el desarrollo de una propuesta de *lege ferenda* que brinde solución al problema formulado.

## CAPITULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS

### 1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 1.1.1. Contextualización o problemática

La protección de la vida como bien jurídico reconocido y protegido por la Constitución Política peruana, conforma una cuestión ampliamente discutida en el derecho penal. Aspectos como la determinación del comienzo de la tutela del fenómeno, sus características, la diferenciación entre vida dependiente e independiente y las decisiones normativas aledañas, se han tomado como fuente de debate en diferentes sistemas de justicia tanto nacionales como internacionales, y han moldeado la configuración de los delitos que tienen este derecho fundamental como objeto amparado.

En aquella línea, cabe resaltar a las concepciones valorativas y biológicas tomadas en cuenta para definir el contenido del bien jurídico "vida". Estas poseen un papel esencial para el desarrollo e interpretación de la norma jurídica, *ergo*, determinan el objeto de protección del derecho penal y condicionan la distribución del poder punitivo. No obstante, se aclara que aquel no es el único factor que se conecta con la temática, siendo especialmente destacable la voluntariosa labor del legislador nacional, quien desarrolla su actividad en varios artículos del Código Penal y tomando diversas decisiones.

En la legislación peruana, pues, no existe un delito de carácter culposo que ofrezca protección a la vida humana dependiente como bien jurídico salvaguardado; lo que el legislador ha codificado, por el contrario, se puede identificar como un delito de aborto preterintencional con una redacción imprecisa, cuyo texto se encuentra contenido en el artículo 118 del Código Penal vigente. Lo escrito se fundamenta en el hecho de que el resultado culposo de este tipo es objeto de una consecuencia jurídico penal, siempre y cuando se presente un caso en donde haya violencia voluntaria y con conocimiento o notoriedad del estado de gestación por el que atraviesa la persona agraviada.

Lo anterior tiene como efecto inmediato que existan supuestos en los que se produzca la muerte del sujeto con vida dependiente y, sin embargo, haya impunidad para quienes transgredieron el derecho. En otras palabras, dado que la protección de la vida dependiente por culpa solo puede “realizarse” a través del uso de un esquema presumiblemente<sup>1</sup> preterintencional, quedan fuera de la tutela los comportamientos puramente negligentes, imprudentes o imperitos puramente desplegados por profesionales de la salud o algún otro tercero.

Por otra parte, los inconvenientes que los delitos preterintencionales generan a la doctrina y la jurisprudencia, aparte de las numerosas posturas explicativas y aclarativas sobre su carácter, no son pocos;

---

<sup>1</sup> Aunque con opositores que le adscriben otra naturaleza jurídica.

uno de ellos tiene que ver con el principio de legalidad, ya que no existe ningún texto legal expreso que contemple a la preterintencionalidad<sup>2</sup> en la Parte General del Código Penal, lo que da pie a varias objeciones, en tanto se asegura una contravención a los mandatos de existencia y de determinación de la ley que recaen en el derecho penal.

El delito de aborto preterintencional también ostentaría una naturaleza de delito cualificado por el resultado, ya que la preterintencionalidad no se manifiesta sino a través de un tipo legal; el problema que pudo hallarse al respecto, es que esta clase de delitos<sup>3</sup> son reconocidos por la doctrina como un rezago de la responsabilidad penal objetiva (Castillo Alva, 2002, p. 528), y, por ende, son de uso cuestionable desde la perspectiva de la responsabilidad penal subjetiva como principio. Así, verbigracia, Cardenal Murillo (1989), menciona que la crítica de los detractores de los delitos cualificados por el resultado es que, inclusive con el añadido de la imprudencia en el esquema, el núcleo sigue siendo de responsabilidad por cuestiones no buscadas y sucedidas (p. 596).

Las dificultades del acogimiento del tipo penal no culminan allí, ya que la estructura compleja de los esquemas preterintencionales de dolo con consecuencia culposa puede influir sobre la coherencia penológica y el principio de proporcionalidad. Se trata pues, de la

---

<sup>2</sup> Tampoco a los delitos cualificados por el resultado.

<sup>3</sup> También el caso fortuito o la misma preterintencionalidad.

regulación expresa de un supuesto de concurso ideal, pero sin la regla sobre el incremento del *quantum* de la pena establecida para el concurso ideal, lo que genera disparidad en las sanciones y, en un sentido más relevante, el subprincipio de necesidad es transgredido por razón de la existencia y no uso de alternativas legales armónicas con la norma fundamental.

Se revela, consecuentemente, una relación derogatoria entre el delito de aborto culposo y el de aborto preterintencional vigente, ya que el supuesto uso del primer delito se encuentra marcado por la ocupación del concurso ideal para abarcar los supuestos descriptivos del último tipo penal; en otros términos, si solo se regulase el aborto culposo, en los supuestos de violencia dolosa que da como resultado la muerte del dependiente, además del aborto preterintencional, la conducta se podría subsumir en el concurso ideal entre los delitos de lesiones y el mismo aborto culposo.

De allí que se exprese que la derogación del delito de aborto preterintencional se presenta como condición para que no exista una antinomia entre el acogimiento de ambos delitos, ya que, *a contrario sensu*, el planteamiento hipotético sería susceptible de ser solucionado por dos criterios diferentes y derivados de varias normas que conviven en un mismo sistema jurídico (Guastini, 1999, p. 437).



### 1.1.2. Descripción del problema

El imperio de la ley no existe más. En las últimas décadas el ordenamiento jurídico peruano ha sido fuertemente influenciado por el proceso de constitucionalismo, teniendo como resultado la revisión de varias construcciones legales que no se adecuan a lo establecido en la norma que se ha erigido como jerárquicamente suprema.

La ley penal, en efecto, se puede mostrar como inidónea en aquellos casos en los que contravenga los principios y derechos fundamentales; tal parece ser la situación del delito de aborto preterintencional, cuya regulación es un residuo del pasado, específicamente del programa que aceptaba la responsabilidad objetiva, lo que colisiona con el principio de legalidad, en sus mandatos de *lex stricta* y *lex certa*; con el principio de culpabilidad en su función dogmática; y con el principio de necesidad por la existencia de múltiples medios aptos para cumplir con el mismo fin.

Ante aquel contexto se formula la siguiente pregunta de investigación:

### 1.1.3. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para derogar el delito de aborto preterintencional en el Código Penal peruano?

## **1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

La relevancia de la investigación a realizar se encuentra circunscrita a la eliminación de la estática de los tipos penales; es decir, se justifica primordialmente en el bosquejo de una discusión necesaria que transcurre en relación a los cambios o modificaciones que deben acontecer en la ley para mejorar el ordenamiento jurídico peruano, lo que, por sí mismo, genera movimiento sobre la dogmática jurídica.

### **1.2.1. Justificación científica**

La justificación científica de la tesis se encuentra determinada por su relación estrecha con el incremento del conocimiento científico jurídico; en ese talante, la metodología empleada permitió que el investigador desarrolle y sistematice información jurídica y, desde allí, cree una serie de postulados que dieron respuesta a la pregunta de investigación formulada tomando en cuenta su carácter cualitativo.

### **1.2.2. Justificación técnico-práctica**

Desde una perspectiva práctica, se ha planteado como objetivo específico la realización de una propuesta de *lege ferenda* sobre la derogación del delito de aborto preterintencional y la incorporación del tipo penal de aborto culposo sin punición para la gestante en el Código Penal peruano.

De un modo derivativo, el trabajo encuentra asidero en el contexto técnico-práctico por existir la posibilidad de que los fundamentos

jurídicos determinados inspiren la modificación del ordenamiento jurídico. Cabe aclarar que, no obstante, aquellos efectos no se relacionan con la voluntad del investigador, sino que responden a elementos externos.

### **1.2.3. Justificación personal**

La justificación del autor para desplegar la labor investigativa se forjó por un arraigo personal por la materia del derecho penal y en inquietudes propias derivadas del escueto análisis sobre esquemas subjetivos complejos, de los cuales existe uso, pero poca revisión dogmática.

Se espera generar un aporte que subsane las afonías encontradas, y crear un punto de partida para aquellas personas interesadas en recorrer los caminos del conocimiento jurídico sobre las materias versadas.

## **1.3. OBJETIVOS**

### **1.3.1. General**

Determinar los fundamentos jurídicos para derogar el delito de aborto preterintencional en el Código Penal peruano.

### **1.3.2. Específicos**

- a) Analizar dogmáticamente el delito de aborto recogido en el artículo 118 del Código Penal y determinar su naturaleza jurídica.

- b) Identificar las exigencias del principio de legalidad en observancia del acogimiento de delitos preterintencionales y cualificados por el resultado en la legislación peruana.
- c) Describir los alcances del principio de culpabilidad en correlación a la proscripción de responsabilidad penal objetiva.
- d) Desarrollar el contenido del test de proporcionalidad y aplicar su estructura para determinar si la medida legislativa cuestionada debe o no mantenerse vigente.
- e) Realizar una propuesta de *lege ferenda* sobre la derogación del delito de aborto preterintencional y la incorporación del tipo penal de aborto culposo sin punición para la gestante en el Código Penal peruano.

## **1.4. DELIMITACIÓN Y LIMITACIONES**

### **1.4.1. Delimitación**

#### **A. Espacial**

El trabajo de investigación se encuentra limitado al territorio peruano, pues la problemática se desarrolla en torno a una rama del derecho interno cuyos efectos solo son pertinentes a este Estado (derecho penal).

## **B. Temporal**

La investigación fue desplegada en correlación a la vigencia del artículo 118 del Decreto Legislativo N.º 635 (Código Penal peruano de 1991). La modificación o derogación del tenor circunscribe a la tesis.

### **1.4.2. Limitaciones**

La labor científica del tesista no fue obstaculizada ni interrumpida por algún acontecimiento o condición distinta de las ocurridas a causa del contexto pandémico.

## **1.5. TIPOS Y NIVEL DE TESIS**

### **1.5.1. De acuerdo al fin que se persigue**

#### **A. Básica**

De acuerdo al fin que se persigue, las investigaciones pueden ser, generalmente, básicas o aplicadas. La primera tipología se condice con una investigación que busca incrementar el conocimiento teórico de una materia, mientras que las investigaciones aplicadas siempre tienen como finalidad la irrupción fáctica.

Entendiendo ello, es posible señalar que el trabajo de investigación presentó un corte básico; los fundamentos jurídicos que fueron determinados representan un aporte al conocimiento dogmático jurídico, por lo que no existen

características que lo relacionen con una investigación aplicada. Por otra parte, el proyecto de mejoramiento de ley referido como objetivo específico, tiene supeditado su acogimiento en el ordenamiento jurídico a razones que recaen en factores externos.

### **1.5.2. De acuerdo al diseño de investigación**

La investigación, en relación al diseño, fue:

#### **A. Explicativa**

Según Tantaleán Odar (2015), las investigaciones explicativas son aquellas que se encuentran encaminadas a la búsqueda de causas, en tanto el efecto sería conocido para el investigador (p. 12).

En el presente caso, el efecto estuvo conformado por la derogación del delito de aborto preterintencional, mientras que lo que se buscó determinar fueron causas traducidas en fundamentos jurídicos; de allí el alcance explicativo del trabajo.

#### **B. Propositiva**

Mario Bunge (1999), expone que es posible realizar trabajos de investigación que realicen propuestas en el plano jurídico (p. 190). Aquella situación se presentó en la ejecución de esta tesis, en tanto se ostentó como objetivo específico la realización de una propuesta de *lege ferenda* sobre la derogación del delito de

aborto preterintencional y la incorporación del tipo penal de aborto culposo sin punición para la gestante en el Código Penal peruano.

### **1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utiliza**

#### **A. Cualitativa**

El trabajo es de enfoque cualitativo. En aquel sentido, se usaron métodos como el método dogmático para realizar procesos de razonamiento interpretativo y argumentativo, y así, resolver el problema que se ha planteado en el campo del conocimiento científico jurídico.

No fue necesario emplear métodos o procedimientos propios de las investigaciones cuantitativas, como la estadística o el muestreo, para corroborar la hipótesis.

### **1.6. HIPÓTESIS**

Los fundamentos jurídicos para derogar el delito de aborto preterintencional en el Código Penal peruano, son: a) Afectación al principio de legalidad por la ausencia de regulación expresa sobre delitos preterintencionales o cualificados por el resultado y vaguedad e imprecisión en la redacción del texto legal; b) Eliminación de rezagos de responsabilidad penal objetiva en relación al principio de culpabilidad; y, c) Vulneración al principio de proporcionalidad por existencia de medidas alternativas menos dañosas.

## 1.7. MÉTODOS

### 1.7.1. Genéricos

#### A. Método hipotético-deductivo

Sánchez Flores (2019) refiere que el “modelo” hipotético-deductivo es la conclusión particular (hipótesis) desde el razonamiento sobre premisas generales, misma que será falsada y en caso de ser catalogada como veraz, incrementará el conocimiento sobre la teoría de partida y permitirá formular soluciones a la problemática; de lo contrario, al encontrar resultados contradictorios, se procederá a reformular lo trazado (p. 108).

Aterrizando lo dicho en el trabajo de investigación, se ha planteado una hipótesis sobre los fundamentos jurídicos para derogar el delito de aborto preterintencional en el Código Penal peruano, lo que fue corroborado en la demostración de la hipótesis<sup>4</sup>, cuyos efectos fueron deducidos en la búsqueda de la validación argumentativa.

#### B. Método analítico-sintético

El método aludido consta de dos procedimientos inversos que funcionan como unidad dialéctica<sup>5</sup>; mientras que el análisis es

---

<sup>4</sup> Considerada como cierta.

<sup>5</sup> Entendiendo que la síntesis se realiza sobre lo resultante del proceso analítico, y que a su vez el análisis hace uso de la síntesis en cada parte del todo para ser producido.



un proceso intelectual usado para descomponer un todo en componentes o elementos<sup>6</sup>, la síntesis se refiere a la unión de aquellas partes en torno a la generalización. El método analítico-sintético, asimismo, puede coadyuvar a la construcción de conocimiento, en cuanto se puede partir del análisis para, mediante la síntesis “reconstruir y explicar” (Rodríguez Jiménez & Pérez Jacinto, 2017, pp. 186-187)

El método descrito fue manejado en el desarrollo de la investigación planteada *ergo*, además de su uso referente al tratamiento de la información obtenida acerca de la problemática, también posibilitó la elaboración de conocimientos de carácter reconstructivo y explicativo (fundamentos jurídicos) a través de la síntesis de lo analizado sobre la derogación del delito de aborto preterintencional en el Código Penal peruano.

### **C. Método inductivo-deductivo**

Dávila Newman (2006) expone que la inducción metodológica fue propuesta por primera vez por Francis Bacon, que a su vez defendía la generalización de los datos particulares obtenidos a través de la observación de la naturaleza (objeto de estudio); la deducción, por otra parte, ostenta raíces griegas aristotélicas, y se planteó como un proceso mediante el que se arribaba desde

---

<sup>6</sup> Cuyo comportamiento será estudiado individualmente.

pensamientos generales hasta ideas específicas haciendo uso del silogismo<sup>7</sup> (pp. 184-186).

La inducción y la deducción formaron parte de la investigación en la medida en la que facilitaron la construcción de un marco teórico, sobre el cuál se pudo colegir una serie de argumentos lógicos que, además, fueron enriquecidos por los procesos de generalización y silogismo.

### **1.7.2. Propios del derecho**

#### **A. Método dogmático**

La dogmática, como método jurídico, se refiere a un análisis ordenado, sistemático, completo e integral de los textos legales; su estructura se plantea a través de su evolución<sup>8</sup>, entendiéndose que toda delimitación de la dogmática metodológica se encuentra supeditada a la ley positivizada: La primera es la etapa interpretativa, en la que se hace uso de la

---

<sup>7</sup> El silogismo viene a ser la subsunción de una premisa menor en una premisa mayor para obtener una conclusión.

<sup>8</sup> Al respecto, Warat (1981) menciona que el método dogmático ostenta tres diferentes etapas: La primera se encuentra referida a la conceptualización del texto legal, y pretende reproducir y explicar el contenido del derecho; la segunda consta de la dogmatización jurídica, en donde se obtienen los dogmas "que señalan la pauta directriz", y que sirven para ordenar el funcionamiento de las normas legales en base a las construcciones jurídicas o institutos; la tercera y última etapa se caracteriza por la sistematización, en la que se da unidad a las construcciones jurídicas, que pasan a ser parte de un todo ordenado y estructurado conforme a principios (pp. 34-36).

hermenéutica<sup>9</sup> para “desentrañar” lo que la norma indica<sup>10</sup>, comprendiendo, de este modo, el significado del texto; la segunda es la etapa sistemática, y consiste, en términos generales, en una armonización de las disposiciones con una estructura jurídica mucho más extensa<sup>11</sup>; finalmente, la última etapa es la crítica, en la que, luego de interpretar y sistematizar, se asume una postura o teoría propia, que puede alinearse con lo recabado o diferir (Guerrero Agripino, 2004, pp. 49-51).

En cuanto a la investigación en específico, el método dogmático fue usado, en un primer momento, para discurrir sobre los textos relativos a los elementos del problema de investigación, buscando su verdadero sentido y para realizar una elucidación ontológica partiendo de varios cánones interpretativos; sucesivamente, se sistematizó la información obtenida a la luz de un sistema o estructura amplia, como lo es la teoría del delito; por último, en la etapa crítica, se formó una posición sobre los fundamentos jurídicos para derogar el delito previamente interpretado y sistematizado.

---

<sup>9</sup> Para Ruedas Marrero, Ríos Cabrera y Nieves (2009), la hermenéutica proviene del término griego *hermeneúcin*, que puede ser traducido como “el arte de interpretar”. Se trata de una teoría de la interpretación, que, como metodología comprende múltiples realidades que serán desentrañadas por el investigador (pp. 183-187).

<sup>10</sup> De acuerdo con Villabella Armengol (2020), el método hermenéutico, a través de las variables gramaticales, históricas, teleológicas, y sistemáticas, “posibilita entender los significados del objeto que se estudia a partir de una triple perspectiva: la del fenómeno en sí mismo, la de su engarce sistémico-estructural con una totalidad mayor y la de su interconexión con el contexto histórico-social” (p. 173).

<sup>11</sup> Así ocurre con las instituciones jurídicas en relación de los distintos valores constitucionales.

## **1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN**

### **1.8.1. Técnicas de investigación**

#### **A. Búsqueda bibliográfica**

Por la naturaleza de la investigación, fue menester aplicar la técnica de búsqueda bibliográfica, en tanto permitió que se obtenga conocimiento que estuvo disperso en varios tipos de documentos tal como revistas, libros, periódicos, notas de prensa, y otros aledaños.

#### **B. Análisis documental**

El análisis documental, como técnica, exige una mayor profundización que la sola observación sobre el documento a examinar; a través de su acogimiento se pretendió incursionar sobre la información recabada de diferentes medios, como libros, artículos de revistas, tesis y otros documentos en donde se haya tratado algún elemento o componente de la investigación.

#### **C. Argumentación jurídica**

Guibourg (2019), define a la argumentación como la dación de razones que, estructuralmente, se pueden corresponder con la proposición de varios o un solo enunciado que coadyuva o apoya a una conclusión (pp.19-20). En la presente tesis, esta estructura fue empleada para redactar las razones desplegadas de los

fundamentos jurídicos en el texto de la demostración de hipótesis.

#### **D. Fichaje**

El fichaje es una técnica usada por los investigadores para recolectar y tratar información sobre un determinado tema. La investigación, debido a su tipología y metodología, requirió el uso del esta para enriquecer la estructura de la argumentación sobre los fundamentos jurídicos buscados.

### **1.8.2. Instrumentos**

#### **A. Hojas de análisis documental**

Las hojas de análisis documental fueron los instrumentos mediante los cuales se efectuó la aplicación de la técnica de análisis documental; su contenido osciló entre contenido relevante de índole teórica y razones aportadas desde el trabajo mental del tesista.

#### **B. Fichas**

Las fichas son instrumentos que sirven para recopilar y organizar información en la aplicación de la técnica del fichaje. Para desarrollar el trabajo de investigación, se utilizaron el siguiente tipo de fichas:

- a) Ficha resumen, en cuanto se sintetizó la información obtenida de algún autor, buscando las ideas medulares y sin alterar el sentido de lo esbozado.
- b) Ficha textual, que contuvo citas puntuales que serán transcritas para su utilización en el trabajo de investigación como para su análisis.
- c) Ficha personal, cuyo contenido versó en ideas y razonamientos propios del investigador.
- d) Ficha mixta, en cuanto se necesitó tratar con elementos complejos.

## **1.9. UNIDAD DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN**

No es aplicable por la naturaleza sobre la que discurrió lo planteado en esta tesis.

## **1.10. POBLACIÓN Y MUESTRA**

La categoría de universo o población y muestra no es empleable debido a las características del trabajo de investigación.

## **1.11. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

Para la revisión del estado de la cuestión, se realizó una búsqueda en la Red Nacional de Trabajos de Investigación, RENATI, obteniendo la identificación de cuatro trabajos de tesis que contienen elementos análogos al problema que se trató.

La primera es la tesis de maestría de Polar Cadillo (2019), titulada como “Los efectos preterintencionales y cualificados por el resultado, y el concurso ideal de delitos”; la diferencia sustancial con lo que se abordó, es que el trabajo referido no versa su problemática en el delito de aborto culposo o el aborto preterintencional, limitándose a desarrollar un análisis sobre la necesidad de conservar estructuras preterintencionales o cualificadas por el resultado en el Código Penal.

En relación a la propuesta de *lege ferenda* sobre la regulación del aborto culposo, la tesis de pregrado de Diestra Sagón (2019), “La igualdad de trato del bien jurídica vida humana como sustento para regularse el delito de aborto culposo en el Perú”, da razones para tipificar el delito de aborto culposo en la legislación peruana; sin embargo, lo concluido se circunscribe a la protección de la vida humana dependiente en disparidad con la brindada a la vida humana independiente, coligiendo un desigual trato a la vida como derecho humano; asimismo, tampoco propone la derogación del delito de aborto preterintencional.

En la misma línea, Retamozo Eguía (2015), con su tesis de maestría “El aborto culposo y las razones que justifican su incorporación en el ordenamiento jurídico peruano, a fin de evitar la impunidad en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud”, pretende dar motivos para la penalización del delito de aborto culposo, pero realiza un acercamiento mediante la legislación comparada y la técnica de la encuesta practicada sobre operadores jurídicos; posteriormente, desprende una propuesta de regulación que incluye a la madre como sujeto activo del delito.

Finalmente, la tesis de García Ishuiza y Vargas Chávez (2017), con título de “La tipificación del delito de aborto culposo en el Código Penal peruano”, concluye que la regulación del delito de aborto culposo se debe dar por la protección a la vida del feto, a quien la Constitución le reconoce derechos en cuanto le favorezca, lo que encuentra correlación con la propuesta de *lege ferenda*, pero dista de la hipótesis manejada por cuanto no guarda ninguna relación con el delito de aborto preterintencional.



## CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

### 2.1. ASPECTOS *IUSFILOSÓFICOS*

Los aspectos *iusfilosóficos* de la investigación, se encuentran sumergidos, en principio, en el proceso de constitucionalismo del ordenamiento jurídico, ya que los fundamentos jurídicos hipotéticos ostentan un nexo innegable a principios o valores contenidos en la Constitución Política del Perú, siendo que estos contenidos se encuentran desarrollados como manifestación de los efectos de aquel proceso en la rama del derecho penal.

En relación, Aguiló Regla (2018) esboza que el proceso histórico de la constitucionalización del orden jurídico se trata de una cuestión de grado, aludiendo a los siguientes factores que determinarían la impregnación constitucional: La rigidez constitucional, que se encuentra referida a la dificultad de modificación que tiene la Constitución; la garantía jurisdiccional de la Constitución, que se debe entender en la jerarquía normativa en la que desemboca la rigidez, y que afirma la prevalencia constitucional frente a la ley; la fuerza normativa vinculante, que hace alusión a que la norma constitucional deberá interpretarse como norma aplicable; la sobreinterpretación de la Constitución, que merma la interpretación exegética ante un criterio extensivo; la susceptibilidad de la norma constitucional a ser aplicada directamente, entendiéndose por aplicación directa que los jueces<sup>12</sup> podrán solucionar todo tipo de casos con la norma constitucional; la interpretación de la ley en conformidad con la

---

<sup>12</sup> Se prefiere usar el término de operador jurídico.

Constitución, lo que descarta los criterios jurídicos asumidos en detrimento de la norma suprema; y, la influencia de la Constitución en el debate y proceso político, cuyos síntomas pueden percibirse en la tendencia a argumentar conforme a la norma constitucional de los actores políticos, en la calidad dirimente de la norma constitucional en conflictos políticos entre órganos de distintos niveles, y en que los magistrados no muestren autolimitación por cuestiones políticas (pp. 14-17).

La relación de la investigación con el proceso de constitucionalismo, pues, deriva del hecho de que se pretende realizar uso de la afectación de principios como el de legalidad, culpabilidad o proporcionalidad como fundamento jurídico para realizar cambios en la ley; es decir, se usa de cimienta a la norma constitucional para modificar a la ley, reafirmando la jerarquía y trascendiendo la simple literalidad interpretativa, propia del legalismo, para modificar texto legal de la rama del derecho penal. Misma situación ostenta la protección del bien jurídico de la vida dependiente, que conforma un concepto que deberá ser interpretado de acuerdo con la Constitución.

Otra de las corrientes que afecta al trabajo de investigación, principalmente por el uso del método dogmático, es el *iuspositivismo*. El positivismo, según Himma (2014), se encuentra abarcado por tres diferentes tesis: La primera es la tesis social, que vincula a la creación del derecho a un hecho social<sup>13</sup>; la segunda es la tesis de convencionalidad, que puede ser

---

<sup>13</sup> Sea la soberanía pura, la soberanía con amenaza de sanción de Austin, el conjunto de “meta-reglas” de Hart, o una tesis hartiana mejorada.

convencionalidad débil, en cuanto se resuelva que los criterios de validez conforman o constituyen la base de una convención social, o convencionalidad fuerte, si es que alude a la regla de reconocimiento que impone deberes a los oficiales para seguir los criterios de validez; la última, y más discutida en la actualidad, es la tesis de la separabilidad, que sostiene una diferencia o distinción entre el derecho y la moral (pp. 356-374).

En relación a lo escrito párrafos arriba, debido a que los fundamentos jurídicos a determinar discurrirían sobre la derogación y la regulación de delitos en el Código Penal peruano, es decir una incursión sobre lo ordenado por un poder mediante ley positiva (Bobbio, 1992, pp. 30-32), a *prima facie*, el trabajo propuesto se encontraría inmerso dentro de la *iusfilosofía* positivista. Una cuestión más compleja, sin embargo, es identificar la postura de esta corriente filosófica que más se adecúa a lo que será estudiado.

En aquel sentido, Alexy (2008), explica que todos los positivistas parten desde la separación existente entre derecho y moral; los no positivistas, no obstante, defenderían una íntima conexión entre la validez jurídica y la corrección o incorrección moral. De allí que la distinción más importante recogida por este autor sobre positivismo jurídico, es la vertiente filosófica del positivismo jurídico incluyente en contraposición la postura excluyente; para los defensores del positivismo incluyente, la moral no se encontrará necesariamente incluida o excluida del derecho, mientras para los

partidarios del positivismo incluyente la separación entre derecho y moral existe, pero ambos no guardarían conexidad (pp. 78-81).

La postura del positivismo excluyente, defendida por autores como Joseph Raz, no se adecúa a esta tesis, *ergo*, coadyuva al legalismo y parece ser opuesta al paradigma del proceso de constitucionalismo; en afinidad, en la opinión de autores como Linfante Vidal (2008), se evidencia un cambio en la concepción de interpretación jurídica en el sentido del paradigma jurídico, siendo que la inclusión de valores o principios han reemplazado al aspecto autoritario del derecho (p. 276-277), por lo que el excluir la moral del derecho no es una opción.

Sobre el no positivismo, a pesar de que, aparentemente, el trabajo podría guardar relación con posturas moderadas como la de Kant, que menguaba el carácter clasificatorio que se daba de la moral hacia el derecho, lo cierto es que la conexión entre ambos sigue perdurando. Desde las posturas más idealistas del no positivismo<sup>14</sup>, hasta en sus vertientes incluyentes, se manifiesta una relación de derecho y moral que no puede ser sostenida siempre en la investigación.

El positivismo jurídico incluyente, por último, se muestra como la postura filosófica que más se adecúa a lo que se desarrollará en líneas siguientes. Por una parte, gracias a su relación con la tesis de la separabilidad, no existe necesidad dependiente ni tampoco exclusión de la moral en el

---

<sup>14</sup> Que consideran la invalidez jurídica taxativa en causación por cualquier defecto moral.

derecho, lo que la convierte en una postura flexible capaz de fungir como base para todos los argumentos desarrollados por el investigador.

Otra noción filosófica relacionado con el trabajo de investigación es la teoría de las reglas de Hart, que diferencia entre reglas primarias, caracterizadas por referirse a acciones relativas a cambios físicos e imponer obligaciones o deberes, y secundarias, que se referirían a la creación o modificación de las reglas primarias y conferirían potestades (Molina Ochoa, 2011, pp. 307-308). Las normas penales relativas a los delitos, como lo es el aborto preterintencional en el Perú, entran en la clasificación de reglas primarias porque ejercen coacción ante el incumplimiento de estas.

Las reglas secundarias, en cambio, nacen como una solución a los problemas que podría ocasionar el establecimiento de únicamente reglas primarias en una sociedad. Según Ramírez (2004), la primera de ellas es la regla de reconocimiento, que pretende dar solución a la falta de certeza sobre las reglas válidas mediante la base de criterios de identificación, últimos, y revestidos de autoridad; la segunda es la regla del cambio, y busca solventar la cualidad estática de la reglas primarias mediante la facultad de introducción de reglas, entregada a varios o a un individuos; y, la tercera regla es la de la adjudicación, que se relaciona con la competencia y la aplicación de reglas por funcionarios del sistema (pp. 166-167).

Al respecto de las reglas secundarias descritas por Hart, estas encuentran semejanza con lo estudiado, en tanto se pretende generar fundamentos

jurídicos para la intervención en una regla primaria<sup>15</sup>, que sería reemplazada por la introducción de otra regla primaria<sup>16</sup> en analogía a la regla del reconocimiento, afectando tanto la certeza como la naturaleza estática de las reglas primarias que componen al sistema jurídico.

En resumen, el presente trabajo de investigación se encuentra abarcado por tres corrientes o pensamientos filosóficos: El proceso de constitucionalismo del ordenamiento jurídico alegado por autores como Guastini; el positivismo jurídico en su vertiente de positivismo incluyente; y, la teoría de las reglas descrita por Hart.

## **2.2. ASPECTOS JURÍDICOS, TEÓRICOS Y DOCTRINARIOS**

### **2.2.1. Límites del *ius puniendi***

De acuerdo con Mir Puig (2003), el *ius puniendi* puede hallar fundamento en numerosas concepciones de carácter político; una de ellas, de amplia aceptación, es la del Estado Social y Democrático de Derecho, cuyos principios fungen como límites impuestos a quienes ejercitan el derecho a castigar: En el Estado de Derecho, se desarrollarán los postulados relacionados con el sometimiento a esta potestad, lo que, en consecuencia, se verá traducido en el principio de legalidad; para el Estado Social, los límites giran en torno a principios relativos a la protección de la sociedad, tal como el principio de utilidad de la intervención penal, el principio de

---

<sup>15</sup> La derogación del delito de aborto culposo.

<sup>16</sup> Es decir, la tipificación del delito de aborto culposo sin punición para la gestante.

protección de bienes jurídicos y los de subsidiariedad y fragmentariedad; y, en el Estado Democrático, los principios se atañen con la subordinación del *ius puniendi* con el ciudadano, lo que es fuente del principio de humanidad de las penas, el principio de culpabilidad, el principio de proporcionalidad y el principio de resocialización (pp. 74-101).

Una vez construida aquella somera premisa, se define que, en relación a lo tocado en el presente trabajo de investigación, es únicamente necesario desarrollar contenido sobre el principio de legalidad, el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad en tanto se tratan de conceptos que forman parte de la hipótesis planteada en esta tesis.

### **A. Principio de legalidad**

Por excelencia, el principio de legalidad es el límite más relevante de la actividad punitiva estatal. Mir Puig (2003) consigna que, el origen del principio de legalidad, pese a su aspecto formal en el aforismo "*nullum crimen, nulla poena sine lege*"<sup>17</sup>, se encuentra en la ilustración y más específicamente con las precisiones de Feuerbach acerca de las "conquistas centrales de la Revolución Francesa"<sup>18</sup> (p. 125).

---

<sup>17</sup> Expresión latina.

<sup>18</sup> Aunque también existen antecedentes en la *Magna Charta Libertatum* de Inglaterra de 1215, o la *Constitutio Criminalis Carolingia* del año 1532 y de origen germánico.

Al respecto, el principio de legalidad exhibe ligaduras con la propia división de funciones en el poder, formulando que son los representantes del pueblo los únicos con capacidad para determinar los delitos y las penas que la sociedad acepta. De allí que se asevere que el brío popular protege al inculcado aún del sometimiento ciego y arbitrario con la propia autoridad.

Sobre el plano del derecho internacional, García Ramírez y Morales Sánchez (2011), comentando la jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, concluyen que el principio de legalidad ha sido referido como un protector de derechos y libertades, insistiendo en la vigencia del mismo y relacionándolo con el régimen democrático y la tutela del individuo (p. 244). Aquellos lineamientos, como se percibirá más adelante, también son repetidos en el ámbito del derecho interno.

Por supuesto, con ello no se quiere asegurar que el uso señero del principio sea fungir a modo de escudo oponible a la actividad estatal, ya que también da las pautas para imputar a un individuo en el reconocimiento legal de la prohibición de un comportamiento desplegado; empero, desde su función como limitante del ejercicio de poder estatal, este podría ser particularizado como su empleo predilecto.

Así, el fundamento de la legalidad de delitos y penas, además de la “fuerza y autoridad”, se puede encontrar en las siguientes



consideraciones jurídicas y políticas: Democracia y división de poderes como fundamento jurídico político, ya que permiten una legitimación por el origen democrático del principio<sup>19</sup> desde que la ley emana de la voluntad popular, y a su vez restringen o sujetan la actividad del juez legitimando las valoraciones que se correspondan con las contempladas en la Constitución y la propia ley; seguridad jurídica y prohibición de arbitrariedad como fundamento axiológico, que sujeta al derecho penal a los comportamientos tipificados que permiten al ciudadano orientarse mediante el conocimiento de lo mandado y prohibido en el sistema jurídico ; y prevención general como fundamento jurídico penal, en tanto se parte de una aplicación igualitaria que advierte de la configuración del delito (Castillo Alva, 2002, pp. 34-43).

En el Perú, este principio se ha regulado expresamente en el artículo 2 de la Constitución Política, que, en su inciso 24 literal d), refiere que ninguna persona será sancionada o procesada sin la preexistencia de una ley calificadora expresa e inequívoca, ni se le impondrá una consecuencia jurídica no preestablecida. El Título Preliminar del Código Penal peruano también lo acoge en su artículo II.

Sobre su contenido, Castillo Alva (2002) ratifica que la legalidad no legitima que la ley sea la única fuente del derecho; se trata,

---

<sup>19</sup> Totalmente opuesto al origen autoritario.

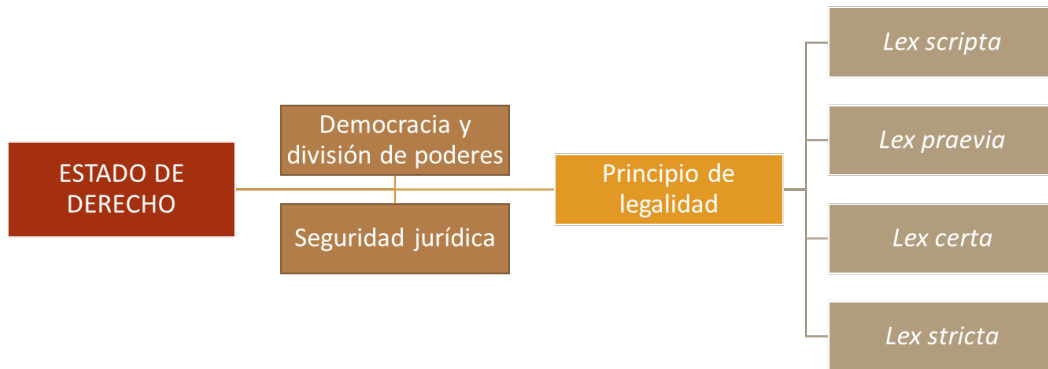
pues, de un principio inherente al ordenamiento jurídico, que coadyuva a la orientación del ciudadano sobre lo lícito y lo ilícito, siendo que en el derecho penal cobra un mayor valor hegemónico, ya que el ejercicio punitivo estatal es un monopolio exclusivo (pp. 21-23). Lo mencionado guarda estrecha relación con el criterio asumido por el Tribunal Constitucional peruano (2007) sobre el principio de legalidad, que dilucida que “en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está también determinada por la ley” (fundamento 14 de la Sentencia N.º 08957-2006-PA/TC).

Debido a lo desarrollado en párrafos anteriores, se establece que la mayor trascendencia del principio de legalidad en tiempos contemporáneos se da desde su perspectiva como garantía penal en el derecho vigente

Sobre los alcances del principio de legalidad, tanto el Tribunal Constitucional peruano<sup>20</sup>, como la doctrina (Castillo Alva, 2000; Villavicencio Terreros, 2016; Polar Cadillo, 2019), han establecido una serie de exigencias para delimitar el alcance del principio de legalidad en el ordenamiento jurídico peruano:

---

<sup>20</sup> El Tribunal Constitucional en el “Caso de la Legislación Antiterrorista”, Exp. N.º 010-2002-AI/TC, solo reconoce la imposición de tres exigencias en relación al principio de legalidad: *Lex scripta*, *lex praevia* y *lex certa*.

**Figura 1***El principio de legalidad en el Perú**Nota:* Elaboración propia**a. Existencia de la ley (*Lex scripta*)**

La garantía de la *lex scripta* ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional (2006) como una prohibición dirigida hacia el juzgador, quien no puede aplicar derecho que sea diferente al que se encuentra escrito (Fundamento 22 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional N.º 12-2006-PI/TC).

En un Estado de Derecho no se pueden crear figuras delictivas o tipos penales que no hayan sido contenidos en la ley; lejos de este modelo, la autoridad puede sancionar por cualquier acto, así este no haya sido preestablecido como un delito por el órgano legislativo. Para evitar la parcialidad, se ha decidido implantar este límite primordial al ejercicio del *ius puniendi*.

La Corte Suprema de Justicia (2014), coincide con supeditar la existencia de la prohibición a la ley, llamándola “única fuente de creación del delito”; asimismo, rechaza que la costumbre pudiese comportarse como un talante para argumentar la catalogación errónea de un comportamiento como delito<sup>21</sup>, y precisa que la única ley que es *lex scripta* es la que cumple con los requisitos de validez (fundamento 2.3.1. de la Casación N.º 456-2012, Del Santa).

#### **b. Exigencia de irretroactividad de la ley (*Lex praevia*)**

La exigencia de la *lex praevia* es también una prohibición impuesta a los órganos estatales. La norma penal tiene un fin de motivación sobre el agente, por lo que sería irrisorio imponer una sanción a un ciudadano por una conducta que en aquel momento en la que fue cometida, no se encontraba puesta como ilícita; de allí que exista una prohibición dirigida hacia el juez, que no puede agravar el castigo y mucho menos castigar a una persona por supuestos novedosos, cuya vigencia fue posterior a los hechos controvertidos (Polar Cadillo, 2019, p. 48).

La garantía de la ley previa, se encuentra contemplada en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú<sup>22</sup>, en donde

---

<sup>21</sup> A lo mucho la costumbre podría influir en la creación de la ley a nivel de inspiración legislativa.

<sup>22</sup> También es reconocida en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

literalmente se prohíbe la retroactividad en materia de derecho penal. Por supuesto, la norma constitucional generaliza que la ley “no tiene fuerza ni efectos retroactivos”, lo que es aplicable tanto al supuesto hipotético típico contenido en la ley como a lo relativo a su consecuencia jurídica derivada de la infracción frente a la prohibición.

Sobre el alcance de la exigencia, Villavicencio Terreros (2006) puntualiza que la prohibición se orienta a la protección del agente; es decir, si no existiese ninguna circunstancia desfavorable devenida de la aplicación retroactiva de la ley, y más bien sus efectos fuesen favorables, la norma constitucional Justificaría aquella usanza.

### **c. Exigencia de la ley indeterminada (*Lex certa*)**

La garantía de la *lex certa* guarda relación con una prohibición que tiene efectos sobre el codificador, quien no puede tipificar conductas usando un lenguaje que lleve a ambigüedad en la interpretación; los delitos deben poseer un texto legal que cumpla con cierta exactitud, individualizando a las penas que han de imponerse tanto en naturaleza como en proporción.

Según el Tribunal Constitucional (2003), bajo el principio de legalidad, también se prohíbe que la ley no se encuentre delimitada de manera clara; aquella prohibición establece una exigencia para el legislador, quien deberá procurar dotar de un sentido único y preciso a la ley, aunque ello no debe

tergiversarse bajo la concepción de una claridad y precisión absoluta, dado que el lenguaje como construcción humana reviste cierta ambigüedad; lo admisible para el Perú, se colige, es que el tipo contenga el “núcleo fundamental” de la materia de prohibición ( fundamento 3.1. de la Sentencia N.º 010-2002-AI/TC).

Su fundamento, en otro sentido, se relaciona con la eficacia de la ley penal frente a la sociedad; los errores de motivación en la persona pueden darse por una redacción inadecuada, que no deje en claro el comportamiento prohibido por la norma penal o la consecuencia que la transgresión de la última acarrea, evitando cualquier tipo de parcialización de los magistrados al momento de juzgar e interrelacionándose con la expresión de la “voluntad de la representación del pueblo” (Jescheck, 1993, p. 122).

#### **d. Prohibición de la analogía (*lex stricta*)**

La prohibición de la analogía ostenta un marco normativo en el numeral 9 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, que prescribe el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley en materia penal, y de otras normas que limiten derechos.

La *lex stricta* conforma una de las múltiples garantías devenidas del contenido del principio de legalidad. De manera

muy somera, este principio manifiesta una prohibición sobre la aplicación de la analogía en el derecho penal.

El Tribunal Constitucional (2006) ha dejado ver que ha coincidido en lo anteriormente dicho, estableciendo una oponibilidad de la legalidad penal a la analogía, que, naturalmente, puede ser aplicada en otras materias conformantes del derecho (fundamentos 22 y 24 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional N.º 12-2006-PI/TC)

## **B. Principio de culpabilidad**

Un primer concepto de culpabilidad es traído por Jescheck (1995), quien concibe al principio como una prohibición de que la pena no se encuentre fundada en la constatación de un reproche personal; en esa orientación, la culpabilidad actúa como un fundamento de la punibilidad, ya que establece al elemento subjetivo como un requisito indispensable para la imputabilidad<sup>23</sup>, empero a su vez también constituye un límite de la punibilidad que verifica la presencia de proporcionalidad en relación a la pena.

Sobre los fundamentos normativos constitucionales de la culpabilidad, este principio, a diferencia del principio de legalidad, no encuentra regulación expresa ni en la Constitución

---

<sup>23</sup> De tal modo que quien cometa un comportamiento lesivo sin culpa, terminará siendo un inimputable.

Política del Perú ni en el Título Preliminar del Código Penal; sin embargo, puede deducirse que su fundamento constitucional se encuentra establecido en la dignidad humana como finalidad acogida por el instrumento constitucional.

El principio de culpabilidad, en su vertiente de principio de responsabilidad subjetiva, exige que el autor haya actuado por dolo o por culpa al momento de desplegar el comportamiento, siendo impune el daño accidental; por dolo se deberá entender a la concurrencia de un elemento cognoscitivo y la voluntad en la realización del tipo objetivo, mientras que la culpa es un límite de la impunidad<sup>24</sup>, mucho más leve, y que puede ser consciente o inconsciente según el contenido de la propia consciencia (Castillo Alva, 2002, pp. 507-514).

El legislador que desee establecer una delimitación clara de lo que es la responsabilidad penal, en ese sentido, vinculará al juicio de imputación con el principio de culpabilidad; de aquel modo el principio también ejerce un poder limitador sobre el Estado, en cuanto propone un modelo en donde se exceda la comprobación fáctica de que el comportamiento antijurídico lesivo ocurrió.

El principio de culpabilidad ostenta dos principales funciones en el ordenamiento jurídico peruano: En un primer momento, en el

---

<sup>24</sup> Inclusive, solo algunos delitos son castigados en sus formas culposas.



plano político criminal, posee una función de orientación al permitir que el Estado opte por una “configuración del derecho penal” en la que se decida no castigar determinadas formas de ser, el comportamiento del autor o su carácter<sup>25</sup>; igualmente, el principio de culpabilidad, en cuanto se tome a la pena como un reproche, facilita la aplicación de una consecuencia jurídica al autor del delito por su función legitimadora en cuanto se establecen condiciones para imputar la comisión de un delito como realizar un reproche al agente comitente (Castillo Alva, 2002, pp. 414-415).

El sujeto, dentro de los límites de un Estado Democrático, no podrá de ninguna manera ser responsabilizado por hechos que no sean propios; tal imputación solo se podrá realizar considerando su propio grado de participación o autoría en el hecho controvertido, sin que exista una sustitución del sujeto o una extensión del castigo hacia otros que no hayan realizado intervención alguna. Del mismo modo, los rasgos inherentes de su personalidad tampoco son justiciables, ya que el derecho penal solo podrá incidir sobre conductas exteriorizadas o hechos.

La última ocupación que tiene culpabilidad se visibiliza en el plano dogmático. Castillo Alva (2002) desarrolla esta función a

---

<sup>25</sup> Es decir, se proscribiera el derecho penal de autor.

través del principio de responsabilidad por el hecho propio<sup>26</sup> y el principio de responsabilidad subjetiva: En lo que respecta al primero, la responsabilidad por el hecho propio se refiere a una imposibilidad por sancionar pensamientos que no se materialicen en la vulneración de algún bien jurídico dependiendo de un principio de ejecución; acerca de la responsabilidad subjetiva, las penas son legitimadas en el propósito o intención de causar el resultado o suceso externo mediante aquella función, identificándose que este principio es el que exige la concurrencia de dolo o culpa (pp. 415-417).

#### **a. Principio de responsabilidad subjetiva**

El principio de responsabilidad subjetiva ha sido llamado, en reiteradas ocasiones, como un principio de culpabilidad en su sentido estricto<sup>27</sup>; su presupuesto más importante ha sido la libertad humana, no como concepto absoluto o determinado irremediadamente por factores externos, sino referido al grado de libertad de decidir o actuar en unas determinadas circunstancias reales.

En el consenso jurídico contemporáneo, se reconoce como uno de los contenidos más relevantes del principio de culpabilidad, más no el único; sus orígenes se ubican en el

---

<sup>26</sup> En realidad, la culpa actúa mediante tres principios con respecto a la responsabilidad y los límites de la medición de la pena: El principio de personalidad de las penas, el principio de responsabilidad por el hecho propio y el principio de imputación objetiva.

<sup>27</sup> Se señala que Mir Puig (2016) denomina al principio de imputación personal como un principio de culpabilidad en sentido estricto, por lo que no sería un criterio unilateral (p.135).

derecho romano, en el que se dispuso que no exista condena por los hechos sin que el reo tuviera conocimiento de la injusticia<sup>28</sup>, lo que luego fue retomado por el cristianismo, la dogmática alemana del siglo XIX, y, subsecuentemente, por “la ciencia penal del siglo XX” (Castillo Alva, 2002, p. 491).

Tal como es concebido en la actualidad, el principio de responsabilidad subjetiva, contempla únicamente la responsabilidad subjetiva por dolo y por culpa, lo que puede marcar una diferencia con algunos sistemas penales ya superados. Así lo ha remarcado el Tribunal Constitucional (2010):

Establece que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva; esto es, que solo se puede imponer una sanción si es que la conducta prohibida y su consecuencia están previstas legalmente. (fundamento 12 de la Sentencia N.º 01873-2009-PA/TC)

Por otra parte, su aceptación mayoritaria dista de sus orígenes, encontrándose circunscrita al periodo de tiempo ubicado luego de las ideas trabajadas en el pensamiento de la ilustración y la dogmática del anterior siglo.

Alvarado Lozano (2009), explica que la responsabilidad penal por culpabilidad ha ido reemplazando a la llamada responsabilidad penal objetiva o también conocida como

---

<sup>28</sup> En las XII Tablas se dispuso que *sis quis liberum hominem dolo sciens morti duit parricida esto*, en alusión al cometimiento de la muerte de otro con conocimiento.

responsabilidad de resultado; mientras que el último modelo se conforma por “la comprobación del nexo de causalidad material”, es a través de la responsabilidad subjetiva que se puede indagar sobre aspectos ignorados<sup>29</sup> que coadyuvan a la imputación del acto o comportamiento delictivo hacia el sujeto (p. 118).

En aquel sentido, se puede decir que la culpabilidad ha proscrito el uso de una responsabilidad penal puramente objetiva como fundamento de la punibilidad en los modelos que la han adoptado, lo que a su vez ocasiona una supeditación a las penas proporcionales. De allí que los delitos culposos sean castigados con penas más leves que las modalidades dolosas.

El contenido de la responsabilidad subjetiva es variado; el concilio de la doctrina tiene que ver con dos vertientes: La primera se refiere a la exigencia del dolo o la culpa; es cierto que, en aquel talante, la espiritualización del derecho penal fue fundamental al diferenciar un elemento subjetivo que sirviese a la imputación, pero ello no bastó. No se puede discutir en la dogmática una responsabilidad unitaria, por el contrario, es graduable, con diferencias sustanciales en lo referido a dolo y culpa (Castillo Alva, 2002, pp. 507-508). La

---

<sup>29</sup> Aspectos subjetivos.

segunda es referente a la importancia del error como circunstancia que afecta el conocimiento en el derecho penal.

El principio de responsabilidad subjetiva acarrea efectos en dos formas: Por una parte, prohíbe la responsabilización del sujeto cuando hubiese ausencia de un comportamiento o actuación presidida por la voluntad, lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de los movimientos reflejos, los estados de inconsciencia o la fuerza física irresistible; por otra parte, acarrea la proscripción de la responsabilidad penal objetiva pura.

Es esta segunda consecuencia la que se estudia en la presente investigación. Siguiendo a Castillo Alva (2002), la pura responsabilidad objetiva<sup>30</sup> es rechazada unánimemente en el derecho penal actual y puede dividirse en responsabilidad objetiva en sentido amplio, cuando se castiga inclusive por los hechos azarosos con punto de partida en el comportamiento humano, y responsabilidad objetiva en sentido estricto, cuando se exige la individualización de una relación de causalidad; igualmente, puede ser responsabilidad objetiva pura cuando es excluyentemente conexas al resultado, y responsabilidad objetiva mixta cuando

---

<sup>30</sup> También llamada responsabilidad sin culpa, responsabilidad anómala o *versari in re ilícita*.

haya un comportamiento doloso inicial, cuyas consecuencias transgreden lo esperado por el comitente<sup>31</sup> (pp.524-525).

La responsabilidad objetiva, posee tres formas conocidas de manifestarse en una legislación: Mediante el caso fortuito, que está en un plano más allá de la culpabilidad por la producción de un resultado causal o azaroso<sup>32</sup>; la preterintencionalidad, y; la cualificación de delitos por el resultado. De ellas, solo es pertinente desarrollar las dos últimas modalidades.

#### **i. La preterintencionalidad**

La preterintencionalidad, en un sentido etimológico, es una expresión devenida de los términos latinos *preter* e *intentio-onis*, y viene a indicar “más allá de la intención” o el propósito (Ambos, 2006, p. 03). En el derecho penal, por ende, un delito preterintencional se corresponde con un esquema delictivo en el que convergen tanto el dolo como la culpa; dolo en cuanto al delito que busca cometer el autor, y culpa en relación al delito que termina configurándose a causa del primer comportamiento.

De acuerdo con Mir Puig (2003), el delito doloso es aquel cometido en la búsqueda por obtener un determinado resultado, aún en contemplación de ciertos matices,

---

<sup>31</sup> Ello se relaciona con el concepto de preterintencionalidad.

<sup>32</sup> Lo que no guarda ninguna relación con los fundamentos jurídicos a determinar.

mientras que los delitos imprudentes se caracterizarían por una ausencia volitiva referente a la ejecución; no obstante, la preterintencionalidad describiría una conducta en la que el tipo realizado, culposo, no se condeciría con el delito doloso que el autor acometería perfeccionar (p. 287).

En correspondencia, la preterintencionalidad no podría argüirse en aquellos supuestos en los que el delito resultante es el buscado por el comitente, que podría ser sujeto activo de un delito culposo en un inicio y, seguidamente, comportarse como autor de un tipo doloso; o que podría agenciarse de otros delitos para obtener la concreción fáctica del comportamiento prohibido por la norma penal. El concurso no es sinónimo de preterintencional.

Según Castillo Alva (2002), además de la sola constatación de la estructura, la infracción dolosa inicial debe poseer idoneidad para causar un riesgo suficiente que conecte al hecho base con el resultado cualificado, es decir, “de cierta entidad más allá del dato formal” (p. 544). Verbigracia, en el caso más extendido de preterintencionalidad, sobre homicidio preterintencional, se determinará que la lesión levísima no podrá derivar en la muerte del sujeto activo, principalmente por no haberse configurado un peligro de esa intensidad.

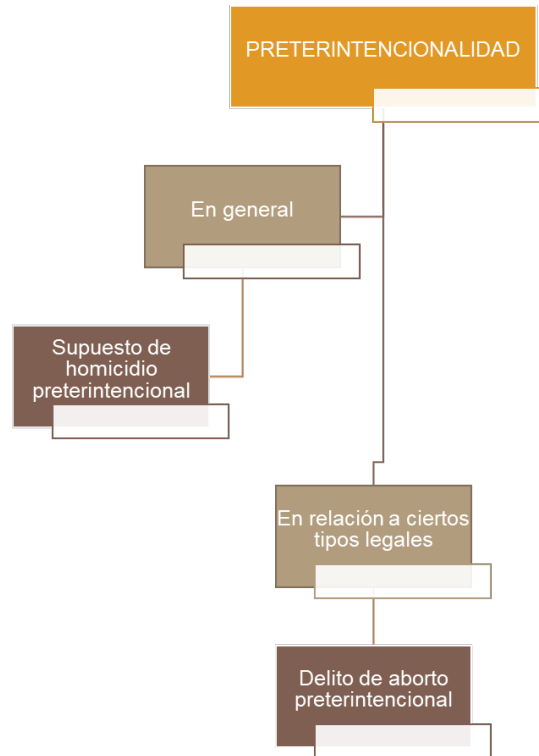
Dicha regla puede ser usada con otros delitos para distinguir entre la estructura dolosa-culposa propia de la preterintención y la conducta dolosa seguida por un caso fortuito, en cuyo caso será punible solamente el delito base, por no cumplir mínimamente con el elemento subjetivo culpa como estándar mínimo para fundamentar una pena.

La problemática de los delitos preterintencionales, por otra parte, puede plantearse “en dos distintos niveles: a) En general y b) En relación a ciertos tipos legales previstos en la Parte Especial del Código Penal” (Mir Puig, 2003, p. 287). Lo primero se encontraría referido a los esquemas preterintencionales que acontecen sin la necesidad de que exista algún tipo penal que subsuma la conducta en el Código Penal, tal como es el supuesto del clásico ejemplo del agente que desea ocasionar lesiones dolosas al sujeto pasivo, pero que termina ocasionándole la muerte; tal semblante sería alusivo a una preterintencionalidad en un sentido más estricto.



## Figura 2

*La problemática de la preterintencionalidad según Mir Puig*



*Nota:* Elaboración propia.

Sobre la preterintencionalidad referida a tipos penales en específicos, en cambio, se hablaría de delitos cualificados por el resultado; aquella definición se corresponde con el delito de aborto preterintencional, cuyo texto legal vigente puede ser encontrado en el artículo 118 del Código Penal peruano.

Finalmente, Castillo Alva (2002), refiere que la doctrina diferencia entre preterintencionalidad homogénea y heterogénea: La preterintención homogénea se caracterizaría por la afectación, aunque en diferente

escala, de un mismo bien jurídico; *a contrario sensu*, la preterintencionalidad heterogénea puede ser conceptualizada como aquella en la que los delitos vulneran dos distintos objetos protegidos tal como en el ejemplo ofrecido sobre el homicidio preterintencional.

Las consideraciones expuestas sobre su esquema jurídico son reforzadas por la legislación extranjera; uno de los antecedentes más afamados de lo esbozado se encuentra en el caso italiano, que decidió limitar el sentido del alcance de la preterintencionalidad a un resultante subsiguiente específicamente culposo en el *testo definitivo del Codice Penale* de 1930<sup>33</sup>.

## ii. Delitos cualificados por el resultado

Los delitos cualificados por el resultado son aquellos que tienen un carácter doloso con consecuencias mínimamente culposas; empero, tal como se explicó en el apartado referido a la preterintencionalidad, esta clase de delitos se corresponden con la existencia de un tipo penal dado por el legislador, desde el que se podría justificar la variación de la pena.

El origen histórico de la “cualificación por el resultado”, se puede encontrar en el derecho canónico, a través de

---

<sup>33</sup> El llamado “Código Rocco” a causa de Alfredo Rocco, Ministro de Gracia y de Justicia en la Italia de esos años.

*versari in re illicita*, principio por el cual una persona debe de responder por un “delito”<sup>34</sup>, aún si esta no hubiese tenido ninguna culpa de lo que acarreó su “acto prohibido” (Roxin, 1997, p. 335).

Por su relación con este principio, es que las primeras definiciones de delito cualificado por el resultado contemplaban un agravante para la mera causación de una consecuencia más dañosa, toda vez que se contemplaba que el comportamiento desplegado por el agente habría sido merecedor de una sanción sustancialmente mayor en razón de la peligrosidad conexas a la acción causante, que, de por sí, también merecería una consecuencia jurídica.

En aquella línea, los delitos cualificados por el resultado son tomados de un modo “casi unánime”, por la doctrina como un rezago de lo que se conoce como “responsabilidad penal objetiva”<sup>35</sup>, cuyo origen se remonta al derecho canónico<sup>36</sup>, en el que los procesados podían responder por todas las acciones procedentes de su “actuar prohibido” (Castillo Alva, 2002, p. 536); *ergo*, en un inicio, esta clase de delitos no consideraba el elemento

---

<sup>34</sup> No sería un delito bajo la luz de la dogmática penal actual, en tanto no es un comportamiento que se caracterice por su tipicidad subjetiva.

<sup>35</sup> También llamada responsabilidad penal de resultado.

<sup>36</sup> Autores como Cardenal Murillo (1989) relatan que la elaboración de los delitos cualificados por el resultado en la dogmática se correspondería con una realidad positiva de la época.

subjetivo en el resultado, en cambio, el marco punitivo se hallaba dependiente del daño objetivo.

Cabe aclarar que al referir una cualificación básica justificada en el resultado más grave de ninguna manera se está circunscribiendo la estructura de estos delitos a una consecuencia ulterior necesariamente dolosa; por el contrario, es aceptado de modo unánime que el efecto eventual puede ser tanto de carácter doloso como imprudente o culposo.

Por supuesto, a comienzos del siglo XX se consignó que los delitos cualificados por el resultado tenían una consecuencia jurídica más punible en razón del resultado mucho más grave, sin que se considerase alguna previsibilidad de por medio<sup>37</sup>; no fue hasta 1930 en Italia, 1953 en Alemania, y 1989 en España que se introdujo la culpabilidad o imprudencia en vínculo con el resultado más gravoso como exigencia (Castillo Alva, 2003, p. 537).

Tal evolución histórica marcaría el camino de los delitos cualificados por el resultado en la actual dogmática penal, que ha optado por prevalecer el principio de proscripción de responsabilidad penal objetiva ante la posibilidad de atribuir la responsabilidad en un punto de vista meramente

---

<sup>37</sup> Dicha postura aún es ostentada por autores como Francesco Antolisei, de acuerdo a Castillo Alva (2003, p. 537).

causalista del hecho. Por lo afirmado, incluso en los casos de cualificación por el resultado, se extiende la exigencia de que el resultado sea mínimamente imputable a título de imprudencia en alternatividad con el dolo.

En cuanto a la mayor punición a la que conlleva la realización de esta clase de delitos, la doctrina alemana, encabezada por Oehler, ha realizado esfuerzos para sustentar ello en el riesgo o peligro convergente con el dolo y que recae sobre el objeto protegido, en donde, siguiendo a Hirsch, el concurso ideal de delitos se muestra como insuficiente para sancionar el total del comportamiento desplegado por el agente (Cardenal Murillo, 1989, pp. 598-599).

Entonces, existen dos caminos para encontrar la fundamentación de la gravedad en los delitos cualificados por el resultado; el primero recae totalmente en el injusto imprudente más grave a comparación del delito doloso base, mientras que la segunda tiene que ver con el riesgo o peligro adicional a la infracción dolosa.

Desde la segunda posición se manifestaría una diferencia crucial con el concurso ideal, pues, la elevación del marco punitivo de estos cuerpos no remite al delito más grave como acontece en el concurso, sino que se valora un riesgo

de especial intensidad<sup>38</sup>, esto es, una especie de injusto adicional. Esta valoración, sin embargo, podría ser incoherente en tanto se pretende que el riesgo sea cimiento para agravar la pena en una situación en la que ya existe una lesión.

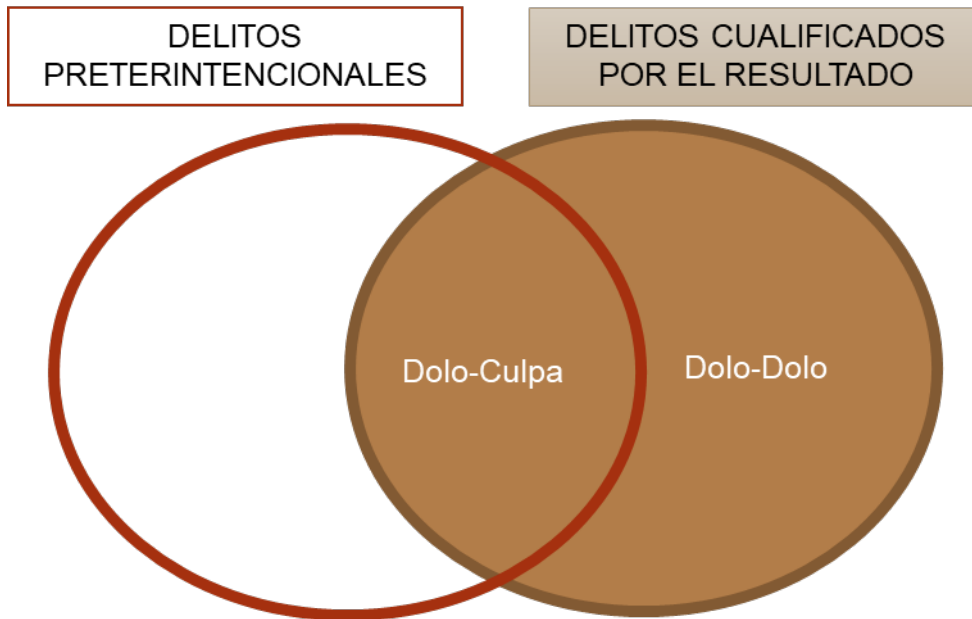
En otro sentido, la relación entre preterintencionalidad y los delitos cualificados por el resultado, no se debe tergiversar lo descrito por Mir Puig (2003) sobre los niveles de la problemática en la preterintencionalidad. De ningún modo el autor ha referido que los delitos cualificados por el resultado se encuentran circunscritos a este concepto, sino que ambos poseerían una misma zona en la que confluyen.

---

<sup>38</sup> Roxin (1997), desarrolla como otro requisito a la directa e inmediata provocación del resultado, aunque aclara que la jurisprudencia y doctrina se encuentran divididas sobre el tema (pp.332-333).

**Figura 3**

*Zona en común de los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado*



*Nota:* Elaboración propia.

Para profundizar sobre el tema, es necesario desarrollar lo establecido por Martos Núñez (2012); tal autor sostiene que la cualificación por el resultado también se atañe con un esquema de dolo-dolo, encontrando que ello inclusive podría incumbir al dolo eventual o el de segundo grado. Aquella explicación proviene de una interpretación de la prohibición para que la consecuencia o el resultado más lesivo sea mínimamente culposos, siendo que se le atribuye a la preterintencionalidad una construcción dolosa-culposa, lo que deja a la cualificación pura con todos aquellos casos en los que la consecuencia no sea de tipo imprudente.

De allí que se afirme que los delitos cualificados por el resultado ostentan diferencia con los esquemas preterintencionales, ya que, mientras los primeros incluso abarcan estructuras de dolo-dolo, los segundos se encuentran circunscritos a la imprudencia en el resultado.

Lo colegido guarda relación con lo manifestado por Roxin (1997), quien trata a los delitos cualificados por el resultado como un delito doloso sometido “a un marco penal especial” cuya configuración acarrea consecuencias más graves, y presentando estructuras de dolo-culpa o inclusive de dolo-dolo (p. 330).

Dicho autor, además, desarrolla el tema de la temeridad, como un tipo de imprudencia aumentada, que, cada vez más asiduamente, es adoptada por el legislador alemán para formular la cualificación por el resultado en remplazo de la culpa.

En el Perú, la exclusión de los criterios devenidos de la responsabilidad puramente objetiva o de resultado, se puede encontrar en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal vigente, en el que descansa el principio de responsabilidad penal, que instituye que la consecuencia jurídica penal requiere de la responsabilidad del sujeto, siendo prohibido el uso de responsabilidad penal objetiva.



Por otra parte, que los delitos cualificados por el resultado dejasen de afectar el principio de culpabilidad se traduce en que en cuanto su esquema, aunque complejo, este acepta mínimamente la culpa en la consecuencia jurídica regulada por el codificador. Por aquel concepto amplio, también existe controversia sobre qué tipo de delitos es abarcado por la otra tipología: los delitos cualificados por el resultado, o los delitos preterintencionales.

### **C. Principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad tampoco se puede encontrar expresamente en la Constitución o en el Código Penal. No obstante, como Castillo Alva (2002) indica, no ostenta un fundamento complejo; por una parte, tiene bases, al igual que el principio de culpabilidad, en la consagración constitucional como el fin supremo de la sociedad y el estado, ya que toda pena instrumentalizadora, desproporcional, o injusta, es indigna; y por otra parte bebe de “criterios inmanentes de justicia” de modo lógico (pp. 295-296).

En relación al derecho penal, el principio de proporcionalidad suele observarse desde la relación equiparable entre la norma penal vulnerada y la consecuencia jurídica que se le impone al autor de la lesión. Sin embargo, aquel solo sería uno de los contenidos que posee la proporcionalidad, siendo que suele ser

versada de múltiples maneras según el caso y la disciplina que se quiera abordar.

Así, en un sentido más amplio, Riofrío Martínez-Villalba (2016) esboza que el principio de proporcionalidad en diferentes ordenamientos jurídicos ha tenido una aplicación sintomática en oposición a los excesos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo; para poder explicarlo de una mejor manera, los tribunales alemanes han decidido acoger la división de tres principios propuesta en el test de proporcionalidad: necesidad, idoneidad y proporcionalidad estricta (pp. 284-286).

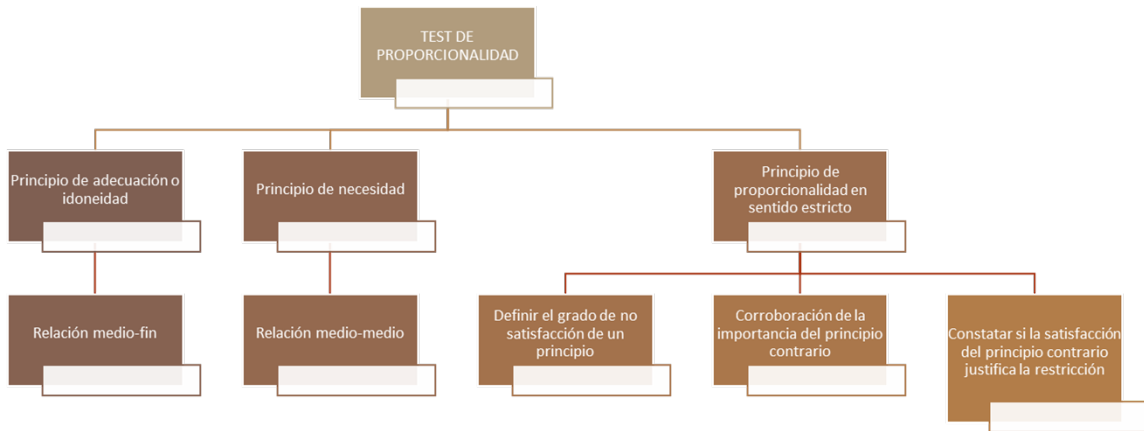
#### **a. El test de proporcionalidad**

La base del test de proporcionalidad tal como se ha adoptado en la doctrina y jurisprudencia alemana, tiene que ver con la distinción que se realiza entre las reglas y los principios; mientras que las primeras son de cumplimiento absoluto y su conflicto obtiene solución en la primacía de una de ellas, los principios son concebidos como mandatos de optimización, con un grado de satisfacción que se ha de dar en la medida de lo que es posible, siendo que el juez realiza un balanceo para determinar cuál de los dos principios “pesa” más en el caso en concreto (Covarrubias Cuevas, 2014, pp. 173-174).

Se trata, pues, de una estructura de carácter predominantemente hermenéutico, ideada y usada por los operadores jurídicos para dar solución a una colisión entre

principios, o incluso derechos u otros conceptos diferentes de reglas, siempre y cuando estos sean tratados como principios.

Para el Tribunal Constitucional (2006), el principio de proporcionalidad posee una incidencia notable en el control de decisiones judiciales, en donde se manifiesta siempre y cuando se cumpla el presupuesto de que hayan dos bienes o principios de valor constitucional en colisión; para aplicarlo, en otro sentido, se hace uso del test de proporcionalidad, mismo que se encuentra conformado por tres subprincipios: En primer lugar se hace un juicio de idoneidad, lo que configura un análisis sobre la restricción en relación al cumplimiento de la finalidad; superado aquel nivel, se realiza una valoración sobre la necesidad, en donde se compara el uso de otros medios alternativos; finalmente se realiza la ponderación, en la que se verifica que la no transgresión de un principio sea de menor grado en comparación a la satisfacción del otro valor (fundamento 5.3. de la Sentencia N.º 01209-2006-PA/TC).

**Figura 4***Estructura del test de proporcionalidad*

*Nota:* Elaboración propia.

### i. Principio de adecuación

El principio de adecuación o idoneidad es el primer subprincipio del test de proporcionalidad. El procedimiento que de él deviene, según entiende el Tribunal Constitucional (2008), es un juicio sobre la restricción del derecho frente a la “finalidad que se busca tutelar” (fundamento 25 de la Sentencia N.º 579-2008-PA/TC); de allí que se suele simplificar la aplicación ontológica de esta fase a la corroboración de la existencia de una relación medio-fin.

En correlación, es cierto que verificar si un principio “B” es cumplido o no mediante el empleo de otro medio es irrelevante para determinar la validez con el subprincipio de adecuación, que centra su objeto de estudio en la cualidad

idónea del medio en concreto para satisfacer a un principio "A"; no obstante, resulta incorrecto agotar el contenido total del examen en aquel vínculo.

Un aspecto resaltante de este primer nivel analítico es el referido a la individualización de la existencia de un fin constitucionalmente legítimo. Tal es la opinión de Covarrubias Cuevas (2014), quien esgrime que la doctrina dominante hace énfasis en que el medio usado debe ser adecuado para contribuir a la obtención del fin, empero, aun así, ningún jurista debería pasar por alto realizar un análisis para determinar si el fin ostenta la característica de la legitimidad (p. 164).

Uno de los problemas que se generan en este punto tiene que ver con la propia definición de principio, naturalmente ligada a la protección constitucional. En ese sentido, puede llegar a plantearse que sea cual sea la decisión tomada, esta buscará la protección de algún fin con legitimidad constitucional, lo que a su vez ocasionaría un prescindible empleo de las exigencias de la adecuación.

Este, verbigracia, es el caso de los derechos fundamentales interpretados como principios; en teoría, y con independencia de lo arribado, siempre se protegerá un fin constitucional. A pesar de ello, es preciso exponer la posibilidad de que el caso configure una legitimidad

aparente, en donde, si se estudia a profundidad lo que recae y lo que no dentro del ámbito de protección del derecho, se pueda aclarar que lo sucedido no se armoniza con el ejercicio de un derecho.

Desde otro punto de vista, pero aun discutiendo el tema de la constitucionalidad de la finalidad perseguida, Martínez Zorrilla (2014) indica que en el asunto del análisis de la constitucionalidad de alguna medida legislativa la exigencia pasa a entenderse “en un sentido débil”, siendo excesivo que se solicite al fin yacer explícito en la carta magna, empero suficiente que este no sea prohibido o contrario a la norma de supremo rango; además, y en relación al tema de investigación, la adecuación de la medida no implicaría que lo legislado sea lo mejor para conseguir el fin, sino que la medida sea idónea o adecuada al menos “en algún grado” (pp. 13-14).

En resumen, tanto la determinación de un medio inadecuado para conseguir la finalidad como la constatación de un fin contrario al cumplimiento de la norma constitucional, acabarían, *per se*, con el trabajo del operador jurídico en el primer nivel del test. En el segundo tema, pues, aunque la medida será adecuada para conseguir el resultado buscado, este último simplemente

no cumplirá con la exigencia de legitimidad que debe complementar a la reducción medio-fin.

## ii. Principio de necesidad

Escapando a la crítica de la representación simplista del subprincipio anterior, se plantea lo siguiente por fines didácticos: Si la relación circundante en el principio de idoneidad o adecuación era de carácter medio-fin<sup>39</sup>, el nexo que se observa en el principio de necesidad es de tipo medio-medio.

En otras palabras, si ya se ha demostrado la idoneidad del medio para satisfacer el fin en cierta medida y que este fin es legítimo, para superar la necesidad se requiere confirmar si es que no existe otra decisión o medio igualmente adecuado, empero de un menor sacrificio en referencia a los demás principios comprometidos.

Aquella idea general se ajusta a lo descrito por Alexy (2010), quien asegura que la necesidad es un análisis comparativo; tal proceso parte de la multiplicidad de medios que pueden satisfacer a un principio "A", siendo que, de todos ellos, se exigiría al operador elegir el medio que menos intervención tenga en un principio "B" (p. 112).

---

<sup>39</sup> Al menos en parte.

El subprincipio de necesidad, se puede afirmar, está destinado a controlar que el medio aplicable en la situación en concreto sea el menos lesivo y, por ende, más adecuado para resolver la controversia. La premisa expuesta, es importante precisar, excluye necesariamente a las opciones que puedan perjudicar a un principio diferente, aunque ya no tuviese incidencia alguna sobre el principio "B".

Sobre la aplicación de una medida legislativa, resulta pertinente puntualizar que existen pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales que han introducido "una serie de matizaciones" que hacen más simple el proceso de selección: No se obliga al legislador a realizar una minuciosa y exhaustiva tasación de consignaciones alternativas; por el contrario, solo se manifiesta como exigencia que se descarte la aplicación de algún medio igual o incluso más adecuado para conseguir el fin, pero con evidentes consecuencias más benignas en comparación (Martínez Zorrilla, 2014, pp. 16-17).

La raíz de la necesidad, entonces, es la prevención o protección contra daños injustificados y producidos a causa de la satisfacción de un principio, limitando la producción de estos sucesos a la mínima expresión que sea posible; es decir, se descartan todos los medios que ocasionen



inmolaciones jurídicas inservibles y se aceptan los que no tengan efectos lesivos o que constituyan un sacrificio mínimo y necesario en contraste de los medios descalificados.

En aquel sentido habría fallado el Tribunal Constitucional (2006), en cuanto consideró que una medida legislativa que limita el derecho a la libertad personal no era el único camino para conseguir el fin pretendido, siendo lo correcto elegir la opción menos gravosa; en el caso en concreto, lo escrito significó la imposición de una medida de carácter disciplinario (fundamento 105 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional N.º 12-2006-PI/TC).

### **iii. Proporcionalidad en sentido estricto**

En esta última etapa, una vez superadas las fases de idoneidad y necesidad, lo que resta por hacer es establecer si el cumplimiento o satisfacción de uno de los principios implicados puede llegar a compensar los daños efectuados.

Al respecto, Riccardo Guastini (2014) define a la ponderación como el establecimiento de una “jerarquía axiológica móvil” entre dos principios en colisión<sup>40</sup> a fin de

---

<sup>40</sup> Que en el trabajo serán desarrollados como “Pi” y “Pj”.

dar solución a la controversia desde una argumentación valorativa principalista; de allí que sea menester imponer “pesos” a los constructos jurídicos en conflicto, mismos que serán determinados únicamente en vista del caso en concreto (pp. 216-217).

En conformidad con lo citado y manteniendo una idea principal de cotejar los beneficios con los detrimentos, se puede estimar que un camino para resolver la parte final del test se encuentra constituido por el paso del conflicto a través de la llamada fórmula del peso, que resulta sistematizando los valores mediante un proceso matemático.

Referente a ello, el tratamiento del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto que planteó Alexy, ha variado. En un comienzo el esquema del profesor alemán se centraba en recabar las propiedades notables para “inclinarse la balanza”, siendo factible propender los demás casos de idénticas circunstancias con la ayuda de una regla o norma adscriptiva<sup>41</sup>; los cambios que se dieron, sin embargo, repercutieron en la instauración de un proceso matemático aplicado únicamente al caso de colisión (Martínez Zorrilla, 2014, pp. 18-22).

---

<sup>41</sup> La construcción de la norma “C->R” es explicada por Alexy (1993), quien refiere que C se corresponde con las circunstancias y R con las consecuencias, en tanto, si un principio precede a otro bajo las mismas circunstancias, se aplicará una subsunción (pp. 93-94).

En este punto, es relevante traer a colación la distinción que se hace entre regla y principio, toda vez que las reglas pueden ser concebidas como mandatos absolutos, que o son cumplidas o incumplidas siendo ello verificable mediante el juicio de subsunción. Los principios<sup>42</sup>, en cambio, son mandatos de optimización, toda vez que su satisfacción o afectación puede representar varios grados, siendo incluso cumplidos de manera parcial.

En esa base, Alexy (1993), enuncia como regla o ley de ponderación: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (p. 161). De aquella definición, se pueden obtener como pasos de la ponderación a los siguientes: a) Constatación del daño, perjuicio, o incumplimiento de un principio; b) Corroboración de la importancia de la satisfacción del principio contrario; y, c) Inquirir sobre la importancia del cumplimiento de un principio frente a la omisión o perjuicio del otro<sup>43</sup> (Alexy, 2010, pp. 112-113).

En cuanto al primer paso, se precisa que, los valores o pesos de la ponderación, en efecto, pueden variar en casos

---

<sup>42</sup> También se admite la interpretación de un derecho como principio.

<sup>43</sup> Alexy (2017), detalla que autores como Habermas o Schlink han criticado esta estructura por dos motivos: Para el primero, el proceso de ponderación sería catalogado como irreflexivo o arbitrario por sus jerarquías acostumbradas; el segundo, en cambio, resaltaría el decisionismo y la subjetividad del juez como *argumentum a contrario* (pp.460-461).

disímiles; no es lo mismo discutir la colisión en supuestos diferentes, pues la satisfacción de los principios frente al grado de afectación no será el mismo en todos los casos. Un principio “Pi”, pese a tener un peso abstracto similar, siempre tendrá una intensidad o grado de restricción o intervención “I” dependiente del caso concreto “C”. Para estimar ello, resulta adecuado emplear una “escala triádica”, que permite valorar de mejor manera el resultado de una colisión entre principios.

La expresión “IPiC”, que por coalición denota la intervención o restricción sobre el principio “Pi” en el caso en concreto, correlativamente, puede ser ilustrada en tres rangos: Leve o “l”, medio o “m” y grave o “g”; la graduación, denominada como escala triádica, siendo así, pretende sistematizar la práctica valorativa de la argumentación jurídica en tres rangos (Alexy, 2017, pp. 469-471).

Ahora, contrariamente a lo escrito, la fórmula del peso también acepta apreciaciones que, al menos en teoría, deben ser las mismas independientemente del caso. Tal es la situación de los pesos abstractos tanto de “Pi” como “Pj”, que, a diferencia de lo incorporado en “C”, pueden ser denotados con las claves “G” para el peso y “A” para abstracto; así, “GPiA” se traduce como el peso abstracto del principio “Pi”.

La semejanza valorativa identificada en lo expresado, es menester constreñir, deviene de la propia concepción de ordenamiento jurídico; de esta manera, se asume que un ordenamiento constitucionalizado tendrá una Constitución donde habrá más de un principio, por cuanto el peso abstracto se conformará por la importancia que posee “Pi” puesto frente a los demás principios<sup>44</sup>.

En otro nivel, sobre el correlato de “IPiC” en lo concerniente a la fórmula, existen dos posibilidades: La primera es que, en base a la identificación de un doble concepto idéntico en cuanto al grado de intervención y la importancia en concreto, se decida emplear “I” para “Pj”, denominándose completamente “IPjC”; la segunda, en cambio, de conformidad a la fórmula del peso y “la proximidad con los usos lingüísticos comunes”, plantea que analógicamente se pueda consignar a “WPjC” como notación para la “importancia concreta del principio contrario” (Alexy, 2017, pp. 473-474).

---

<sup>44</sup> Por supuesto, también cabe el supuesto de que los pesos abstractos no se distinguen entre los principios, caso en el que los pesos se anularán entre sí.

En relación con lo mencionado en el párrafo anterior, se designa que, en el capítulo correspondiente a la contrastación de la hipótesis de la tesis, se desarrollará al concepto de importancia concreta de la satisfacción del principio “Pj” usando la segunda clave, en tanto se percibe que es lo más adecuado para respetar el planteamiento del profesor alemán, aunque reconociendo la naturaleza del término.

Por otra parte, regresando a lo relativo a la escala, Alexy (2017) construye dos posibilidades para aplicar la valoración: La primera, también llamada fórmula diferencial, trabaja con series aritméticas<sup>45</sup> para obtener “Gi,j”, igual a la diferencia entre el peso relativo de ambos principios<sup>46</sup>; la segunda, llamada fórmula del peso, trabaja con escalas geométricas “altamente intuitivas”, cuyos valores se traducen en  $2^0$ ,  $2^1$  y  $2^2$ , siendo que para obtener “Gi,j”<sup>47</sup> se practicará una operación de cociente (pp. 478-471).

---

<sup>45</sup> Los valores de “l”, “m” y “g” serán 1, 2 y 3.

<sup>46</sup> La fórmula puede ser expresada como “Gi,j=li-lj”.

<sup>47</sup> Esquemático como “GPi,jC” en la fórmula completa del peso.

**Tabla 1***Valores numéricos de los grados en la escala triádica de Alexy*

<b>Grados</b>	<b>Fórmula diferencial</b>	<b>Fórmula del peso</b>
“l”	1	$2^0$
“m”	2	$2^1$
“g”	3	$2^2$

*Nota:* Elaboración propia

Aun con todo lo explicado, se distingue que los grados epistémicos relacionados al nivel de certeza de un supuesto de carácter empírico “S” que se vincula con el sentido de la medida en concreto “C” para la no satisfacción de un principio y la satisfacción de otro<sup>48</sup>, son distintos a los grados antes empleados. Partiendo de la escala triádica, ciertamente se pueden analizar los grados de seguro “s”, plausible “p” y no evidentemente falso “e”, pero su valor numérico para la aplicación de la fórmula será de  $2^0$ ,  $2^1$  y  $2^2$  respectivamente.

---

<sup>48</sup> La notación completa tendría la forma de “SPiC”.

**Tabla 2***Valores numéricos de los grados en la fórmula epistémica*

Grados epistémicos	Valores numéricos
“s”	$2^0=1$
“p”	$2^{-1}=1/2$
“e”	$2^{-2}=1/4$

*Nota:* Elaboración propia

Teniendo en cuenta las nominaciones, Alexy (2017) esquematizó la estructura de la fórmula del cociente de la siguiente manera:

**Figura 5***Fórmula del peso simplificada*

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

*Nota:* Adaptado de Teoría de la argumentación jurídica, (p. 489), por Robert Alexy, 2017, Palestra Editores.

La formulación completa, que será la fórmula del peso usada en la contrastación, sería la siguiente:



**Figura 6***Fórmula del peso completa*

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

*Nota:* Adaptado de Teoría de la argumentación jurídica, (p. 489), por Robert Alexy, 2017, Palestra Editores.

Una vez realizada la operación matemática, por último, se puede distinguir tres situaciones: En la primera, el cociente será superior al valor de 1, en cuyo caso se deberá preferir la satisfacción del primer principio; en la segunda situación, el cociente no superará a la cuantía numérica de 1, por lo que el segundo principio será el que prevalecerá; y, en el escenario de empate, en el que el cociente será igual a 1, la solución del encuentro dependerá de la carga de la argumentación de quien decide (Martínez Zorrilla, 2014, p. 21).

**2.2.2. Categorías analíticas de la teoría del delito**

En la dogmática Penal existen muchas interrogantes. Algunas se avocan a profundizar sobre lo que es el derecho penal; otras intentan desarrollar sus fundamentos en relación al modelo estatal; y otras, como la pregunta a la que se pretende dar respuesta en el presente apartado, tienen que ver con la determinación de lo que es el delito.

Se puede partir del hecho de que una teoría es un conjunto de conocimientos sistematizados que intentan resolver un determinado problema; para la teoría del delito, aquella interrogante nación en los elementos naturales del delito<sup>49</sup>.

Para Donna (1995), una teoría del delito no es más que una teoría de la imputación, que viabiliza “imputar” a un autor tanto el hecho típico cometido, como las consecuencias o el resultado (p. 1).

Aquello puede ser operable, aunque se critica una posible mutilación utilitaria; en otras palabras, dicha definición parece abarcar parcialmente a la función práctica de la teoría, pero omite precisar que la teoría del delito también posee efectos sobre el estudio académico.

Parafraseando a Zaffaroni et al. (2007), que posee una definición mucho más sesuda en relación a las finalidades, una teoría del delito es un sistema de compuertas selectivas de primer orden que se usan para comprobar si se cumplen los presupuestos para pedir a la agencia judicial que faculte el ejercicio del poder punitivo, y se comportan como un sistema de filtros; este autor resalta la “función práctica” que cumple la teoría del delito en la clasificación de caracteres, que discurre en un modelo de análisis que facilita la decisión y el planteo de casos en el juzgado, y posibilita la enseñanza del derecho (pp. 288-289).

---

<sup>49</sup> Lo que se conoce como naturalismo de la teoría del delito.

El componente común de estas y otras nociones, como la de Hurtado Pozo (1987), es que la teoría del delito estudia una acción, a la que se llama delito si es que cumple con ciertas categorías, que son la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

**Figura 7**

*Categorías analíticas de la teoría del delito*



*Nota:* Elaboración propia.

### **A. Comportamiento o acción**

La categoría de acción, comportamiento, conducta, o acción humana es la primera de las supraestructuras que se estudia dentro de la teoría del delito; con sus elementos pretende establecer una serie de presupuestos mínimos para considerar al hecho como relevante, y se diferencia de la tipicidad en cuanto no se pretende estudiar la configuración del verbo rector del tipo penal, sino, que el comportamiento abarca un carácter genérico y fáctico.

No obstante, se debe precisar que, en un primer punto de vista contrario, los detractores de esta categoría como nivel analítico de la teoría del delito suelen argumentar que la acción no es una

conducta alejada de la tipicidad<sup>50</sup> o lo jurídico; para este el comportamiento no existe *per se* en abstracto, debiendo concordar inevitablemente con lo que se describe en el texto codificado para evaluar su relevancia. Esta posición, entre otros, es mantenida por Muñoz Conde y García Arán (2000).

Lo anterior tampoco implica la defensa en un bloque único de lo que es la acción, siendo que, desde varios razonamientos y contextos, se pueden identificar muchos acercamientos al comportamiento, así como numerosas discusiones para determinar sus inclinaciones

Hurtado Pozo (1987), conforme a lo escrito, menciona la existencia de tres diferentes teorías sobre la acción: La primera es la teoría de la acción causal o natural, que, a grandes rasgos<sup>51</sup>, considera que el contenido de la voluntad manifestada en la libertad de inervación muscular, no es perteneciente a la acción; la segunda es la teoría de la acción finalista, influenciada fuertemente por los postulados de Welzel, y que defiende que la acción es un comportamiento humano voluntario, pero destinado hacia una finalidad por la que el agente puede prever, en alguna medida, los efectos de su despliegue<sup>52</sup>; la última es la teoría de

---

<sup>50</sup> A pesar de ello, los neokantianos típicos y los defensores de la acción negativa aún conciben un concepto típico de acción.

<sup>51</sup> Teniendo en cuenta que sus defensores en la actualidad han criticado el planteamiento original, y juristas como Blei o Bauman resaltan que la el concepto de acción contiene a la definición de voluntad.

<sup>52</sup> La finalidad no sería lo mismo que la voluntariedad de los causalistas, pues, mientras que esta se refiere a una voluntad consciente de la meta, para los últimos basta con que el comportamiento haya sido voluntario sin la determinación de algún contenido.

la acción social, que busca unificar el concepto de acción definiéndola a través del comportamiento socialmente relevante como elemento común, por lo que toma un punto de referencia normativo en unión a un criterio ontológico (pp. 165-168).

Por supuesto, aquellas no son las únicas concepciones de la acción en la doctrina; por el contrario, resaltan los pensamientos hegelianos de acción, la teoría positivista presidida por von Liszt, los acercamientos neokantianos causalistas y típicos, su desarrollo como acción negativa, la conducta funcionalista o como teoría personal.

Sobre la acción hegeliana, esta ha de ser descrita como una conducta ligada íntimamente a su teoría de la pena, cuya imposición se justifica, además de en la vigencia del derecho reafirmada, en el despliegue de una conducta con ciertas características. La única acción es la exteriorización de la voluntad moral inmediata en libertad, toda vez que el autor la define como un “acto propio mío” sin irrupciones de las cosas externas (Hegel, 1968, pp. 118-119).

Por supuesto, la construcción hegeliana era subjetiva-objetiva, al considerar a la culpabilidad como “un requisito de existencia de la acción”; una estructura inversa sería desarrollada por Liszt, que ubicaba a la acción como la elaboración de una mutación en el plano externo del mundo y atribuible a la “voluntad humana” en tanto sea ocasionada por un movimiento corporal (primer

parte causal), buscado o arbitrario, y que derive en un resultado (segunda parte como efecto) (Zaffaroni et al., 2007, pp. 331-332).

La noción antes detallada no es sino una aproximación a las teorías causalistas o naturalistas de la categoría, ya que Liszt y sus secuaces suelen relacionar la posibilidad de enervación muscular a la “voluntariedad”. La última expresión no debe confundirse con la voluntad defendida por los finalistas, ya que para los causalistas el contenido de este concepto no es de pertinente estudio en el nivel del comportamiento.

Así también es considerado para un sector de neokantianos, que, aunque prescindan de la explicación natural al partir de una acción moldeada por la retribución y prevención, igualmente valoran a la voluntad separada de un contenido.

La teoría finalista, encabezada por Welzel, en cambio concibe a un comportamiento sometido a una voluntad que, imprescindiblemente, se tiene que dirigir u orientar hacia un resultado, esto es, una finalidad; justamente el contenido del elemento volitivo es lo que conforma los cimientos de la categoría, siendo lo más relevante el dato óntico en un intento de desligarse de la valoración de los procesos causales, lo que a su vez inspiraba a su creador para nominar la teoría como “acción cibernética” para remarcar el encausamiento o dirección (Hurtado Pozo, 1987, p. 166).

La acción finalista, sin embargo, no escapó a críticas. Unas tuvieron que ver con los delitos culposos y cometidos por omisión, cuyo comportamiento no puede ser explicado a cabalidad por la concepción de Welzel, sobre todo en cuanto a la culpa, cuyo fin, por antonomasia, es excluido en razón de su irrelevancia. En ese contexto es que nacen, aunque sin mucho éxito, la acción cibernética y la finalidad potencial para llenar el vacío.

En cuanto a la acción social, se puede encontrar su origen en la búsqueda de la construcción de un concepto externo a lo típico, para solucionar por completo el problema en el que deviene la ubicación de la omisión; al respecto se ha de puntualizar que estas tendencias nunca fueron puntos de vista unitarios, sino que abarcaron diferentes conceptos de teorías anteriores, lo que ocasiona, por ejemplo, que los finalistas defiendan posturas de la acción social solo en cuanto sea final.

Sobre la acción como concepto negativo, Zaffaroni et al. (2007) refiere que en los años setenta se intentó construir una teoría que partiera de la omisión, pero que englobase a la acción en *stricto sensu*, lo que derivó en varios planteamientos circundantes a la evitabilidad, encontrando a la acción como una no evitación de lo evitable por una persona con condición de garante (p. 335).

No se debe confundir al concepto negativo de acción con su planteamiento funcionalista; es cierto que Jakobs construye su argumentación sobre la evitabilidad, empero lo hace desde un punto de vista típico y sin acercar su noción a una supuesta disolución de la parte activa en la parte omisiva, el cual era el punto de partida para los partidarios de la concepción negativa.

Otra construcción del comportamiento es el tratado por Roxin (1997), en su concepto personal de acción, que explica un postulado que se corresponde con todo lo atribuible “a un ser humano como centro anímico-espiritual de acción” (p. 252). El autor postula una noción previa a la tipicidad e inclusive prejurídica, que prescinde de causalidad, resultado, finalidad o importancia social, remplazando estas cuestiones<sup>53</sup> por una acción vista como una “exteriorización de la personalidad”; la personalidad se plantea como una actividad anímico-espiritual, lo que parece generar problemas en su amplitud en cuanto a la función política y no se separa totalmente del tipo para la imputación de delitos dolosos (Zaffaroni et al., 2007, p. 337).

En cuanto a la postura mayoritaria en el derecho interno peruano, se ha optado por seguir, a grandes rasgos, un camino finalista<sup>54</sup>; es así que, se ha admitido que la acción o comportamiento se refiere al despliegue de una conducta

---

<sup>53</sup> Aunque más bien las pospone para el análisis de culpabilidad o el injusto.

<sup>54</sup> Donna (1995), explica que la posición finalista resulta ser la más lógica metodológicamente, solventando problemas como la omisión y la tentativa en sus planteamientos contemporáneos.



humana con el elemento volitivo orientado hacia un fin y exteriorizado, que engloba a una parte positiva en relación a un hacer y a una fracción negativa u omisiva consistente en un no hacer.

Tal definición constituye la base sobre la que se constituyen las demás categorías de la teoría del delito en una función positiva; empero, en su función negativa, excluye ciertos tipos de conductas que no se correspondan con el esquema dado.

Según Tello Villanueva (2021, p. 74), los elementos de la categoría jurídica, tal como se analiza en el Perú, son los siguientes:

- a)** Debe ser un comportamiento necesariamente exteriorizado, *ergo*, el plano volitivo interno no puede ser objeto de una pena en el derecho penal. La conducta, puede ser exteriorizada de manera positiva o negativa, según se refiera específicamente a la acción en sentido estricto o a la omisión.
- b)** La acción puede consistir tanto en un despliegue (hacer), como en una falta a un deber de cuidado (no hacer), lo que se relaciona con la distinción dogmática entre delitos de comisión y omisión<sup>55</sup>.
- c)** Se concibe a un comportamiento voluntario y final, siendo excluidos los movimientos involuntarios generados por una

---

<sup>55</sup> Dentro de estos últimos, a su vez, se contienen la omisión propia e impropia.

“irritación periférica” de un modo inmediato, o movimientos reflejos; los estados de inconsciencia absoluta; y, la fuerza física irresistible.

**d)** La producción de un resultado exterior desde “el prisma estrictamente jurídico”.

Para Peña Gonzáles y Almanza Altamirano (2010), los elementos de la acción son solo tres: El impulso volitivo o manifestación de la voluntad, que se manifiesta en la conducta corporal externa; el resultado, en tanto la modificación del mundo exterior debe ser producto del accionar del ser humano y calificada para reprimida por el derecho penal<sup>56</sup>; y el vínculo causal entre el primer componente y el último.

En cuanto a la ausencia de acción, prioritariamente se excluirá a aquellas conductas negativas o positivas que sean realizadas fuera del ámbito de la voluntad del agente; ello, se señala, se condice con la adopción de un concepto de voluntad finalista verificada en la exteriorización del comportamiento<sup>57</sup>.

Siendo así, tanto Calderón Martínez (2017), Peña Gonzales y Almanza Altamirano (2010), como Hurtado Pozo (1987), colocan dentro de la ausencia de acción a la fuerza física irresistible, al acto o movimiento reflejo, a los momentos de estado de

---

<sup>56</sup> Los autores, en ese aspecto, estaría trabajando los elementos desde una conexión maso menos directa con la tipicidad

<sup>57</sup> Autores como Peña Gonzales y Almanza Altamirano (2010) consideran que “el obrar no dependiente de la voluntad del hombre no es acción” (p. 104).

inconsciencia o situaciones ajenas a lo patológico, que son cuestiones que escapan a lo punible<sup>58</sup>.

## **B. Tipicidad**

La tipicidad es la primera categoría adjetiva respecto del comportamiento; ello implica que, una vez evaluada la conducta controvertida, el operador jurídico debe de proceder con un análisis de lo acontecido en torno al tipo penal, que se muestra como un instrumento que contiene todos los elementos requeridos para motivar al ciudadano común; de allí su relación inherente con la corriente del positivismo jurídico y el principio de legalidad.

De acuerdo a Hurtado Pozo (1987), la primera teoría de la tipicidad fue elaborada por el jurista Beling, que consideró al tipo como una simple descripción objetiva de la conducta; fue, luego de un largo proceso evolutivo, que juristas como Nagler, Graf, Sauer o Mezger, lograron demostrar la existencia de otros elementos de carácter subjetivo y normativo dentro del tipo penal (p. 179).

Se trata, pues, de una categoría que ha evolucionado constantemente en el tiempo, siendo que lo único que se ha mantenido desde su planteamiento es que los elementos de la

---

<sup>58</sup> Peña Gonzales y Almanza Altamirano (2010), añaden la impresión paralizante y el estado de necesidad; sobre lo último, la consideración es una posición minoritaria en la dogmática.

tipicidad derivan del texto legislado, y que existe una tendencia descriptiva en el tipo penal.

Si la conducta, una vez se haya descartado su ausencia en la primera compuerta, no termina por encuadrar de manera estricta en algún tipo penal de la Parte Especial, por muy grotesco y reprochable socialmente que sea ese acto, no se puede establecer que se juzgue un delito; tal descripción, más bien, se corresponde con un caso de atipicidad, ya que tal definición abarca a la falta de alguno de los elementos del tipo que se encuentran integrando la descripción que el legislador ha previsto para el delito (Calderón Martínez, 2017, pp. 14-19).

Ahora, la doctrina jurídica no ha aceptado a la tipicidad como sinónimo de tipo, y de ningún modo se podrá interpretar que ambos términos hacen referencia a contenidos similares.

Para juristas como Zaffaroni et al. (2007), el tipo penal parte de la palabra alemana *tatbestand*<sup>59</sup>, y es definido como un instrumento lógicamente necesario para la identificación e individualización de ciertas conductas que poseen relevancia penal en tanto se encuentran prohibidas por quien legisla; además, puntualiza, que el tipo posee un carácter eminentemente descriptivo (p. 341-345).

---

<sup>59</sup> Cuyo significado es supuesto de hecho.

De allí que se afirme que la tipicidad comprende una actividad de razonamiento, en la que el operador jurídico realiza varios procesos mentales para argumentar sobre la adecuación de una determinada conducta a la descripción típica o legal.

En un mismo sentido, el tipo penal es definido por Peña Gonzales y Almanza Altamirano (2010), como un instrumento de naturaleza predominantemente<sup>60</sup> descriptiva, creado por el legislador, con la función de individualizar comportamientos relevantes para el derecho penal, describiendo abstractamente a la conducta prohibida (p. 123).

La subsunción típica, razonamiento o juicio de tipicidad no se debe confundir con el concepto de tipo penal; al respecto, como se ha estado desarrollando, se puede identificar que las primeras expresiones hacen referencia a un proceso de índole intelectual en el que se pretende colegir si es que el comportamiento fáctico se condice o no con lo dispuesto en el tipo penal. Por el contrario, el legislador es el único con potestades para ejercer labores de creación con respecto al tipo penal.

El tipo penal ostenta una función garantista sobre el sistema jurídico, en cuanto solo es sancionable todo aquel comportamiento punible desde el punto de vista legal desde antes de que este haya sido cometido, siendo que inclusive

---

<sup>60</sup> Pero no únicamente.

Beling le asignaba aquel valor; por supuesto, el tipo penal también podría poseer una función sistemática<sup>61</sup> y una función en referencia a la regulación del error, en tanto la teoría del error señala que el tipo debe contener todos los elementos sobre los que se deberá confirmar la intencionalidad del autor<sup>62</sup>.

#### **a. Elementos del tipo penal**

El establecimiento de los elementos del tipo ha sido una discusión antigua y que, inclusive, perdura hasta los tiempos actuales.

El consenso mayoritario, sin embargo, señala que los elementos del tipo penal pueden clasificarse en descriptivos, normativos, objetivos y subjetivo. Se tratan de elementos descriptivos en cuanto son términos usados en el lenguaje común, usados para representar estados, o procesos anímicos y corporales, y son valorados por el magistrado de una manera cognoscitiva; los elementos normativos, en cambio, requieren de una valoración especial de la situación de hecho para ser corroborados, presuponiendo de manera lógica a una norma; los elementos objetivos y subjetivos, por otra parte, se diferencian en vínculo con el autor, siendo elementos objetivos si puede ubicarse en el ámbito externo a

---

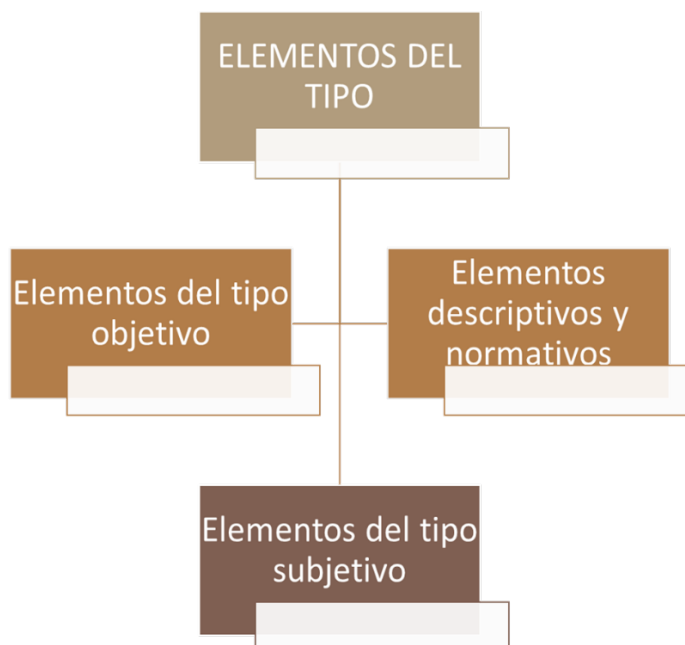
<sup>61</sup> Antes de la existencia de la teoría del tipo, el delito era definido como una acción antijurídica, culpable y sancionable con una pena, lo que no aclaraba las características que debía tener el comportamiento.

<sup>62</sup> También sirve para identificar la tentativa del llamado “delito putativo”.

este, y elementos subjetivos en el supuesto de que hagan referencia a elementos del dominio interno del sujeto<sup>63</sup> (Hurtado Pozo, 1987, pp. 180-181).

### Figura 8

#### *Elementos del tipo*



*Nota:* Elaboración propia.

#### **i. Elementos del tipo objetivo**

Los elementos objetivos del tipo son aquellos que, tal como indica Hurtado Pozo (1987), se pueden identificar como procesos o estados situados fuera del ámbito interno del sujeto (p. 181). Así, por ejemplo, se consideran a los verbos

<sup>63</sup> Aquí se ubican los elementos como el dolo o la culpa, en tanto transcurren en el fuero interno, pero pueden ser comprobados por el juez en el proceso.

típicos, las modalidades de estos, al bien jurídico, entre otros.

La definición citada es de suma importancia para marcar distancia con los elementos de la tipicidad subjetiva, que, en contraposición a los elementos objetivos del tipo, se pueden determinar en el ámbito interno del autor. Cabe aclarar, además que los sujetos de los delitos, tanto pasivo como activo, se encuentran dentro de la tipicidad objetiva, inclusive en los casos en los que se asigna alguna cualidad especial al agente o la víctima.

Salvo algunas diferencias doctrinarias no relacionadas con la investigación, se puede indicar que el tipo objetivo posee los siguientes elementos:

- a)** Sujeto activo, concepto que engloba no solo a quien realiza una conducta de un modo positivo, sino también quien omite un hacer para configurar el delito.
- b)** Sujeto pasivo, que es el titular del bien jurídico; al igual que el sujeto activo, puede ser referido con características específicas en el texto legal.
- c)** Conducta típica o verbo rector, referido al comportamiento que desencadena la imputación de la pena y es descrito por el tipo; verbigracia, matar, interesarse indebidamente, sustraer, entre otros. Dicha



conducta puede o no relatar un resultado, pudiendo también ser una mera actividad.

- d) Bien jurídico, que, a grandes rasgos, puede ser explicado como un interés de especial valor tutelado en el ordenamiento jurídico y cuya protección se encuentra derivada de la Constitución; en síntesis, un interés social positivizado.
- e) Nexo causal, en cuanto lo resultante debe ser capaz de ser imputado al comportamiento de la persona procesada.
- f) Medios empleados, que son contemplados en el tipo en específico, u omitidos según se pueda realizar el delito por cualquier medio.

Para Peña Gonzáles y Almanza Altamirano (2010), la estructura del tipo penal siempre se encontrará compuesta por el sujeto activo o autor del delito, el comportamiento desplegado por este y el bien jurídico protegido (pp. 140-142).

## **ii. Elementos descriptivos y normativos**

La distinción entre elementos del tipo descriptivos y normativos posee incidencia sobre todos los tipos penales de la Parte Especial; a los primeros se les atribuye una comprensión sensorial, mientras que los segundos

parecen poseer una especie de comprensión más profunda<sup>64</sup>, entendiendo que proverbialmente se conoce que los elementos descriptivos reproducen datos o procesos que pueden ser comprobados de manera meramente cognoscitiva y los elementos normativos siempre necesitan de una valoración para verificar su concurrencia (Roxin, 1997, pp. 305-306).

Sobre los elementos normativos, Roxin (1979) explica que Mayer fue el primero en desarrollar a los elementos normativos del tipo; su planteamiento guardaba sustento en que, generalmente, los elementos del tipo penal pueden ser percibidos por los sentidos, lo que no pasaría con el caso de los elementos normativos<sup>65</sup> cuya determinación requiriese necesariamente de una valoración (pp. 61-62).

Lo escrito no implica que no exista valoración en los elementos descriptivos, sino que, al ser percibidos con mayor facilidad, esta es reducida de un modo sustancial. La línea entre unos y otros, gracias a lo dicho, puede ser difusa. Aun así, conviene resumir que los elementos descriptivos pertenecen al lenguaje usado comúnmente en el contexto social.

---

<sup>64</sup> Roxin (1997), la designa como “comprensión espiritual”.

<sup>65</sup> Se pone de ejemplo a la expresión “ajenidad de una cosa”.

Por último, existen dos clases de elementos normativos: Unos son de valoración jurídica, mientras que otros de valoración cultural; los primeros a menudo tendrán que remitir al uso de alguna norma cuyo contenido permite la interpretación del operador, mientras que los segundos son sustentados en usos y costumbres (Calderón Martínez, 2017, p. 18).

### **iii. Elementos del tipo subjetivo**

Los elementos subjetivos del tipo fueron un aporte de juristas como Fischer, Hegler y Mayer, quienes descubrieron que, además de lo propuesto por Beling, el injusto encontraba fundamento en elementos subjetivos anímicos interiores distintos a los que se trataban en la categoría de culpabilidad (Roxin, 1979, p. 66).

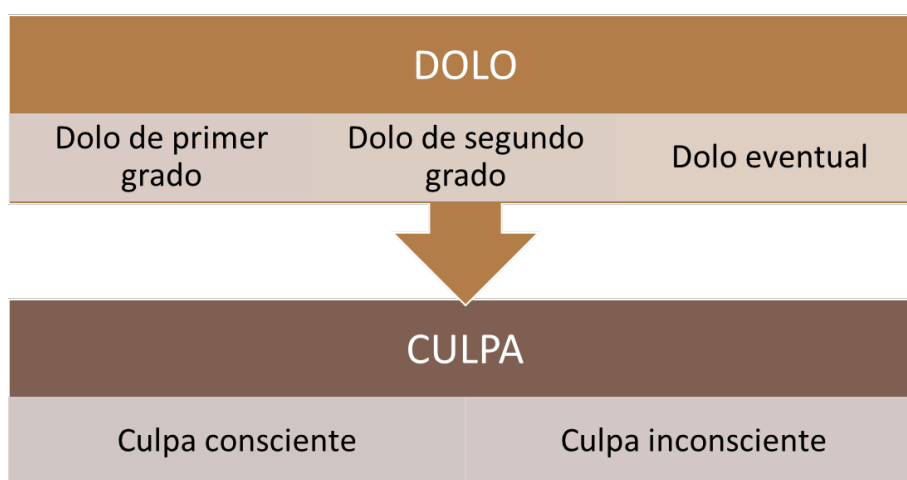
Para el caso peruano, la estructura típica subjetiva se encuentra expresamente delimitada en el Código Penal de 1991, cuyo artículo 12 del primer libro proscribía la responsabilidad distinta a la imputada a la infracción dolosa y, en los delitos en los que taxativamente así se prevea, a la infracción de naturaleza culposa.

Entonces, se puede decir que el codificador peruano ha seguido a la doctrina clásica sobre el tipo subjetivo, cuya distinción crucial se desarrolla en torno al dolo y la culpa, lo que trasciende los fines puramente didácticos y se muestra

como talante para atribuir responsabilidad penal mayor o menor, o incluso declarar la atipicidad de una conducta en los casos en los que el tipo imputado no admita la comisión culposa (Villa Stein, 2014, p. 319).

**Figura 9**

*Elementos del tipo subjetivo*



*Nota:* Elaboración propia

#### **iv. Dolo típico**

Por dolo típico, según Roxin (1997), se debe entender a una abreviada fórmula que interrelaciona el conocimiento y la voluntad en referencia a los elementos objetivos del tipo; en otro aspecto, las razones para adaptar este elemento en la tipicidad subjetiva son varias: Por una parte, el cometido de tipificar “el contenido de merecimiento de pena del correspondiente delito” es inherente al tipo; el dolo fundamenta la punición de los casos de tentativa; la mayoría de los delitos concebidos poseen verbos

relacionados con finalidades; y, finalmente, que “los elementos subjetivos del tipo no contenidos en descripciones objetivas de la acción típica”, también deben llevar “al reconocimiento del dolo típico” (pp. 308-309).

Sobre este elemento se desarrolla la siguiente clasificación:

- a) Dolo directo o de primer grado, en el que predomina el elemento volitivo, pues el control de conocido, querido y perpetrado siempre recae en el sujeto activo.
- b) Dolo indirecto o de segundo grado, también llamado como dolo de consecuencias necesarias, pues supone una situación en la que el agente comprende que su actuar ocasionará otros resultados además de los buscados.
- c) Dolo eventual, que, como explica, a diferencia de la culpa, se manifiesta como una consideración seria de la producción del delito y la aceptación o resignación de que lo especulado ocurra.

#### **v. Culpa típica**

En la llamada culpa típica, se rechaza el elemento volitivo característico del dolo, subsistiendo solo el término “conocimiento”. Cabe aclarar, no obstante, que este conocimiento es sustancialmente más superfluo que el del

dolo y no debe ser confundido con el elemento de este, siendo que la punibilidad es sustentada en la lesividad, su evitabilidad, y el conocimiento cuantitativamente menor que lo cognoscitivo en el dolo típico (Jakobs, 2005, p. 373).

Se resalta también la definición del deber de cuidado, componente crucial para individualizar una conducta culposa típica en razón de lo que se le ha requerido en el ordenamiento jurídico.

Para Peña González y Almanza Altamirano (2010), la culpa se puede determinar con forma de imprudencia, negligencia, impericia, y, en general, cualquier inobservancia de normas reglamentarias (p. 186).

La culpa, por otra parte, ostenta dos modalidades:

- a)** La primera es la culpa consciente, que, en contraste con lo acontecido con el dolo eventual, requiere que el sujeto confíe en la no producción de un daño, aunque subsista el conocimiento de la posibilidad de que así ocurra.
- b)** En la culpa inconsciente, en cambio, el agente no conoce, pero debió conocer de este. El fundamento de la punición, en este supuesto, es evidentemente el deber.

### C. Antijuridicidad

Lo antijurídico se refiere a una oposición ante lo jurídico; para el caso en concreto, la categoría del delito se refiere a un examen minucioso recaído en el hecho, para colegir si es que este se presenta como contrario al ordenamiento jurídico. No basta, para ello, que el hecho pertenezca a una conducta típica del Código Penal, sino que se requiere una evaluación de todo el panorama, resaltando la definición de “causa de justificación”.

Donna (1995), explica que la antijuridicidad puede ser formal o material; sería antijuridicidad formal en cuanto la conducta desplegada por la persona se manifiesta como una oposición a un mandato normativo que es contenido en la norma penal<sup>66</sup>, mientras que se atañería con antijuridicidad material la conducta que termine lesionando un bien jurídico (p. 128).

De lo escrito, se puede esbozar que la antijuridicidad deviene en un juicio mayormente de aspecto negativo; el primer indicio se relaciona con la determinación de la tipicidad de la conducta, lo que podría definirse como una antijuridicidad en sentido positivo, empero, se requiere del descarte de ciertas circunstancias que excusen el comportamiento.

---

<sup>66</sup> Es decir, la forma.

En relación, Hurtado Pozo (1987, pp. 187-198), desarrolla las siguientes causas de justificación desde el estudio de la legislación peruana:

- a) Legítima defensa<sup>67</sup>**, que constituye la causa más recurrente en la doctrina jurídica y el derecho positivo; sus requisitos son: Agresión ilegítima, que se refiere a una lesión o puesta en peligro de un bien de modo contrario a derecho; necesidad racional del medio, que no se refiere a una proporcionalidad matemática entre la agresión y la defensa, sino que es analizada en cada caso en concreto; y, falta de provocación suficiente, que en lato sensu implica que el agredido no ha debido provocar la agresión mediante una amenaza de cierto riesgo.
- b) Estado de necesidad.** Es cierto que el legislador peruano no ha seguido la fórmula helvética para instaurar la institución, empero se puede determinar como una situación de peligro que genera el detrimento de un bien jurídico para salvar otro interés del agente, en observancia de los siguientes presupuestos: Peligro inminente e imposible de salvar de otra manera, del que se debe resaltar su actualidad y su generación por obra humana o fenómeno natural; y, bienes en conflicto y su proporcionalidad, en cuanto, en relación a su

---

<sup>67</sup> También puede ser considerada como un caso especial de estado de necesidad por el trato que se realiza sobre los bienes jurídicos.



inspiración suiza, se considera que el bien jurídico lesionado no debe ser mayor al preservado desde el punto de vista objetivo.

- c)** El acto ordenado y el acto permitido por ley; en el primer caso se subsumirían todas aquellas conductas que son consecuencia directa de la imposición de un deber, siempre y cuando el sujeto se limite a cumplir estrictamente lo señalado por la disposición. Los actos permitidos, en cambio, se refieren a un ámbito no prohibido en el que el individuo puede ejercer su libertad.
- d)** Orden obligatoria, referida a un mandato expedido por la autoridad competente.
- e)** Deberes de función y de profesión, que, a diferencia de los actos ordenados y permitidos por ley, pueden ser producto de una norma no escrita como lo es la norma consuetudinaria; estos deberes siempre serán ejecutados dentro de los límites del derecho.
- f)** El consentimiento, que es admitido tanto en doctrina como jurisprudencia extranjera como parte de lo consuetudinario; se sustenta principalmente en la libertad del individuo, que se

opone a la protección estatal en cumplimiento de algunos requisitos<sup>68</sup>.

#### **D. Reprochabilidad**

No se debe confundir a la categoría del delito con la culpa como concepto relacionado a la tipicidad subjetiva; una se refiere a la capacidad de reproche que existe sobre el agente, mientras que la otra se corresponde con la imprudencia, negligencia, o impericia en relación a un deber de cuidado.

La culpabilidad como categoría del delito puede ser definida como un nivel analítico que hace referencia al juicio de reproche dirigido hacia un sujeto activo, que ha ocasionado una vulneración o puesta en peligro de un bien jurídico y ostentaba alternativas de actuación menos lesivas; no se trata, pues, de un continente de todo lo subjetivo en el delito, y a pesar de que no existe una postura unánime sobre su conceptualización en la doctrina, hay coincidencia al asegurar que si la antijuridicidad es un examen de los hechos despersonalizados, la culpabilidad requiere una posibilidad de atribución (Plascencia, 2004, pp. 157-159).

---

<sup>68</sup> Los requisitos del consentimiento, para Hurtado Pozo (1987), son: La capacidad para apreciar la gravedad y la finalidad del daño, y el entendimiento de la importancia de la lesión en vínculo con el conocimiento de la situación en la que se encuentra por parte del quien consiente.

Históricamente sus componentes han sido confundidos con otros propios de la trascendencia interna, como lo son los elementos de la tipicidad subjetiva.

Para Tello Villanueva (2021, pp. 89-90), desde la visión actual de la doctrina, los elementos de la culpabilidad son los siguientes:

- a) La potencial conciencia de la desaprobación del acto en el derecho penal, referido a la capacidad de pensar sobre la punibilidad.
- b) Capacidad de culpabilidad o de motivación en sentido estricto.
- c) La exigibilidad vinculada a las deformaciones en los contenidos de la voluntad de los sujetos.

#### **a. Circunstancias que excluyen la culpabilidad**

En el derecho peruano, se pueden considerar los siguientes como causas que excluyen la culpabilidad del agente comitente de un delito<sup>69</sup>:

- a) Enfermedad mental, que engloba a las psicopatías graves, a la neurosis y, primordialmente a la psicosis en sentido médico (Tello Villanueva, 2021, p. 91).

---

<sup>69</sup> Para Peña Gonzales y Almanza Altamirano (2010), también son causas de exclusión de culpabilidad la inconsciencia, el sonambulismo y el hipnotismo (pp. 219-220); en el presente trabajo, se ha optado por excluir estas hipótesis, *ergo*, se considera que aquellas situaciones pueden identificarse con supuestos de ausencia de acción.

- b)** Desarrollo mental insuficiente o grave insuficiencia de la inteligencia, referida principalmente a los casos de oligofrenia, descrita como una afección neurológica cuyo efecto resaltante es el déficit intelectual (Peña Gonzales & Almanza Altamirano, 2010, p. 220). Dentro de esta causa caben los comportamientos típicos y antijurídicos perpetrados por personas catalogadas como débiles mentales, sufrientes de idiocia e imbecilidad.
- c)** Grave perturbación de la conciencia, en la que caben situaciones como el sueño y la ebriedad, teniendo en consideración a todos los casos devenidos tanto de causas fisiológicas como patológicas
- d)** Estado de necesidad exculpante, que se establece en situaciones de peligro sobre bienes jurídicos de jerarquía o valor semejante, siendo dificultoso tomar una decisión para el agente.
- e)** El miedo insuperable, que para Donna (1995), es una especie de estado de necesidad que se caracteriza por la amenaza sufrimiento de un mal inminente y embestido en cierta gravedad (pp. 198-199). En ese caso, no le es exigible al ciudadano actuar de un modo distinto al típico.
- f)** Dolor y estados pasionales. Peña Gonzales y Almanza Altamirano (2010) describen al dolor como atenuante o eximente según su intensidad, y puntualizan su función en

el delito de homicidio piadoso; los estados pasionales, en otro sentido, también pueden ser capaces de alterar la conciencia.

## **E. Punibilidad**

La punibilidad es una categoría que, discutiblemente, ha sido suprimida por los juristas que se ocupan de los otros niveles analíticos de la teoría del delito. El principal argumento para esa decisión ha sido plantear a la punibilidad como una consecuencia de la determinación de la realización de un delito, escapando al estudio del clásico comportamiento típico, antijurídico y culpable. Este punto de vista guarda relación con uno de los elementos consignados antes del desarrollo de la teoría del tipo, como lo era “merecedor de una pena”.

Sin embargo, quienes consideran a la punibilidad dentro del análisis del delito, lo hacen teniendo como eje a la expresión “excusa absolutoria”. Calderón Martínez (2017), establece, por ejemplo, que el delito se integraría únicamente si es que no existe excusa absolutoria, siendo estas situaciones a las que “por razones de política criminal se considera pertinente no aplicar una pena en concreto”, lo que haría del comportamiento típico, antijurídico y culpable, pero no merecedor de punibilidad (p. 42).

Al respecto, cabe resaltar que el fundamento político criminal insuficiente, dentro de la punibilidad, se puede referir bien a

circunstancias de carácter personalísimo, como a razones conexas al hecho; de allí parte la diferencia entre excusas absolutorias y condiciones objetivas de punibilidad.

Bacigalupo (1978), establece que las excusas absolutorias son determinados “fundamentos personales”<sup>70</sup> que concurren para el autor o partícipe del delito, siendo que no tienen efecto sobre los demás sujetos implicados en el delito, levantando o excluyendo la punibilidad de la persona referida (pp. 95-97).

En el Perú, las excusas absolutorias más conocidas descansan en el artículo 208 del Código Penal vigente, que excluye la represión de hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños causados entre ciertos familiares, sin perjuicio de que existan acciones civiles; y, en el artículo 406, que excusa a las personas que ostenten relaciones suficientemente estrechas en casos de encubrimiento real y encubrimiento personal.

En cuanto a las condiciones objetivas de punibilidad, Roxin (1997) menciona que son circunstancias que generan punibilidad, en tanto la fundamentan sin referirse a la imprudencia o al dolo <sup>71</sup> (p. 970). Para San Martín Castro (1985), se tratarían de condiciones relacionadas a la política criminal y

---

<sup>70</sup> Roxin (1997), distingue causas personales de exclusión de punibilidad, causas objetivas o materiales y causas de supresión de punibilidad; no obstante, también explica que la diferencia entre condiciones objetivas de punibilidad y causas objetivas de exclusión de punibilidad es una simple formalidad, siendo que en la práctica suele ser indiferente (p. 971).

<sup>71</sup> Para Bacigalupo (1978), las condiciones objetivas de punibilidad se refieren a situaciones ocurridas luego del hecho (p. 98).

que configuran “causas de restricción de la pena”, siendo determinables por escapar del ámbito del injusto (p. 357).

Se puede identificar como condición objetiva de punibilidad en el ordenamiento jurídico peruano, por ejemplo, a la consumación o intento de suicidio en el delito de instigación al suicidio, o la declaración de quiebra en la quiebra fraudulenta.

### **2.2.3. Concurso de leyes penales y concurso de delitos**

#### **A. Concurso de leyes penales**

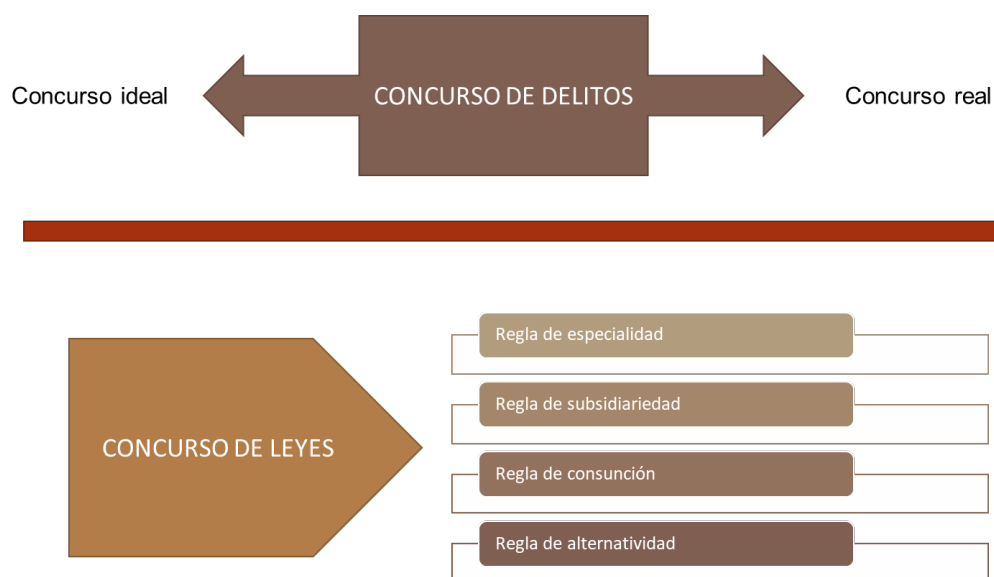
El concurso de leyes, o también llamado como concurso aparente, fue desarrollado por la dogmática alemana bajo la nómima de “unidad de ley”. De allí que la problemática del asunto haya tenido que ver con la identificación de un tipo penal que subsuma la conducta a cabalidad en exclusión de otros; es decir, se opta por buscar una unidad en lo referido a la aplicación de la “ley” penal.

Existe una tendencia de varios juristas por desconocer al concurso aparente como un tipo de concurso de delitos, ya que, según se argumenta, no existen varios tipos penales en juego, sino solo uno que regula la conducta satisfactoriamente; el concurso aparente, no sería sino una indebida tipificación por un ejercicio mental deficiente o el uso de un criterio interpretativo cuestionable.

Una postura contraria es aquella que considera que, inclusive en el concurso aparente, existe una multiplicidad de leyes que no puede ser negada, en tanto, si bien es cierto, se termina optando por una determinada ley para aplicar en el caso, ello es determinado a través de criterios como el de especialidad, y no se traduce necesariamente en un apartamiento producido por la inaplicabilidad de un tipo en un caso (Maldonado Fuentes, 2015, p. 207).

### Figura 10

#### *Concurso de delitos y concurso de leyes*



*Nota:* Elaboración propia

Para resolver el concurso de leyes, los operadores jurídicos del derecho penal, hacen uso de los siguientes principios:



### **a. Regla de especialidad**

La máxima *lex specialis derogat legem generalem* describe lo que sucede en el caso de la regla especialidad, en donde se establece que el tipo más específico tiene primacía sobre el tipo más general.

Es justamente en los casos de delitos agravados, ya sea subjetiva u objetivamente, que se puede reconocer más sencillamente el uso del principio de especialidad, ya que las agravantes detallan elementos que exceden a los tipos básicos. Así ocurre, por ejemplo, con el delito de feminicidio y el de homicidio básico en la legislación peruana.

En concordancia, en la jurisprudencia española se ha señalado que el supuesto de especialidad, frente al tipo general o principal, se comporta como una especie de círculo concéntrico que se encuentra íntegramente comprendido dentro de un círculo de mayor tamaño; ello implica que el tipo especial da cumplimiento a la “hipótesis típica” del delito básico (Suárez-Mira Rodríguez, Judel Prieto & Piñol Rodríguez, 2017, p. 381).

### **b. Regla de subsidiariedad**

La subsidiariedad da pie cuando se puede deducir del tenor de la norma que el tipo penal no puede contener todo el comportamiento acaecido en la realidad fáctica, ante lo cual

se opta por acudir ante otra norma subsidiaria a fin de prevenir la atipicidad.

Un supuesto de subsidiariedad expresa<sup>72</sup> en el Código Penal peruano se da en el delito de actos contra el pudor del artículo 176, que puede imputarse de manera subsidiaria a la tentativa del delito de violación sexual del artículo 170.

### **c. Regla de consunción**

La regla o principio de consunción hace referencia a una especie de criterio de absorción de los delitos mucho más graves con los de menor intensidad valorativa<sup>73</sup>.

Para Bacigalupo (2004), el principio de consunción podría aplicarse en la configuración del tipo de homicidio, que posee una relación de posterioridad o concomitancia con respecto del delito de lesiones, siendo el primero mucho más gravoso que el segundo.

### **d. Regla de alternatividad**

Para explicar este principio, la doctrina ha establecido una gráfica de “círculos secantes”, en donde la actuación desplegada satisface o se subsume en lo dispuesto para los círculos típicos, empero, en cuanto a las “zonas exclusivas”,

---

<sup>72</sup> También existe la subsidiariedad tácita, que se da a nivel de una deducción implícita.

<sup>73</sup> Se especifica que la consunción no puede ser aplicada al revés, es decir, que un delito más leve pudiese desplazar a lo contemplado en un delito de mayor gravedad.

solo queda conformada la hipótesis típica de uno, dejando de lado al alternativo (Suárez-Mira Rodríguez, Judel Prieto & Piñol Rodríguez, 2017, pp. 382).

## **B. Concurso de delitos**

El término “concurso de delitos”, hace referencia a una pluralidad; se trata de un conflicto al momento de determinar el tipo penal aplicable al caso, por la concurrencia de más de un delito que subsume o describe a la conducta.

Siguiendo a la dogmática alemana, si el concurso de leyes enfocaba su análisis sobre la llamada unidad de ley, para el concurso de delitos se ejercía un ejercicio mental a nivel del comportamiento del sujeto activo; en otras palabras, el concurso de delitos busca determinar la conexión de múltiples delitos mediante un solo despliegue, o el vínculo de la configuración de varios delitos con múltiples comportamientos.

Maldonado Fuentes (2015), menciona que la ejecución de un determinado delito podría realizarse mediante varias acciones independientes entre sí, lo que podría discurrir en complicaciones al momento de asociar el comportamiento a la acción; es lógico pensar que un comportamiento por sí mismo debería tener vínculo con solo una infracción, pero ello no siempre se adecua a la realidad (p. 206).

Ante esa problemática es que surge la teoría del concurso, que también forma parte de la teoría del delito. En el Código Penal de 1991, el legislador ha optado por precisar al concurso real e ideal de delito en los artículos 48 y 50 de su Parte General, dando una breve pauta general sobre lo que se debe consignar en caso se identifiquen sus supuestos; no obstante, es cierto que omite construir una definición de lo que debe ser entendido como un concurso de delitos en la legislación peruana.

Tal situación es abordada por la doctrina. Suárez-Mira Rodríguez, Judel Prieto y Piñol Rodríguez (2017) opinan que el concurso de delitos se encuentra “perfilado” por la concurrencia de los siguientes requisitos: La existencia de una pluralidad de infracciones; la pluralidad del objeto valorado, o su unidad, según se trate del concurso real o ideal; unidad referida al agente comitente o sujeto activo, y; unidad en relación al proceso o enjuiciamiento (pp.382-383).

#### **a. Concurso ideal**

El concurso ideal de delitos se encuentra codificado en el artículo 48 del Código Penal peruano vigente bajo los siguientes términos: “Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años”.

De aquella fórmula legal se pueden interpretar algunas características propias de la figura: En primer lugar, se constriñe que, taxativamente, se trata de un caso en el que hay unidad en el hecho o acción y en el sujeto comitente; además de ello, se precisa que el juicio de tipicidad puede arribar en la adecuación de la conducta en dos o más tipos penales, y; como última característica, se puede dar un concurso heterogéneo u homogéneo según haya una pluralidad de tipos penales o la reiteración de un tipo penal único.

No es necesario que los bienes jurídicos afectados por la configuración de los delitos sean los mismo o de naturaleza similar. Así lo ha defendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019), que proclama una existencia de varios supuestos en los que los tipos que subsumen a una conducta única, protegen diferentes objetos de tutela; así ocurriría, por ejemplo, en un concurso ideal entre el delito de robo con lesiones, en cuyo caso existe un solo comportamiento<sup>74</sup>, e inclusive un solo movimiento exteriorizado (Fundamento 102 de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)).

---

<sup>74</sup> En el fundamento se ejemplifica con un “tirón” que despoja a la víctima de sus pertenencias.

En cuanto a su definición, en concurso ideal de delitos es relativo a la unidad de hecho o de acción<sup>75</sup>, mientras que en el concurso real existe una pluralidad de hechos o de acciones. La teoría más aceptada sobre lo que es la unidad de hecho se relaciona con el criterio de “necesidad”, que describe que el concurso ideal se encuentra conformado siempre y cuando la realización de los delitos haya sido una de necesario y obligatorio cumplimiento, diferente de la facultad de poder elegir (Maldonado Fuentes, 2021, pp. 135-136).

Con respecto a los esquemas que pueden darse según los tipos penales, el artículo 48 no precisa algún límite; por ende, debe aceptarse que los delitos que concurren en el caso pueden ser tanto culposos como dolosos.

#### **b. Concurso real**

El concurso real de delitos se encuentra positivizado en el artículo 50 del Código Penal Peruano bajo los siguientes términos:

Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para

---

<sup>75</sup> Se ha observado la discusión dogmática sobre el hecho y la acción. Mientras que el primero, podría hacer referencia tanto a la acción y al resultado de aquella acción, el segundo quedaría comprendido como un comportamiento manifestado.

cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta.

En palabras simples, se da por la comisión de varios comportamientos valorables de manera independiente, a los que se les atribuye varias infracciones y consecuencias jurídicas. En este caso, la multiplicidad de delitos se encuentra asociada a la multiplicidad de hechos independientes, lo que justifica la suma de las sanciones al momento de sentenciar.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia (2009) ha establecido en que el concurso real puede ser homogéneo y heterogéneo según su especie<sup>76</sup>; de igual manera, considera que los requisitos y presupuestos legales del concurso pueden sintetizarse en: Pluralidad de acciones, pluralidad de delitos independientes entre sí, y, la existencia de unidad en el que se identifique como sujeto activo (fundamento jurídico 1 del Acuerdo Plenario N.º 04-2009/CJ-116).

---

<sup>76</sup> Sería un concurso real homogéneo si, por ejemplo, se comete un mismo delito en varias ocasiones. *A contrario sensu*, el concurso sería heterogéneo cuando la especie de las infracciones a la ley penal sea distinta.

#### 2.2.4. Protección penal de la vida humana en el Perú

La protección de la vida humana es una constante global; en el ordenamiento jurídico peruano la vida es reconocida como un derecho fundamental por la Constitución Política, que, en su artículo 2, numeral 1, propugna a la vida como derecho de las personas; ello, sin embargo, no debe ser confundido con una protección exclusiva de la vida hasta después del nacimiento.

Por su parte, el Tribunal Constitucional (2007), máximo intérprete de la Constitución peruana, en los fundamentos 59 y 60 de la Sentencia N.º 7339-2006-PA/TC, define a la vida como un objetivo que direcciona la “actuación positiva del Estado”, y dado que este último ostenta como fines supremos a la persona y su dignidad, el Estado y la sociedad protegen a la vida como un presupuesto ontológico para tener acceso al goce de los derechos subsecuentes.

La vida del *nasciturus* también ostenta protección constitucional, siendo que lo que se intenta proteger es el proceso de la vida humana, y hay amparo constitucional en donde sea que haya vida; la mencionada posición también se encuentra en instrumentos de tipo internacional, como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>77</sup> o la Convención Americana de Derechos Humanos, que distinguen entre una protección antes y después del nacimiento como suceso (Gálvez Villegas & Rojas León, 2017, pp. 368-369).

---

<sup>77</sup> Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.



De allí que los artículos conformantes del Título I del segundo libro del Código Penal peruano<sup>78</sup> se encuentren orientados a la protección de la vida humana tanto antes como luego del nacimiento.

Según Castillo Alva (2000), justamente aquel acontecimiento<sup>79</sup> es la distinción que configura el límite normativo y temporal que marca una diferencia entre el delito de homicidio y el delito de aborto (p. 23).

Un asunto aparte es el que trata sobre el fundamento de la valoración descrita en el párrafo anterior. Romeo Casabona (1994) encuentra, en términos generales, un fundamento axiológico, dotando a la vida autónoma o independiente de trascendencia en su inserción en la sociedad, y manifestando que, desde aquel punto, terceros diferentes a la madre podrán obrar para cuidar y proteger a la vida. Una posición similar es defendida por Gracia Martín (2012), que, de igual manera, justifica la diferencia de valoraciones en el acogimiento por la sociedad que posee la vida humana autónoma (p. 32).

Aquel planteamiento, se ha de mencionar, no es único, y encuentra varias contraposiciones en la doctrina penal. Dada la importancia de la discusión para delimitar al objeto protegido del delito de aborto, es decir, la vida dependiente, es necesario graficar aquella relación en un acápite diferente.

---

<sup>78</sup> Parte Especial.

<sup>79</sup> Se enfatiza que “durante el parto” es un elemento propio del delito de infanticidio en la legislación penal peruana, cuyo dispositivo normativo descansa en el artículo 110 del Código Penal.

### **A. Vida humana dependiente como bien jurídico protegido**

La cuestión de los límites temporales de protección sobre la vida como bien jurídico, no es en absoluto pacífica; por una parte, existen partidarios de un criterio puramente físico o biológico de la vida, que no encuentran diferencia entre la protección de la vida dependiente e independiente y prefieren entenderla desde el naturalismo. En contraposición, hay sectores que defienden que la vida es un valor relativo de la sociedad, en decir, un concepto que se puede ponderar y delimitar casi sin restricciones.

Según el punto de vista naturalista, como lo sugieren Gálvez Villegas y Rojas León (2017), existe una protección absoluta de la vida en cuanto se verifiquen ciertos parámetros físicos y biológicos, de allí que se haga alusión a la “santidad” de la vida como derecho; no obstante, sobre esta perspectiva, es menester resaltar la prohibición de las valoraciones absolutas que se realiza a través de ella: la vida, desde su concepción naturalista, no es relativa, y obstaculiza que la sociedad determine valorativamente lo que entra dentro de este ámbito y lo que no; del mismo modo, se opone a que la vida merezca diferente valor en relación a las diversas condiciones que se manifiesten en el ser humano<sup>80</sup> (p. 372).

---

<sup>80</sup> Tales como sociales, económicas, de aspecto, entre otras.

La concepción valorativa, por el contrario, considera a la vida como un valor, por lo que puede ser relativo y “susceptible de ser sometido a una ponderación de intereses o de ser limitado por otros valores o bienes de interés social o jurídico” (Castillo Alva, 2000, p. 25). Es pertinente acotar, que Gracia Martín (2012) o Romeo Casanova (1994) no defienden la existencia de vidas de diferente valor, como se deduciría de la valoración pura, sino que se restringen a versar, en parte, sobre el contenido desde un punto de vista cualitativo.

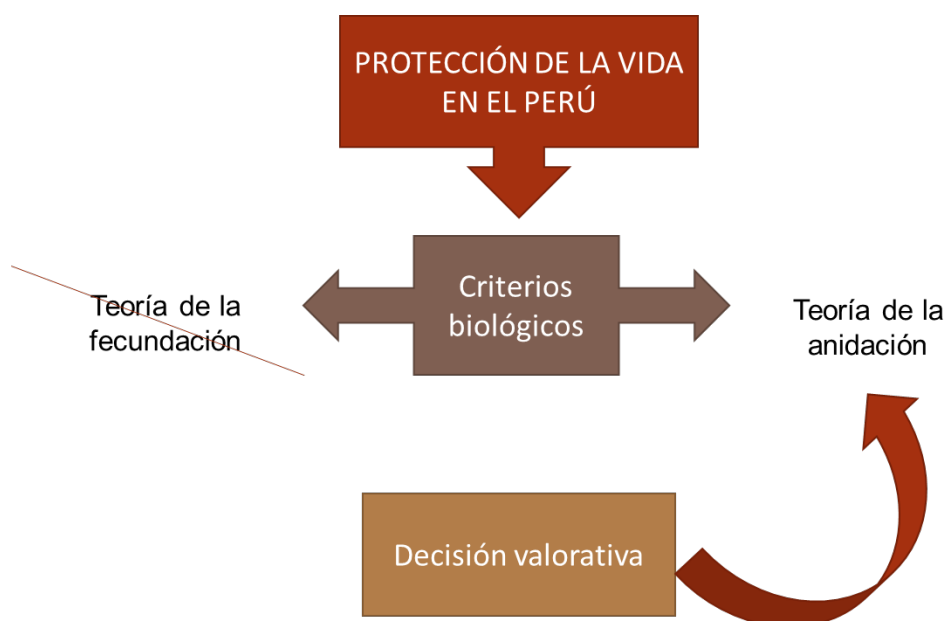
En aquella línea, se esboza que ambas posturas no son opuestas la una con la otra. Por el contrario, para formar una concepción equilibrada, se deben de complementar; la protección de la vida de manera absoluta no cuenta con una perspectiva vinculada a otros derechos como la dignidad, y un enfoque cualitativo extremo puede ser contraproducente para las bases epistemológicas del concepto mismo.

El Perú parece abrazar un criterio mixto al respecto, siendo que se acepta a la vida como bien jurídico, es decir una valoración, pero que parte desde un criterio biológico para delimitarla; Villavicencio Terreros (2012), en correspondencia, explica que existen dos teorías discutibles sobre los límites de protección del derecho a la vida que parten desde el punto de vista ontológico: La teoría de la fecundación y la teoría de la anidación (p. 72).

En el derecho penal del Perú se ha tomado una decisión valorativa, aceptando a la teoría de la anidación como aquella que determina el inicio de la protección de la vida. Entonces, la valoración parte desde un criterio biológico para conceptualizar al bien jurídico mediante una decisión normativa.

### Figura 11

#### *Protección de la vida en el Perú*



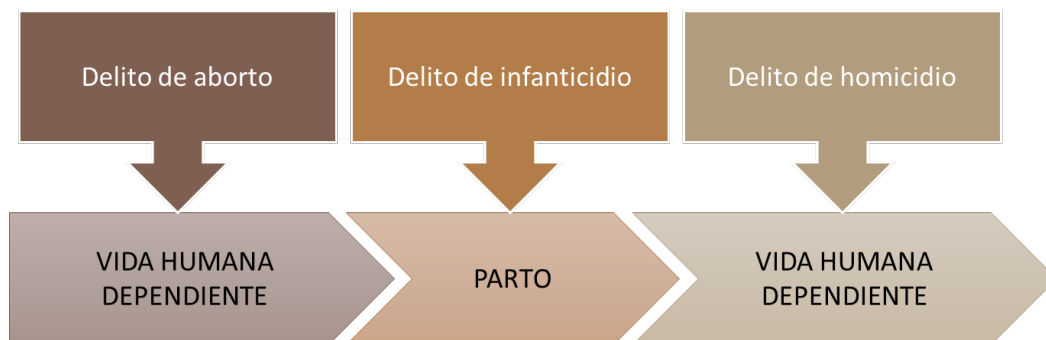
*Nota:* Elaboración propia

Otra cuestión es la que versa sobre el final de la protección a la vida humana dependiente y el inicio de la configuración del delito de homicidio; Castillo Alva (2000), insiste en que la protección de la vida humana independiente inicia con el parto, diferenciándolo del nacimiento en un sentido de todo-parte; en otras palabras, el criterio asumido en el Perú sobre el parto comprende al nacimiento como una de sus etapas, pero también a los primeros dolores y contracciones intrauterinas (p. 36). Así,

el delito de aborto, que protege a la vida humana dependiente como bien jurídico, solo sería aplicable hasta antes de que se materialice el proceso de parto.

### Figura 12

*Final de la protección de la vida dependiente e inicio de la protección de la vida independiente*



*Nota:* Elaboración propia.

#### 2.2.5. Estado de especial vulnerabilidad de la mujer embarazada

La propuesta de *lege ferenda* sobre el aborto culposo a formular, pretende excluir a la mujer embarazada de los sujetos activos del delito, en el caso de que este fuese regulado; ello, aunque equivocadamente, podría ser interpretado por algunos juristas como un atentado contra el derecho de igualdad, en tanto dos sujetos que obran igual parecerían recibir consecuencias jurídicas distintas.

Sin embargo, como lo indica Pacheco Zerga (2003), es cierto que la Constitución Política peruana reconoce un derecho a la no discriminación por sexo y a la igualdad ante la ley en el artículo 2, pero de la misma manera, en el artículo 4 refiere una protección especial para la madre, el anciano, y el menor de edad en situación

de abandono; de aquella manera, el artículo 4 no configura una discriminación, sino una diferenciación basada en la naturaleza de las cosas y la realidad fáctica, en la que reciben un trato diferente los que son diferentes (pp. 11-12).

Entonces, cabe preguntarse, ¿Cuáles son los factores que permiten aseverar que la gestante merece un trato diferenciado?

González Solano (2017), explica que los argumentos a favor de la reforma del Código Penal en favor de excluir a la mujer embarazada del delito de aborto culposo, circundan entre el periodo delicado que la gestante pasa a causa del embarazo, la alta vulnerabilidad de las mujeres en condiciones difíciles cuyo contexto de carencias se relacionan con descuidos, la impericia de las madres primerizas, y la doble penalidad que sufriría la mujer que perdiese a su hijo y fuera objeto de un proceso para determinar aplicación de poder punitivo estatal (pp. 25-26).

#### **2.2.6. Delito de aborto**

El delito de aborto parte de una diferenciación valorativa sobre la vida dependiente como bien jurídico protegido; por ello su marco penal es significativamente inferior en comparación con otro delito que lesiona la vida humana como lo es el homicidio. Ello, sin embargo, no ha sido obstáculo para plantear diversas problemáticas alrededor de su acogimiento en el ordenamiento jurídico.

En primer lugar, aún en el Código vigente, no se ha dado una definición de lo que debe ser considerado como aborto; en el artículo 114 se utiliza la expresión “la mujer que causa su aborto”, en el 115 y en el 116 se pena a “el que causa el aborto” y al que “hace abortar”, mientras que en el 117 se hace mención del sujeto que “abusa de su ciencia o arte para causar el aborto”, en el 118 se avoca a quien “ocasiona un aborto, y el 120 menciona directamente que “el aborto será reprimido”.

Históricamente, sobre el delito de aborto, se han ostentado dos grandes posturas: La primera cuenta con un origen francés, y discurre sobre la expulsión prematura, siendo que no es necesario que se le cause la muerte al fruto de la concepción y en el caso que este fenezca dentro la madre podría considerarse como una tentativa; la segunda idea proviene del derecho germánico, y sus partidarios alegan que la muerte del fruto e interrupción del embarazo es lo que determina a la realización del delito, quitándole importancia a la expulsión defendida en Francia (Hurtado Pozo, 1982, p. 181).

En la legislación peruana, el delito de aborto se encuentra ligado a la afectación del bien jurídico de la vida, por lo que lo planteado por los juristas franceses no podría ser asumido, y es la muerte lo que determina la configuración del delito de aborto en las diferentes clases en las que se presenta en el Código Penal de 1991.

En un contexto más contemporáneo, Prado Saldarriaga (2017) relata que su problemática en los últimos tiempos circunda sobre su legalización como reconocimiento de un derecho de maternidad voluntaria y en afectación de las prácticas clandestinas; además de ello, indica que existen tres diferentes modelos de regulación del aborto según la evolución legislativa: El primero sería el de la prohibición general, que prohíbe en su totalidad a las prácticas abortivas sin diferenciación alguna; el llamado “modelo del plazo”, que puede admitir una despenalización de este tipo de prácticas si es que son realizadas en un determinado intervalo o periodo temporal; y, por último, el modelo o “sistema” de indicaciones, que propone la despenalización del delito de aborto en torno a las circunstancias, como cuando el embarazo es producido a causa de una transgresión al bien jurídico de la libertad sexual<sup>81</sup>, cuando existen malformaciones o “taras” en el concebido<sup>82</sup>, cuando el nacimiento del ser humano pudiese ser contraproducente para la economía manejada por la familia o por la propia gestante<sup>83</sup>, o cuando la no interrupción del embarazo puede tener consecuencias lesivas sobre la salud o vida de la mujer embarazada<sup>84</sup> (p. 37).

Para el caso peruano, el modelo que ha prevalecido históricamente es el de la prohibición general, aunque ya en el Código de 1924 se

---

<sup>81</sup> Lo que vendría a ser una indicación criminológica o ética.

<sup>82</sup> Indicación de carácter eugenésico. Al igual que la anterior indicación, parece ser recogida por el legislador en forma de atenuante en el artículo 120 del Código Penal peruano.

<sup>83</sup> Indicación socioeconómica.

<sup>84</sup> Indicación terapéutica o médica.



podía observar la despenalización parcial para el llamado “aborto terapéutico”, misma opción que fue acogida por el legislador en el Código de 1991 en el artículo 119.

Actualmente, las formas de aborto reguladas en el Perú son:

- a) Autoaborto.
- b) Aborto consentido.
- c) Aborto no consentido.
- d) Aborto agravado por cualificación del sujeto activo.
- e) Aborto preterintencional.
- f) Aborto terapéutico impune.
- g) Aborto sentimental y eugenésico.

### **2.2.7. Análisis dogmático del delito de aborto preterintencional en el Código Penal Peruano**

#### **A. Antecedentes legislativos**

El delito aludido, con raíces en el modelo suizo, no goza de una regulación novedosa; el codificador de 1991 ha mantenido la misma estructura y los mismos elementos típicos que fueron considerados por su antecesor.

Lo mentado es sostenido ante un breve vistazo a la legislación; así, la vigente fórmula legal del delito de aborto preterintencional

encuentra su precedente histórico más cercano en el artículo 164 del Código de 1924, cuyo texto legal es el siguiente: “El que con violencia ocasionare el aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo, sufrirá prisión no mayor de dos años”.

De tal dispositivo se destaca su semejanza con el artículo que contiene al delito de aborto preterintencional en el derecho en boga, identificando a la violencia como el único medio capaz de causar el aborto, e incluso interponiendo la consecuencia jurídica penal de una misma cuantía en relación a la pena privativa de la libertad.

El otro antecedente, aunque mucho más lejano, y guardando cierta distancia, es el descrito por Gálvez Villegas y Rojas León (2017), quienes establecen una relación entre el texto legal, tal como se ha establecido en 1991, y el instituido en el artículo 244 del Código Penal de 1863. La mayor diferencia que se puede determinar recae en el término violencia, empleado en los dos últimos Códigos, y que era sustituido por el vocablo “maltratos”, dando pie a un significado mucho más restrictivo según la interpretación de la doctrina de la época; asimismo, también se consignaba a las “bebidas u otros medios”<sup>85</sup> como agentes causantes de la transgresión del bien jurídico (p. 753), algo que

---

<sup>85</sup> Este tipo de medios se encontrarían excluidos del vocablo “violencia” que usa el codificador de 1991.

fue eliminado definitivamente en los Códigos que le sucedieron. En suma, la única identidad que guarda este instrumento con el de 1991 es la naturaleza “preterintencional” que fue identificada por la doctrina en una postura mayoritaria.

Es así que, contemporáneamente, en el Código Penal peruano de 1991 el aborto preterintencional se encuentra recogido en el artículo 118, cuyo dispositivo legal se aleja de lo codificado en 1863 y se acerca a la idea del legislador de 1924:

El que, con violencia, ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas.

## **B. Naturaleza**

La complejidad de los esquemas preterintencionales en el derecho penal, ha ocasionado varios problemas de interpretación a lo largo del tiempo y en los ordenamientos que aceptaron acoger este tipo de figura. En consecuencia, y casi sintomáticamente, es que se desprende una controvertida discusión acerca de la naturaleza subjetiva del delito de aborto en su modalidad regulada en el artículo 118 del Código Penal, evidenciándose que la doctrina parece encontrarse dividida, aunque claramente existe una corriente mayoritaria.

La primera de ellas es la manejada por autores como Gálvez Villegas y Rojas León (2017), quienes secundan que el delito es

un aborto de tipo culposo y no preterintencional; la razón de aquella conclusión es que el aborto no absorbería a la falta o delito de lesiones u homicidio, siendo que para el caso en concreto serían aplicables las reglas del concurso ideal, y la violencia descrita en el tipo penal no sería más que una exigencia típica para imputar el denominado como “aborto culposo” (pp. 755-756). No obstante, también es reconocido que no es la opinión preferida por la doctrina jurídica.

Algo similar es argumentado por Bustos Ramírez (1991), quien considera que el aborto preterintencional es en realidad un delito de aborto que admite la culpa, ya sea consciente e inconsciente; sin embargo, va más allá de esta posición, y asegura que también puede cometerse por dolo eventual, que tendría una estructura jurídica que se asemeja a la de la culpa, precisando la identificación de un dolo en relación a la violencia del agente, pero una culpa o un dolo eventual en su consecuencia.

Al respecto, se plantean dos observaciones a estas opiniones; la primera recae en un análisis sistémico e integral realizado con la norma que contiene el artículo 12 del Código Penal vigente, que, en su Parte General, restringe a la infracción culposa a únicamente los casos que se encuentren “expresamente establecidos por la ley”. A diferencia de otros tipos penales, como el del artículo 111 correspondiente al delito de homicidio culposo, en lo que se relaciona al delito de aborto del artículo

118 existe una inevitable duda, entendiendo que no se ha establecido taxativamente la culpa.

En ese sentido, la opinión de Bustos Ramírez (1991) tendría cabida, pues este autor interpreta la exclusión del propósito de causar el aborto como un tipo de dolo; aunque, por supuesto, seguiría habiendo dudas sobre la culpa.

La segunda cuestión tiene que ver con la violencia como hecho que antecede al aborto; el término parece referirse a un comportamiento doloso, cuya comprobación también es necesaria para que el juez imponga una pena al inculpado, y que modifica el esquema de la culpa de manera inevitable.

En consecuencia, juristas como Castillo Alva (2008) esbozan que la diferencia del aborto del artículo 118 en comparación a otros tipos de aborto, es justamente el plano subjetivo; para este autor, la violencia como comportamiento inicial<sup>86</sup> es coligada a un marco penal mucho más cimero gracias a la producción de un resultado mucho más grave, supuesto que sería confirmado por una comparación con el delito de homicidio culposo, cuya pena máxima en el primer párrafo coincide con la establecida para el “aborto preterintencional”<sup>87</sup> (pp. 1038-1040).

---

<sup>86</sup> El autor también describe la postura de la culpa, precisando que sus secuaces asocian a la violencia con una infracción de un deber de cuidado.

<sup>87</sup> Profundizando en el absurdo descrito, de considerarse al aborto preterintencional como uno culposo, la consecuencia atribuida por el legislador a ambos actos sería la misma, lo que indica una ruptura de la valoración recaída sobre el bien jurídico de la vida en cuanto no cabría la separación entre lo que se entiende por vida dependiente e independiente.

La doctrina mayoritaria, en ese sentido, acepta que se trata de un caso de tipificación de un esquema doloso-culposo correspondiente con la preterintencionalidad, ya que claramente se establece una violencia dolosa que recae en la mujer gestante a la que el autor planea ejercerle algún daño, pero obtiene un resultado no esperado, pero igualmente imputable.

Por supuesto, ambas acepciones conforman solo los puntos de vista más relevantes; existen otras interpretaciones como la de Núñez (1989), que, usando criterios de eliminación, sostiene que la culpa no es una opción por las diferencias estructurales tratadas con anterioridad; empero, también descarta el dolo directo para su configuración, lo que deja como resultado una consideración sobre la consumación del delito por un dolo que no sea el directo.

Desde una perspectiva más histórica, Hurtado Pozo (1982) describe un sentido del delito precedente regulado en el Código de 1924; este autor asegura que la relación de dolo y culpa propia de la preterintención se cumple en el aborto del artículo 164 del instrumento referenciado, ya que la violencia que precede al resultado no querido se da de manera intencionada y con conocimiento de elementos típicos que serán desarrollados en próximos subtítulos, mientras que el aborto debe, por lo menos, darse a título de culpa (pp. 202-203).

Para la toma de postura se consideró que, entre los dos sentidos notoriamente principales, el que tiene menos problemas y se adecúa al esquema del legislador sin ningún problema que derive de su utilización, es el que conforma la postura que considera al delito del 118 como un aborto preterintencional, es decir, un delito cualificado por el resultado. Ello será debidamente argumentado en el capítulo correspondiente a la contrastación de hipótesis.

### Figura 13

*Posibles naturalezas del delito de aborto regulado en el artículo 118 del Código Penal de 1991*



Nota: Elaboración propia.

### C. Bien jurídico protegido

Hurtado Pozo describe tres posturas sobre el bien jurídico protegido en el delito de aborto: La primera es la dominante y rectora, y determina el objeto de protección en la vida del ser en

el periodo de embarazo o gestación<sup>88</sup> en relación con el reconocimiento constitucional de la vida como derecho de la persona; secundariamente, el delito podría tutelar bienes como el de la salud o la propia vida de quien sea la gestante; y, mucho más alejadamente, se han desarrollado criterios en los que se considera como bien jurídico al capital demográfico social, lo que ha condicionado la materialización de ciertos excesos por los discursos del nacional socialismo<sup>89</sup> (Hurtado Pozo, 1982, pp. 185-187).

El consenso actual, en la doctrina, es que el aborto preterintencional, como todos los tipos de aborto, tiene como bien jurídico protegido a la vida humana dependiente. De abarcar la protección de la madre, la figura se deformaría y confundiría su tutela con alguna modalidad del delito de homicidio<sup>90</sup>, y la protección de un capital demográfico no se condice con el punto de vista naturalista y valorativo que ha sido adoptado en el Perú.

---

<sup>88</sup> Es decir, vida humana dependiente.

<sup>89</sup> El interés demográfico, por ejemplo, justificó el uso desproporcionado del poder punitivo en el nacional socialismo de Alemania, en el que se consideraba que, fuera de los atentados que ameritaban la muerte por su accionar contra las mujeres alemanas, el aborto era impune. De la misma manera, esta posición fue inspiración para el codificador de la Italia fascista, en un intento de proteger a una procreación entre la población italiana.

<sup>90</sup> U otra tipología de aborto que contemple la subsecuente muerte de madre.



## **D. Tipo objetivo**

### **a. Sujeto activo**

La ley penal, no realiza ninguna distinción al respecto, por lo que es correcto afirmar que se trata de un delito de tipología común en el ordenamiento jurídico peruano; sobre el fundamento de punición, en una misma línea lógica, no es otro que el de la materialización de un resultado más grave que el requerido, lo que evidentemente no se condice con la calidad que maneje el agente comitente.

Gálvez Villegas y Rojas León (2017), en concordancia, mencionan que el sujeto activo del delito de aborto preterintencional puede ser cualquier persona, pero con la importante exclusión de la madre (p. 756). Lo mantenido por los autores también es afirmado por Castillo Alva (2008), aunque puntualizando que ello no obsta que el empleo de la violencia sea causado por el propio comportamiento de la gestante.

### **b. Sujeto pasivo**

Consecuentemente, existe un consenso en afirmar que el sujeto pasivo de este delito no es la gestante, sino el concebido, embrión o feto en correlación con los límites de la protección de la vida humana dependiente referenciados en anteriores acápite.

### **c. Comportamiento**

#### **i. El que, con violencia, ocasiona el aborto**

En el Código Penal que antecede al de 1924, el término violencia era cambiado por la palabra “maltratos”. De acuerdo con Hurtado Pozo (1982), aquella concepción tendría una naturaleza eminentemente más restrictiva que la del término “violencia” usado en el Código Penal vigente y su antecedente (p. 200).

Al respecto se ha de señalar que, la adopción del vocablo “violencia” utilizado por el codificador peruano de 1991, al igual que en la palabra sustituida, ostenta un sentido como un medio o modo de naturaleza comisiva cuyo empleo por parte del autor del delito genera la interrupción abrupta del estado de gestación o embarazo. Se trata, en consecuencia, del eje esencial sobre el cual se diferencia al aborto preterintencional de otros tipos de aborto o, inclusive, de las conductas impunes<sup>91</sup>.

Lo escrito primariamente es secundado por Gálvez Villegas y Rojas León (2017)<sup>92</sup>, quienes erigen que el delito restringe la configuración de la culpa, al relacionarla a la violencia; para los referenciados se asume,

---

<sup>91</sup> A *contraio sensu*, los abortos que no hayan sido cometidos mediante la “violencia”, no pueden ser subsumidos en la hipótesis típica del delito de aborto preterintencional.

<sup>92</sup> Desde la postura que considera al contenido del artículo 118 como un aborto culposo.

teleológicamente, que el legislador ha querido establecer una relación de causalidad entre la muerte del concebido, feto o embrión, y el comportamiento doloso del sujeto activo (p. 256).

El alcance de lo que se puede considerar como violencia amerita otra discusión; el término de “violencia” es ciertamente indeterminado, adoleciendo tanto de vaguedad como ambigüedad en sus posibles nociones estudiadas por la doctrina.

Una primera posición sobre este alcance es establecida por Hurtado Pozo (1982), quien, esgrimiendo un análisis hermenéutico e histórico de la palabra en el ordenamiento jurídico peruano, postula que el término violencia debe tener una interpretación amplia por parte del operador jurídico, pudiendo referirse a la *vis compulsiva* como a la *vis absoluta* o fuerza física; la magnitud de las lesiones tampoco importaría desde este punto de vista, comprendiendo a las faltas, las lesiones leves, y las lesiones graves dentro de la expresión (p. 200).

En consecuencia, el motivo de la adopción de aquel punto de vista se podría encontrar en un examen sobre la aptitud objetiva de los daños sobre la psique o la moral de la gestante para ocasionar el aborto, en tanto los secuaces

de este planteamiento tendrían que partir de la idoneidad del medio para sustentar esta orientación.

Una segunda postura es mantenida por Castillo Alva (2008, p. 1034), quien profesa una interpretación sistemática del elemento con los demás “preceptos” de la Parte Especial del Código sustantivo, considerando que el legislador consigna de manera expresa los casos en los que el manejo de amenaza o violencia moral es sancionable; aunado a ello, el jurista refuerza su tesis en la irrelevancia de los acontecimientos jurisprudenciales en los que se emplea violencia diferente a la física o material, lo que habría sido la razón para que el legislador opte por omitir a la violencia moral o psicológica.

Procurando no agotar la controversia, la delimitación también presenta problemas a nivel de la causalidad y el riesgo, ya que la exclusión del concurso ideal con delitos como el de lesiones graves o su subsunción en el delito del artículo 118, igualmente, encuentra debate. Al respecto se puede decir que el codificador solo quiso que la violencia sea dirigida hacia la mujer y no contra el feto, y, que haya idoneidad del comportamiento para irrumpir en el embarazo.

Por ello, una interpretación que excluya a las faltas como “violencia” no cabría en la legislación peruana, y, de un

mismo modo, se puede asegurar que las “lesiones graves” configuran, igualmente, un riesgo que puede ocasionar el aborto<sup>93</sup>.

Creus (1996), desde una concepción mucho más dilatada, sostiene que las lesiones de menor intensidad que son inseparables de la violencia, así como los daños consecuentes del aborto que no hayan sido contempladas por el agente activo del delito, son contenidas por el tipo de aborto preterintencional; sin embargo, en lo que se refiere a lesiones graves o la muerte de la gestante, realiza una diferenciación, estableciéndolos como comportamiento independientes y concurrentes (p. 76).

En otro supuesto, queda claro que, si el aborto es causado por una mera imprevisión sin la violencia dolosa descrita por el legislador peruano, se versaría sobre un asunto de aborto culposo, no previsto en la ley peruana y, por ende, no punible.

En cambio, desde las causas de justificación, la violencia consentida, por ejemplo, en una práctica sexual de la gestante, permanece como un objeto de estudio polémico. Una opinión inicial puede someter a la violencia a la evaluación de su antijuridicidad, lo que daría como

---

<sup>93</sup> Castillo Alva (2008) considera que la “violencia” es “independiente de su gravedad” (p. 1036).

resultado que el aborto preterintencional no sea aplicado en vista de una acción permitida en el ordenamiento jurídico peruano.

Para otros como Gálvez Villegas y Rojas León (2017), hay que distinguir a la violencia de la legítima defensa y la de la permisión: la primera, aunque cause el aborto culposo, se encontraría de acuerdo con la juridicidad, y, por tanto, en cuanto sea perfecta no será reprimible por el Estado; caso contrario representaría el del consentimiento de la gestante para sufrir el comportamiento violento, en el que se asumiría que la madre solo consintió sobre sus bienes jurídicos, no sobre los del concebido (p. 758).

**ii. No haber tenido el propósito de ocasionar el aborto, siendo notorio o constándole el embarazo**

El artículo que contiene el texto legal del delito de aborto preterintencional peruano alude a un sujeto activo del delito que ocasionó un aborto “sin haber tenido el propósito de causarlo”. Ello puede ser descrito como una especie de culpabilidad típica, en tanto se entiende que, a pesar de haber conocido sobre el embarazo de la madre, el sujeto activo no debe haber poseído dolo.

Históricamente, la jurisprudencia nacional peruana ha interpretado de manera correcta el elemento de la carencia de voluntad de producción del aborto y la posibilidad de

previsión de aquella producción por el estado de embarazo; así, la Corte Suprema de la República comentaba<sup>94</sup> que, si no hubiese notoriedad en el estado de “gravidez”, o conocimiento de este por otros medios, existe una imposibilidad de poder imputar la comisión del delito a un agente (Prado Saldarriaga, 2017, pp. 45-46).

### **iii. Notoriedad y constancia del embarazo**

El elemento subjetivo necesario para la configuración del delito de aborto preterintencional de la Parte Especial del Código Penal Peruano es la notoriedad o constancia del embarazo. Carlos Creus (1996), que comenta el símil de la legislación argentina, consigna que el tipo exige que el autor del delito ostente conocimiento de que la violencia es ejercida contra una mujer embarazada, siendo que ello es crucial para la conminación del aborto; no es necesario que tal embarazo sea notorio, siendo que el agente podría adquirir conocimiento del estado de gestación aún por otros medios (p. 75). En el Perú, aquel requisito subjetivo es similar, ya que en el artículo 118 del Código Penal el legislador optó por imponer una pena al sujeto activo cuando su comportamiento haya ocasionado la muerte del concebido “siendo notorio o constándole el embarazo”.

---

<sup>94</sup> Aunque sobre el delito de aborto preterintencional en el Código Penal de 1924.

Por otro lado, dado que el codificador no contempla especificaciones sobre detalles relativos al embarazo, por lo que el conocimiento puede ser general o específico sobre factores como la temporalidad; del mismo modo, no es necesario que la fuente de este conocimiento sea la persona gestante, siendo que se subsume en la hipótesis típica del tipo el hecho en el que esta última hubiese ignorado su propio estado.

En lo relativo a la notoriedad, Soler (1976) asocia el significado del término a un embarazo evidente o manifiesto (p. 104). Por supuesto, ello implica que, fuera del uso de “instrumentos técnicos”<sup>95</sup>, exista la posibilidad de que cualquier persona pueda “notar el estado de gravidez por intermedio de los sentidos”, con la importante excepción del autor, quien hace uso de la violencia sin haberse percatado del mismo (Castillo Alva, 2008, pp. 1041-1042).

Finalmente, las descripciones del “conocimiento” y la “notoriedad” aluden a la culpa. En el caso del conocimiento, el vocablo englobaría a la culpa consciente, ya que el sujeto podría advertir la posibilidad de ocasionar el daño, y se discute la culpa inconsciente en los supuestos en los

---

<sup>95</sup> Si un médico, por ejemplo, hace una prueba de ultrasonido para detectar el embarazo, este conocería la condición y el aborto preterintencional no podría relacionarse a la notoriedad sino al primer elemento.



que, incluso sabiendo del embarazo, el agente no pueda prever que la violencia cause el aborto.

La notoriedad, por su parte, es un medio exclusivamente de la culpa inconsciente; ello se explica gracias a que, a pesar de ser notorio, el estado de gestación no le consta al sujeto activo, quien obra sin ningún conocimiento del estado de gestación, pero asumiendo que este pudo haber sido advertido por cualquier otra persona.

### **E. Tentativa y consumación**

Una vez que se ha determinado que el aborto del artículo 118 del Código peruano no se configura ni por culpa ni por dolo, sino que deriva de un esquema preterintencional, se tiene que argumentar, con cierto cuidado, sobre la tentativa. La confusión tiene sus raíces en la estructura dolosa-culposa que asume este delito cualificado por el resultado, entendiendo que es reconocido mayoritariamente que los delitos culposos no admiten tentativa.

Pero, ¿cuál es la situación en los casos en los que el agente empieza a ejecutar la violencia?; Castillo Alva (2008) responde aquella interrogante catalogando a estos actos como una “tentativa de lesiones dolosas” (p. 1046). Si se amplía el argumento, es posible asegurar que incluso se podría tratar de una simple infracción que no configura delito alguno, lo que no

debe ser juzgado de ninguna manera como la violencia causante del aborto culposo del delito preterintencional.

Dado que no se puede establecer ninguna especie de tentativa que no sea por delitos o infracciones relativas a lesiones en la violencia ejercida contra la mujer, y que la agravación de aquel comportamiento se da mediante la imprudencia o culpa, se colige que la tentativa se encuentra excluida y solo aceptaría el grado de consumación.

## **F. Participación**

Una vez excluida la tentativa, cabe ocuparse de la participación en el delito. La complejidad del tema se da en la diferenciación entre la violencia dolosa y el resultado culposo, lo que puede hacer pensar que cabría la participación en el momento de la configuración del aborto.

No obstante, Creus (1996), ha sido preciso en ese extremo, al señalar que, lógicamente, la participación es admisible, aunque únicamente en cuanto se refiera al despliegue de violencia que señala el codificador (p. 75).

### **2.2.8. Sobre el delito de aborto culposo**

El delito de aborto culposo, tras la toma de postura sobre la naturaleza de la norma que se desprende del artículo 118, no se encuentra regulado en el Código Penal o en el ordenamiento jurídico peruano en general. Al no encontrarse tipificado, toda conducta que,

se determine, ocasione el fin de la vida humana dependiente sin la intención y por un obrar imprudente sin estar precedida por una violencia dolosa, no es reprimible con una sanción penal gracias a la garantía que establece el principio de legalidad.

En otros países de Latinoamérica, sin embargo, el panorama cambia, lo que lleva a describir brevemente los fenómenos legislativos más resaltantes dentro de estos límites.

### **A. El aborto culposo en Costa Rica**

En países como Costa Rica existe un delito de aborto culposo que protege la vida del feto, pero incluye a la mujer embarazada dentro de los posibles sujetos activos; no obstante, es cierto que existen intentos plausibles para realizar una reforma que la excluya<sup>96</sup> (González Solano, 2017, pp. 24).

### **B. El aborto culposo en Bolivia**

El Código Penal boliviano, según la ley N.º 1768 de 1997<sup>97</sup>, por otra parte, acoge al aborto culposo en su artículo 268, en el que se establece: “El que por culpa causare un aborto, incurrirá en prestación de trabajo hasta un año”. Esta es una descripción conductual bastante semejante a la realizada en el caso de Costa Rica, con la diferencia del marco punitivo establecido, que,

---

<sup>96</sup> La fórmula legal únicamente hace referencia a “cualquiera” que causara el aborto mediante la culpa; su consecuencia jurídica, por otra parte, no es la privación de la libertad como en otras legislaciones, estableciéndose la única pena de sesenta a ciento veinte días multa.

<sup>97</sup> La ley aludida realizó modificaciones sobre el Código Penal que se maneja en ese país.

no obstante, sigue siendo diferente de una pena privativa de la libertad.

### **C. El aborto culposo en El Salvador**

El Código Penal de la República de El Salvador, que entró en vigencia en 1997, contiene al delito de aborto culposo en el artículo 137; lo interesante de su técnica legislativa es que, a diferencia de los casos anteriores contiene una exclusión con respecto al comportamiento desplegado por la madre: “El que culposamente provocare un aborto, será sancionado con prisión de seis meses a dos años. El aborto culposo ocasionado por la propia mujer embarazada, ni la tentativa de ésta para causar su aborto no serán punibles”.

El codificador salvadoreño, además, ha instaurado una pena privativa de la libertad, comportamiento que no ocurre en el ordenamiento boliviano o costarricense, siendo que incluso le ha quitado todo tipo de punibilidad a la tentativa de la madre que se busca practicar un aborto.

### **D. El aborto culposo en Guatemala**

En 1973 se promulgó el Código Penal de Guatemala, instrumento que sigue vigente a la fecha de esta investigación; dicha herramienta acoge la regulación del aborto culposo como uno de los delitos contra la vida y la integridad de la persona: “La tentativa de la mujer para causar su propio aborto y el aborto

culposo propio, son impunes. El aborto culposo verificado por otra persona, será sancionado con prisión de uno a tres años, siempre que tal persona tenga conocimiento previo del embarazo” (Art. 139).

Al respecto, se describe que la sanción impuesta para este delito es mucho más elevada que en los ordenamientos anteriores, superando los dos años de prisión en su extremo máximo; por lo demás, los elementos descritos son similares al Código salvadoreño, aunque admitiendo únicamente la culpa con representación e incluyendo la exclusión de la madre gestante como sujeto activo del delito, añadiendo que tampoco será punible la tentativa de esta.

### **2.2.9. LAS LESIONES EN EL ORDENAMIENTO PERUANO**

El estudio del delito de lesiones goza de importancia para la investigación debido al concurso ideal que tendría lugar con el delito de aborto culposo, y que abarcaría los supuestos de la descripción del artículo 118 del Código Penal peruano sobre aborto preterintencional. También es menester recordar que el término violencia del artículo 118 puede hacer referencia a la tipología de las lesiones en razón de su amplitud.

Gálvez Villegas y Rojas León (2017), indican que el delito de lesiones se produce por una afección a la salud en un sentido amplio. Sobre el concepto de lesión, como tal, existirían tres posturas: Las lesiones desde la gramática, que los autores relacionan al concepto

del Diccionario de la Real Academia Española; las lesiones desde la perspectiva médica; y las lesiones vistas desde el punto de vista legal, que se desprende desde la norma penal, y contiene a los menoscabos sobre la integridad corporal, la salud física, y la salud psíquica siempre y cuando aquellos no conformen la comisión de una falta (pp. 814-818).

En la legislación peruana, el delito de lesiones presenta las siguientes formas:

- a)** Lesiones graves.
- b)** Lesiones graves cuando la víctima es un menor de edad, de la tercera edad o persona con discapacidad.
- c)** Lesiones graves por violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar.
- d)** Lesiones leves.
- e)** Agresiones en contra de las mujeres o integrantes del grupo familiar.
- f)** Lesiones con resultado fortuito.
- g)** Lesiones culposas.
- h)** Lesiones al feto.

## **2.3. ASPECTOS DEL TEXTO CONSTITUCIONAL Y LEGAL**

El presente acápite aborda lo correspondiente a la temática de dispositivos normativos afines con el despliegue del presente trabajo de investigación, que serán mencionados de un modo breve. En correlación, una vez establecido que, a causa de la naturaleza de la temática abordada, todos los tenores relativos a la tesis poseen un carácter nacional, se opta por dividir la acometida en dos partes de acuerdo a la jerarquía de la norma constitucional y legal en el ordenamiento jurídico peruano.

Así, en un primer nivel se tomará en consideración al texto constitucional, mientras que un segundo subconjunto de textos legales normativos se encontrará abarcado por lo prescrito por el legislador peruano en el Código Penal vigente de 1991, cuyo contenido comprende desde aspectos relativos al principio de legalidad o al dolo y la culpa, hasta el texto del tipo penal que ha sido analizado dogmáticamente según lo consignado líneas arriba.

### **2.3.1. Constitución Política del Perú**

#### **A. Texto constitucional sobre la dignidad humana y la interpretación jurídica**

La Constitución Política del Perú (1993) contiene en su artículo 1 a dos principios imprescindibles para el desarrollo de las actividades jurídicas: El principio de la dignidad humana y el de la interpretación de las normas:

Artículo 1.- Defensa de la persona humana

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Lo aseverado coincide con lo mencionado por Chanamé Orbe (2015), quien indica que la dignidad humana del artículo citado se corresponde con un mínimo valorativo que es intrínseco a la naturaleza de toda persona reconocida como ser humano y no como cosa u objeto; el texto, asimismo, contendría un principio de interpretación sistemática de la norma constitucional, que también faculta el uso de la hermenéutica para salvar defectos legales.

Es resaltable que, como anteriormente se ha indicado, el principio de culpabilidad tal y como es percibido en el contexto nacional, bebe de la dignidad humana para fundamentarse; se añade a ello la relación de otros conceptos con el principio-fin, como sucede con el principio de proporcionalidad<sup>98</sup> o la misma noción de protección de bienes jurídicos que justifica al *ius puniendi*.

## **B. Texto constitucional sobre la protección del bien jurídico del delito de aborto preterintencional**

La vida como concepto positivizado en la Constitución Política del Perú (1993), derecho fundamental del cual deviene la protección penal del bien jurídico de la vida humana

---

<sup>98</sup> Según Castillo Alva (2002), la dignidad opera como fundamento de la proporcionalidad en cuanto las penas injustas reflejan una instrumentalización de la persona humana, lo que colisiona con la noción del ser humano como un fin *per se* (pp. 295-296).



dependiente, puede ser encontrada en el artículo 2, inciso 1 del referido instrumento bajo los siguientes términos:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Ahora, para delimitar el contenido de lo protegido por la norma penal, y en concordancia con la propuesta de *lege ferenda* que se encuentra referida en el presente trabajo de investigación, se puntualiza que la excusa absolutoria que libera de responsabilidad penal a la gestante obtiene legitimidad del artículo 4 de la carta magna:

Artículo 4.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono.

También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley

### **C. Texto constitucional sobre el principio de legalidad**

La legalidad es un concepto tratado incluso en el ámbito internacional. Un primer antecedente, desde este contexto jurídico, se encuentra compuesto por la “Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 1935”<sup>99</sup>; sin embargo, más recientemente, se puede encontrar que, tras los juicios de Núremberg luego de la segunda guerra mundial, fue

---

<sup>99</sup> En este instrumento no se desarrolla al principio de legalidad en todos sus alcances, pero establece como condición mínima el previo conocimiento de la ilegalidad de su conducta

incorporado a la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el año 1948 (Lledó, 2016, p. 248).

Algo que se comparte entre estos aspectos y el punto de vista nacional, es que la legalidad siempre ha mantenido un núcleo duro desarrollado en la casuística y la doctrina, y que no se ha visto necesario precisar en ningún instrumento, ya sea de orden nacional o internacional, todas las manifestaciones del principio, ya que Incluso la Declaración resulta esbozando un término vago como el de la preexistencia de la ley.

Aterrizando en el Perú, el principio de legalidad se considera consagrado en el texto del artículo 2, inciso 24, de la carta magna de 1993, cuyo contenido es el siguiente:

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

- a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.
- b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas.
- c. No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.
- d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.
- e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

Por supuesto, el literal d., que es donde la doctrina suele identificar a la legalidad, no es suficiente para explayar todos los subconceptos que son comprendidos por el principio, empero, sí se puede ver una referencia clara a la exigencia del tipo y la sanción como requisito indispensable para el proceso y la condena.

El anterior, no obstante, no es el único contenido expreso en la Constitución Política del Perú (1993) que se refiere al principio de legalidad; por el contrario, la garantía de la *lex praevia* encuentra asidero jurídico en el artículo 103 del aludido instrumento, que, como se verá a continuación, proscribire todo tipo de efecto retroactivo en la ley subsiguiente salvo en el caso penal y solo en cuanto su aplicación resulte ser benigna<sup>100</sup>:

Artículo 103.- Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.

Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.

La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho.

Finalmente, un acontecimiento similar sobreviene en el inciso 9 del art. 139 de la Constitución Política del Perú (1993), cuyo

---

<sup>100</sup> Autores como Chanamé Orbe (2015) también relacionan al artículo con la figura del *idubio pro reo* (p. 761).

tenor invoca el sustento expreso del alcance de la *lex stricta* en el derecho penal:

Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.

### **2.3.2. Código Penal peruano de 1991**

#### **A. Texto legal sobre el principio de legalidad**

El principio de legalidad no está recogido únicamente en la normatividad constitucional. Por su parte, el artículo II del Título Preliminar del Código Penal peruano (1991) contiene una fórmula jurídica general sobre el contenido del principio, indicando una orientación garantista en el mismo:

Artículo II.- Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

#### **B. Texto legal sobre la proscripción de la pura responsabilidad penal objetiva**

El artículo 12 del Código sustantivo vigente, ha codificado lo que dogmáticamente se conoce como principio de responsabilidad subjetiva<sup>101</sup>; en ese sentido, como se observa a continuación, la

---

<sup>101</sup> Así lo desarrolla Catillo Alva (2002, pp. 487-490).

ley peruana no admitirá la regulación de delitos que no contengan el elemento típico subjetivo de la culpa o el dolo:

Artículo 12.- Delito doloso y delito culposo

Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa.

El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley.

### C. Texto legal sobre el delito de aborto preterintencional

El delito de aborto preterintencional, a *prima facie*, es una de las modalidades punibles del delito de aborto peruano. Su relación más directa se da con el artículo 116, que prescribe lo siguiente:

Artículo 116.- Aborto sin consentimiento

El que hace abortar a una mujer sin su consentimiento, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años.

Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la pena será no menor de cinco ni mayor de diez años.

Lo legislado en el artículo 118, de aquel modo, resulta imponer una consecuencia penal a un comportamiento diferente al de aborto sin consentimiento básico, lo que encontraría justificación en los elementos típicos del delito cualificado por el resultado, específicamente en cuanto el aborto causado no es la finalidad a la que apuntaba el autor:

Artículo 118.- Aborto preterintencional

El que, con violencia, ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas.

### CAPÍTULO III: DEMOSTRACIÓN DE LA HIPÓTESIS

En la hipótesis de la presente investigación se consignó que los fundamentos jurídicos para derogar el delito de aborto preterintencional en el Código Penal peruano, son: a) Afectación al principio de legalidad por la ausencia de regulación expresa sobre delitos preterintencionales o cualificados por el resultado y vaguedad e imprecisión en la redacción del texto legal; b) Eliminación de rezagos de responsabilidad penal objetiva en relación al principio de culpabilidad; y, c) Vulneración al principio de proporcionalidad por existencia de medidas alternativas menos dañosas. Aquello fue construido para dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para derogar el delito de aborto preterintencional en el Código Penal peruano?

Para realizar el presente capítulo, en observancia de lo escrito líneas arriba, se tomó en cuenta una serie de métodos pertenecientes al plano genérico de la investigación como actividad, y un método propio de la ciencia jurídica.

En aras de explicar aquel proceder, se menciona que, en primer lugar, fue imperante emplear el método de investigación hipotético deductivo, ya que, en el transcurso del proceso de investigación, pese a que la problemática se mantuvo, se necesitó realizar reformulaciones en la hipótesis para obtener una construcción válida. El proceso de depuración narrado se manifiesta en todos los títulos del presente capítulo, *ergo*, las razones arribadas se obtuvieron de procesos intelectuales argumentativos mediante los que se demostró su veracidad.

Asimismo, teniendo en cuenta las tendencias específicas del contenido de los principios que se mostraron como fundamentos jurídicos, se requirió del método analítico sintético para construir el conocimiento de la demostración; sobre componentes como el delito de aborto regulado en el artículo 118, verbigracia, se descompuso el concepto en múltiples partes para hallar cuestiones específicas como su naturaleza jurídica, que luego fueron empleadas en siguientes párrafos.

El método inductivo-deductivo, en cambio, formó parte de la investigación por su adecuación con los razonamientos propios de la argumentación jurídica; así, procesos de índole deductiva como el silogismo, o inversamente, la observación de la temática en amplitud y la obtención de datos generales, fueron clave para todo el proceso racional.

Por otra parte, evidenciando que el artículo 118 del Código Penal constituye texto legal positivizado, como método propio del derecho se empleó el método dogmático. Las etapas de este método fueron cruciales para construir la demostración, en tanto, incipientemente se optó por interpretar los posibles sentidos que tuviese el dispositivo normativo.

Para ello se empleó la hermenéutica, por cuanto el uso de varios cánones interpretativos y la utilización de múltiples fuentes doctrinales y jurisprudenciales permitió obtener una concreción de conocimiento certera, que, sin embargo, partió del propio respeto del artículo codificado.

Para la etapa sistemática del método dogmático, en otro sentido, se manejaron las bases estructurales de la teoría del delito, que fungió para descomponer lo obtenido en varios niveles analíticos.

Finalmente, se observaron otros criterios organizativos obtenidos de los *límites del ius puniendi*, que dieron paso a la construcción de postulados propios en contraposición y crítica al simple estudio del tipo penal; es de ellos que se pudieron determinar los fundamentos jurídicos de la hipótesis, cumpliendo con el objetivo planteado para la presente investigación.

### **3.1. AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD POR LA AUSENCIA DE REGULACIÓN EXPRESA SOBRE DELITOS PRETERINTENCIONALES O CUALIFICADOS POR EL RESULTADO Y VAGUEDAD E IMPRECISIÓN EN LA REDACCIÓN DEL TEXTO LEGAL**

El principio de legalidad conforma uno de los límites más importantes con respecto al ejercicio estatal del *ius puniendi*. Por sus fundamentos, la legalidad subyace una garantía de índole política, ya que despliega oponibilidad hacia las consecuencias jurídicas que no hayan derivado de la voluntad democrática del pueblo, también generando certeza sobre lo prohibido y exigido a efectos de mantener la seguridad jurídica en un Estado; de allí que el aforismo montado para encarnar este mandato indique que no hay pena y no hay crimen sin ley<sup>102</sup>.

Desde luego, su observancia no es potestativa en el programa penal peruano, entendiéndose que las transgresiones a sus exigencias, siempre que carezcan de un justo fundamento, deben de ser remediadas en el campo de la política criminal cuando se verifique que el desencadenante

---

<sup>102</sup> Ello no debe ser confundido con el establecimiento de un alcance taxativo de la legalidad en la ley, pues, como se ha visto en el desarrollo teórico del principio, la doctrina y jurisprudencia defienden una serie de exigencias que tienen lugar dentro de lo comprendido por el concepto de legalidad.



se desprende de la propia acción legislativa. Este, pues, es el caso del delito cuestionado en este trabajo.

Para no caer en error, sin embargo, resulta necesario identificar la naturaleza jurídica del comportamiento enunciado en el artículo 118 del Código Penal peruano de 1991, toda vez que la transgresión postulada deriva específicamente de un posible carácter preterintencional y cualificado por el resultado en el tipo penal, cuestión que merece discusión al no ser instituida como contemplación doctrinal única.

Coadyuvando lo esbozado, la reflexión sobre los esquemas subjetivos delictivos simples<sup>103</sup> puede ser idónea para evitar la colisión entre la norma de rango legal y el principio, *ergo*, se asume una valoración diferente de lo establecido en el artículo 12 en afinidad con la interpretación ocupada.

### **3.1.1. Naturaleza del aborto acogido en el artículo 118**

Como se ha advertido durante la realización de la investigación, existe discrepancia sobre la naturaleza del delito aludido. Convergen, junto a una posición mayoritaria, puntos de vista puristas de dolo y culpa, así como intentos de admitir los dos elementos integrados en su interpretación. Estas nociones desarrolladas por la doctrina ya han sido consignadas brevemente en el marco teórico de la investigación, más, las razones de su aceptación o descarte necesitan de una profundización conceptual que permita colegir si

---

<sup>103</sup> Es decir, de dolo o culpa.

es que existe un sentido del artículo que resuelva la colisión y, de no ser así, que justifique la propuesta de *lege ferenda*.

### **A. Interpretación culposa**

Una de las posibles soluciones del problema abordado, es considerar al delito de aborto del artículo 118 como un delito culposo; ello se basa en una interpretación hermenéutica de la exclusión del propósito del autor que se consigna en el dispositivo legal, consiguiendo una premisa normativa en la que el elemento subjetivo recae absolutamente en la culpa. Ello, además, también marcaría una distinción con el artículo 116, que se configura en la doctrina peruana como un tipo doloso por antonomasia.

A *prima facie*, el debate de esta posición se encuentra en el término “violencia” que el codificador peruano ha empleado para construir el texto legal. Es así que se ha evidenciado una corriente que determina al vocablo como una exigencia típica<sup>104</sup>, mientras que otra se ha decantado por la representación de una violencia la infracción de un deber de cuidado<sup>105</sup>.

Ambas opciones solventan en parte la cuestión del esquema de delito doloso-culposo; sin embargo, la adjudicación de una estructura subjetiva únicamente conformada por la culpa

---

<sup>104</sup> Gálvez Villegas y Rojas León (2017) son defensores acérrimos de esta posición, como se ha desarrollado en las consideraciones teóricas de la investigación.

<sup>105</sup> Bajo Fernández (1986) encabeza la defensa de lo señalado.

tampoco escapa a la crítica. La primera ha sido realizada por Castillo Alva (2008), quien observa la proporcionalidad en abstracto de manera sistemática frente al delito de homicidio.

Al respecto, del análisis de la vida humana como bien jurídico protegido, se ha logrado identificar una valoración distinta para la vida dependiente e independiente en el contexto de la legislación penal peruana; en general, se puede instaurar que los marcos punitivos correspondientes a los delitos de homicidio han ido *in crescendo* a comparación de los consecuentes por la configuración de los tipos de aborto.

Tal decisión valorativa, a la luz de la concepción del aborto referido como delito culposo, sería transgredida por cuanto la consecuencia jurídica acarreada para la configuración del homicidio culposo se ha fijado en una “pena privativa de libertad no mayor de dos años” en el Código Penal de 1991, precepto que se repite en el caso del tipo objeto de análisis. En otras palabras, *de iure*, la protección de la vida humana autónoma y la vida humana no independiente se daría con una misma intensidad exclusivamente en las formas culposas de los delitos de homicidio y aborto, prescindiendo de aquella paridad para el resto de situaciones.

En otro sentido, la consideración culposa enmienda la vulneración del principio de legalidad que podría devenir de la preterintencionalidad o la cualificación por el resultado, empero,

origina otro que quebrantamiento al mandato de optimización, específicamente en lo referente a la exigencia de determinación de la ley.

Se ha de verificar que, en cumplimiento de lo prescrito por el artículo 12 del Código Penal peruano, todos los tipos culposos que reposan en el ordenamiento jurídico peruano señalan expresamente la culpa como elemento subjetivo al imponer una pena al infractor de un delito culposo.

Así, por ejemplo, en construcción de un sentido integral y sistémico, el previamente cotejado artículo 111 contiene en su redacción a la siguiente fórmula lingüística: “El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona”; de igual manera, el artículo 124 sobre lesiones culposas indica manifiestamente a la culpa como elemento típico subjetivo para subsumir los hechos acontecidos en la realidad.

Caso contrario es el del delito comprendido en el artículo 118, en donde el codificador se ha abstenido de imponer taxativamente a la culpa en el esquema delictivo, lo que genera, de interpretarse en un sentido culposo, un detrimento de la garantía de *lex certa*. Ello es afirmado por las dudas sobre la naturaleza del delito que aún desencadena esta consideración.

En conclusión, de haber querido que el delito sea interpretado como solamente culposo, el legislador así lo hubiera destinado en cumplimiento de la norma desprendida del artículo 12.

## B. Interpretación dolosa

Una vez revisados los argumentos que giran en torno al delito culposo, cabe ocupar los planteamientos dogmáticos que pretenden atribuir un carácter plenamente doloso al tipo penal del artículo 118.

En la teoría del tipo, se han desplegado tres disímiles clases de dolo: la primera fue el dolo directo, la segunda el dolo indirecto y la tercera el dolo eventual. Sobre el dolo de primer grado, se tiene que decir que ningún jurista defiende aquella posición, ya que, por la redacción del texto legal se implica que el aborto no deberá ser, en ningún caso, consecuencia o efecto directo del despliegue voluntario del agente, ya que este no ostenta el propósito según la literalidad del dispositivo.

Ello deja solo dos posibilidades; el dolo distinto al directo en *lato sensu* o el dolo puramente eventual. En relación al dolo de segundo grado o de consecuencias necesarias, se advierte que tomar a la violencia ejercida contra la mujer gestante como un corolario implícito en la causación del aborto de ningún modo se condice con la falta de propósito. Se puede discutir, sin embargo, la relación inversa<sup>106</sup>, pese a que ello haría que las lesiones ocupen el eje central de lo legislado, dotando de una importancia más bien accesoria al delito de aborto.

---

<sup>106</sup> Se podría defender que el elemento cognoscitivo prima en el dolo de segundo grado, no el elemento volitivo, lo que se traduce en la ausencia de una intención directa por dañar al feto.

Por otra parte, la posición del aborto por dolo eventual parece encajar de manera idónea con el artículo 118; ha quedado esbozado que este tipo de dolo se condice con la creación de un riesgo elevado y la conformación del autor del delito, lo que parece ceñirse a la descripción del codificador. También se solventaría el inconveniente creado por las posiciones culposas, toda vez que el dolo puede encontrarse implícito en la fórmula legal, lo que no es posible con la culpa, cuya implementación debe ser explícita.

No obstante, pese a los beneficios que puede acarrear la selección de un criterio doloso como naturaleza asumida para el artículo 118, lo cierto es que el aborto no consentido ya se encuentra regulado en el artículo 116 del Código sustantivo, y que su tipo penal abarca todos los supuestos hipotéticos manejados en la formulación de este punto de vista.

Tal asunto se asemejaría a un caso de antinomia<sup>107</sup>, debido a que un mismo comportamiento sería susceptible de ser subsumido en dos tipos penales, obteniendo dos soluciones completamente distintas en lo que respecta a la consecuencia jurídica. También resulta dogmáticamente y sistémicamente incorrecto imponer un marco punitivo dispar para sancionar

---

<sup>107</sup> La antinomia, según Guastini (2008) puede referirse a que un “comportamiento esté deónticamente calificado de dos modos incompatibles en dos diversas normas pertenecientes al sistema”, o cuando “para un determinado supuesto de hecho estén previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas diversas pertenecientes al sistema” (pp. 71-72).

infracciones igualmente dolosas, no existiendo una base para justificar la atenuación en las acciones punibles cometidas por una tipología distinta a la del dolo de primer grado.

Apoyando el contraargumento, se encuentra a la notoriedad y al conocimiento del embarazo como elementos típicos que aluden a modalidades culposas. La constancia, por su parte, presenta un contenido cognoscitivo sobre el embarazo, que, si bien no es necesario que sea detallado sobre cuestiones específicas como el tiempo que la mujer lleva gestando, mínimamente es suficiente para que el autor considere remota la posibilidad del resultado típico, aunque la descarte en confianza de que este no será consumado. Este sería pues, el caso por excelencia de la culpa consciente<sup>108</sup>.

Lógicamente, los defensores del aborto cometido por dolo diferente al directo o únicamente eventual, podrían interpretar al conocimiento como parte de una modalidad dolosa, pero es mucho más difícil argumentar en contra de la naturaleza culposa de la notoriedad.

Como se ha previsto en el análisis dogmático del delito eje de la investigación, el elemento referido en el anterior párrafo alude a la culpa inconsciente y *non plus ultra*, toda vez que describe a las situaciones en las que el embarazo es capaz de ser percibido

---

<sup>108</sup> Es cierto que Soler (1976) indica la posibilidad de que el conocimiento también comprenda a la culpa inconsciente, por lo que la discusión aún queda abierta.

sensorialmente por la persona común, pero no por el sujeto activo del delito, quien actúa sin conocimiento del estado de especial vulnerabilidad y gravedad.

En consecuencia, la posibilidad, pero no el conocimiento del embarazo, solo podrá traducirse entre los alcances del elemento subjetivo culposo para fundamentar su punición, lo que ocasiona el descarte de la concepción purista dolosa del aborto estudiado.

### **C. Interpretación mixta**

Con la interpretación mixta, se hace referencia a todas las concepciones que divisan al delito contenido en el artículo 118 del Código Penal peruano como un delito doloso y culposo a la vez por lo menos en lo concerniente a la consecuencia. Entre estos postulados destaca el de Bustos Ramírez (1991), quien por la semejanza entre el dolo eventual con la culpa consciente admite que la expulsión del feto pueda ser causada por un comportamiento de estructura dolosa-culposa como dolosa-dolosa.

Todos estos desarrollos, además de adolecer patológicamente por todos los razonamientos excluyentes del dolo y la culpa contruidos sobre los cimientos de la hermenéutica y la teoría del delito en respuesta a las posturas puristas, presentan un grave fallo alusivo a la proporcionalidad.



En esa alineación, se ha explicado que los delitos dolosos y culposos merecen consecuencias jurídicas penales disimiles, ya que su fundamento de punibilidad varía. Las concepciones que contienen esta postura no cumplen con esa exigencia, *ergo*, se pretendería que la consecuencia legislada sea la misma para la hipótesis típica culposa y dolosa, lo que conformaría *ratio decidendi* para descartar estas especies de construcciones interpretativas.

#### **D. Interpretación como delito preterintencional y cualificado por el resultado**

Interpretar al delito del artículo 188 como un aborto preterintencional y cualificado por el resultado constituye la posición mayoritariamente acogida por la doctrina<sup>109</sup>. El razonamiento seguido para esta determinación de la naturaleza jurídica, toma como punto de partida a la separación entre comportamiento y resultado que se puede realizar en la descripción típica, valorando a la violencia como la conducta inicial, y a la muerte de quien tenía vida dependiente como un resultado más grave frente al baremo de lo buscado, lo que termina siendo fundamento para la codificación de una consecuencia jurídico penal mucho más intensa.

---

<sup>109</sup> Así lo identifica Castillo Alva (2008, p. 1039).

La confusión podría encontrarse, al menos en parte, en la complejidad del esquema preterintencional adoptado de la legislación suiza por lo menos desde el Código peruano de 1924, cuyo dispositivo normativo no dista mucho de lo consignado en el Código de 1991 actual; no obstante, la opción defendida por autores como Hurtado Pozo (1982) o Castillo Alva (2008), más allá del canon histórico, obtiene raíces en un análisis integral del tipo, en el que se comprueba que el resultado, mínimamente para ser punible, debe ser culposo, mientras que la violencia precedente será ejecutada necesariamente por medio del dolo.

Retomando los motivos por los que el delito del artículo 118 no podría ser solo culposo, se deja en claro que la consecuencia jurídica establecida para proteger al bien jurídico de la vida humana dependiente no puede ser igual que la pena destinada a la tutela de la vida humana independiente; sin embargo, ciertamente se puede determinar una naturaleza culposa que deviene de términos como “notorio” o “constándole”.

Contrario a lo anterior se identifica que el elemento “violencia” que compone al tipo penal no puede, de ningún modo ser culposo. Aquí se refuta la postura de la exigencia típica<sup>110</sup>, pues, incluso si se adoptara este planteamiento, el elemento del delito

---

<sup>110</sup> Sostenida por Gálvez Villegas y Rojas León (2017, p. 755).

de naturaleza “culposa” tendría que ser configurado por medio del dolo.

#### **E. Toma de posición y perspectiva de *lege ferenda***

Desarrollados los argumentos, se puede justificar la toma de posición sobre la naturaleza preterintencional y cualificada por el resultado que se defiende en la presente tesis, de dos posibles maneras<sup>111</sup>: En cuanto a la primera, se afirma que el delito contiene una naturaleza subjetiva dual inherente; por aquel motivo, lo correcto sería definir a la modalidad de aborto regulada en el artículo 118 del Código Penal de 1991 como un aborto preterintencional, en tanto se adecúa a este modelo por emplear una fórmula de conducta dolosa con una consecuencia culposa que agrava la pena y no fue buscada por el agente.

La segunda fundamentación, en cambio, se desprende de la argumentación negativa; así se señala la imposibilidad interpretativa del artículo 118 como un delito puramente culposo, puramente doloso o que admite tanto la culpa o el dolo en un modo “mixto”, en tanto esas posibilidades alternativas manejadas por la doctrina han sido descartadas por lo sustentado en este capítulo.

---

<sup>111</sup> Para no confundir lo escrito, se manifiesta explícitamente que lo argumentado, ya sea de modo positivo o negativo, no es oponible entre sí; por el contrario, va en un mismo sentido y puede complementarse entre sí.

En este sentido, se puede colegir que la opción de preservar la aplicación del artículo 118 del Código Penal mediante el amparo de interpretaciones alternativas que no colisionen con la norma fundamental, es decir, el acogimiento de una perspectiva de *lege lata* para dar fin a la controversia, no es posible. Consecuentemente, de demostrarse la afectación no proporcional a los principios de legalidad y culpabilidad, se encuentra justificada la redacción de una propuesta de *lege ferenda*.

### **3.1.2. El principio de legalidad frente al delito de aborto preterintencional**

Una vez identificada la naturaleza jurídica que le corresponde al delito de aborto preterintencional peruano, cabe contrastar lo obtenido con el principio de la legalidad *per se*, como límite del Estado de Derecho, y sus manifestaciones frente a un especulado daño efectuado por el uso de los esquemas jurídicos complejos tratados.

Para cumplir con este cometido, en los siguientes párrafos se organizarán los argumentos dependiendo de las posibles interpretaciones de la ley que pudiesen efectuarse desde el principio de legalidad. Cabe aclarar que las manifestaciones del principio, según lo estudiado, pueden ocasionar la redacción de explicaciones no condicionadas, por lo que lo desplegado en los siguientes títulos

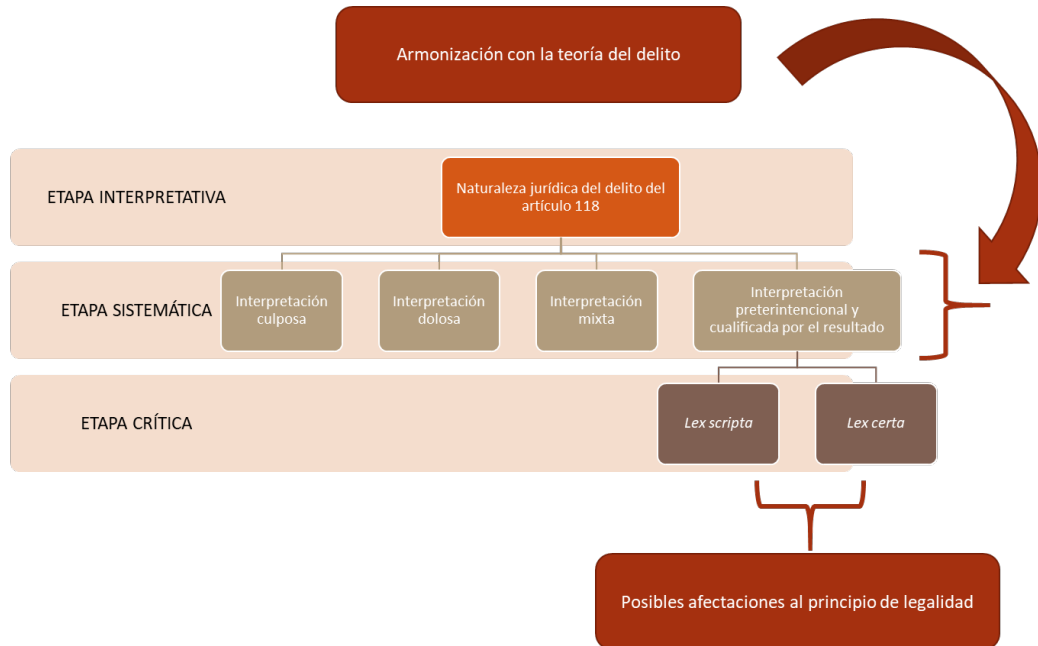
deberá ser tomado a modo de una serie de caminos de libre acumulación.

En aquella situación, se han desarrollado anticipadamente cuatro alcances del principio de legalidad: la exigencia de la *lex scripta*, la exigencia de la *lex praevia*, la exigencia de la *lex certa* y la exigencia de la *lex stricta*. Por las derivaciones argumentativas, se debe omitir el análisis respecto de la prohibición de irretroactividad y la prohibición de la analogía, ya que ambas manifestaciones no son serían transgredidas por la medida legislativa estudiada.

Es así que, una vez llegado a este punto, se determina que las únicas posibles interpretaciones que deben ser realizadas frente al principio de legalidad devienen de la *lex praevia*, que se refiere a supuestos de vigencia y novedad legal, y la *lex stricta*, que atiende cuestiones concernientes a la aplicación de la analogía en el derecho penal.

## Figura 14

### Esquema de argumentación en función del método dogmático



*Nota:* Elaboración propia.

#### A. *Lex scripta*

La garantía que recae sobre la ley como manifestación del principio de legalidad, invoca una restricción al juicio del operador jurídico judicial, quien no puede crear la ley y aplicarla al mismo tiempo. No obstante, lo revisado en este apartado no guarda relación con la aplicación de una figura delictiva específica no precisada por el legislador.

Lo cuestionado en este punto, entonces, no es más que una omisión de la regulación de estructuras subjetivas complejas como la abordada en la Parte General del Código Penal de 1991; específicamente, el artículo 12 del instrumento que contiene una

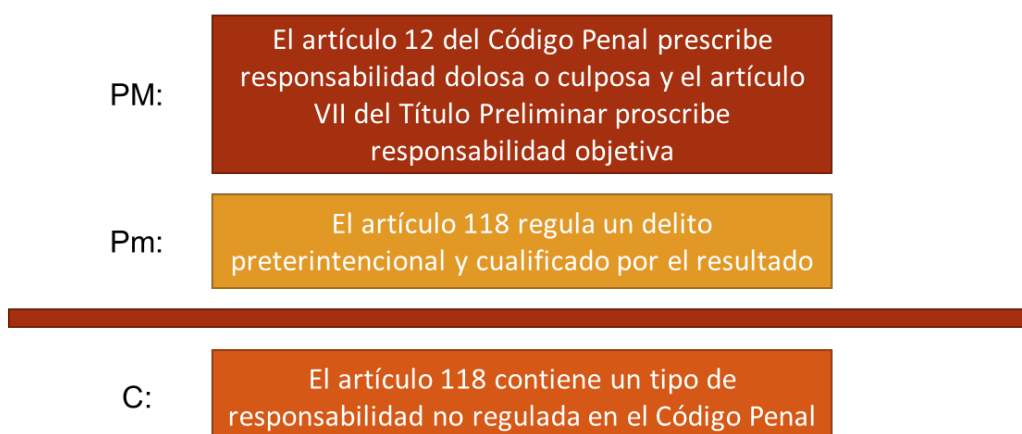
proscripción a la responsabilidad penal que no sea sustentada en dolo y, excepcionalmente solo en los casos en donde así se establezca, en culpa.

Lógicamente las interpretaciones puramente culposas y dolosas que se puedan realizar del delito son idóneas para explicar la no vulneración de la exigencia de la ley escrita; empero, tal como se ha desarrollado, ambos puntos de vista son completamente descartados frente a la concepción del delito del artículo 118 como de naturaleza preterintencional y cualificada por el resultado.

Sin ahondar en la culpabilidad como principio, es posible establecer que el legislador, al codificar el delito de aborto preterintencional peruano, ha transgredido el principio de legalidad a través del siguiente silogismo:

### Figura 15

*Silogismo para determinar la transgresión a la exigencia de la ley escrita*



*Nota:* Elaboración propia.

Aun así, existe un modo de sustentar la regulación del artículo en relación al principio de legalidad, aunque no es el más idóneo. Este sería el caso del acogimiento expreso en la Parte General del Código Penal de los esquemas preterintencionales y cualificados por el resultado, aunque aquella iniciativa legislativa generaría un caso de antinomia con el artículo 12, subsistiendo el problema de la incidencia en el principio de culpabilidad.

En todo caso, evidenciando que la norma del Código Penal no reconoce la imposición de penas bajo criterios externos a los puramente dolosos o culposos, no se explica el motivo de la incorporación del texto del artículo 118 al ordenamiento jurídico peruano más que en una especie de codificación por inercia histórica.

#### **B. *Lex certa***

Anteriormente se ha desarrollado que esta garantía cumple efectos principalmente frente al legislador, en cuanto es él quien debe hacer uso de un lenguaje claro al momento de producir la actividad legislativa. Razonablemente, la pauta no indica que lo regulado sea específico en exceso, empero sí que se encuentre libre de patologías lingüísticas que dificulten el desentrañamiento de su sentido.

En conexidad con el párrafo anterior, el problema de vaguedad que se presenta en este acápite se puede percibir de las numerosas posturas sobre la naturaleza del delito de aborto del



artículo 118 del Código Penal. Un sector de la doctrina ha considerado al tipo penal como uno culposo en función de la finalidad querida por el autor del injusto; otro ha defendido el dolo distinto al dolo directo, principalmente por el uso de cánones hermenéuticos sobre el elemento “violencia” y, aunque de un modo minoritario, existen secuaces de la admisión de dolo y culpa para la realización de la hipótesis típica.

Esta convergencia de opiniones puede llegar a dificultar la tarea de subsunción racional que se realiza en la imputación, pues los elementos del tipo subjetivo que se pueden encontrar en el delito se encontrarían ciertamente indeterminados, lo que se corresponde con la asunción de esquemas compuestos.

Aun habiendo distinguido entre supuestos de preterintencionalidad y delitos cualificados por el resultado, se puede indicar que esta clase de delitos pueden generar suspicacias y dificultades interpretativas al operador; el análisis del esquema de esta clase de tipos penales es complejo, y, dado que en la Parte General del Código Penal se omite realizar una mención a la preterintencionalidad o a la cualificación por el resultado como tal, es sintomático que su identificación se dé prioritariamente en posiciones doctrinales y jurisprudenciales.

Por supuesto, los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado distinguen entre comportamiento y resultado para fundamentar la punibilidad; así, se entiende que por

interpretación del artículo 12 del Código Penal, si el resultado ulterior no tiene escrita la palabra “culpa” o mínimamente se expresa un componente de esta, la imputación se dará a título de dolo-dolo, es decir, una responsabilidad objetiva por cualificación por el resultado mas no por preterintencionalidad.

No obstante, de conformidad con los argumentos esgrimidos para identificar en el delito la tendencia preterintencional y cualificada por el resultado, los términos “notorio o constándole” que son empleados en el Código de 1991, hacen alusión a la culpa tanto inconsciente o sin representación y a la culpa consciente o con representación respectivamente.

También se ha colegido que la particular situación del artículo 118 se corresponde con la preterintención y cualificación por el resultado en razón de la identificación de una conducta violenta dolosa seguida de un aborto culposo que no fue el resultado buscado, pero la toma de posición del trabajo de investigación no ejerce efectos vinculatorios.

La coexistencia de distintas aproximaciones sobre la naturaleza del delito de aborto preterintencional, entonces, se identifica como un problema cierto desde el punto de vista epistémico, siendo que, no es sino consecuencia directa de una técnica legislativa defectuosa que no permite asumir una concepción de manera certera interrumpiendo la función de orientación de los ciudadanos en contravención a la seguridad jurídica.

### **3.2. ELIMINACIÓN DE REZAGOS DE RESPONSABILIDAD PENAL OBJETIVA EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD**

El principio de culpabilidad, tal como es concebido en el ordenamiento jurídico peruano, tiene, entre otras, la importante tarea de legitimar el reproche que se realiza a un sujeto a causa de su actuar ominoso, lo que conlleva a que sea considerado como fundamento y limitación para el *ius puniendi*, toda vez que señala los requisitos subjetivos mínimos para que se regulen los delitos.

Por ello su observancia es prioritaria, especialmente para los ejecutores de la labor legislativa. En la presente investigación, sin embargo, se postuló que la regulación del vigente artículo 118 del Código penal, que se corresponde con un delito cualificado por su resultado y preterintencional, afecta el principio de culpabilidad en la vertiente en la que se escapa de los esquemas subjetivos simples para sustentar el marco punitivo en otros supuestos.

Ello no quiere decir que todo el contenido de la culpabilidad sea lesionado, ya que aspectos como la responsabilidad por el hecho propio no son pertinentes con el problema. Para comprender aquella afirmación, resulta menester indagar sobre el contenido de la culpabilidad como proscriptora de responsabilidad objetiva en el Código Penal peruano, explicando los motivos por los que este principio se opondría a la labor del legislador que dio la fórmula legal del aborto preterintencional.

### **3.2.1. Responsabilidad subjetiva, preterintencionalidad y cualificación por el resultado**

La responsabilidad subjetiva, como función dogmática de la culpabilidad, propone la instauración de esquemas delictivos que admitan la responsabilidad únicamente por dolo y por culpa. Con ello se intenta explicar el baremo que tiene lugar sobre las consecuencias jurídico penales, lo que posee efectos inclusive cuantitativos.

No resulta lo mismo, pues, cometer un acto punible por culpa que por dolo; en la mayoría de tipos se acepta solamente la responsabilidad por conocimiento y voluntad, lo que deja a la culpa, fundamentada en deberes de cuidado, a cargo de la cimentación de los delitos menos gravosos del ordenamiento jurídico.

No así ocurre con los delitos preterintencionales; si en los tipos penales que se configuran por medio del dolo el agente tuvo que necesariamente haber buscado el resultado<sup>112</sup> y en los delitos culposos o imprudentes el responsable no quiso la consecuencia típica, en la preterintencionalidad el sujeto activo empezó queriendo cometer un fin que, por producto de la culpa en otro desenlace valorativamente más lesivo, no fue alcanzado.

En otras palabras, la culpa, fuera de ser un atenuante, en el caso en específico del delito estudiado funge como un agravante, lo que no

---

<sup>112</sup> Salvo se trate de un delito que no requiera de un resultado como los delitos de mera actividad.

termina de condecirse con el modelo convencionalmente usado de responsabilidad subjetiva; más aún, la regulación del delito para proteger al bien jurídico parece ser innecesaria frente al uso de otros medios, tal como la regulación del delito de aborto culposo, que no conllevan a ese cuestionamiento.

Lo cierto es que el Código Penal de 1991 ha proscrito todo uso de responsabilidad objetiva en el segundo artículo de su título preliminar, lo que, en conexidad con la lectura sistemática del artículo 12, da como resultado que la única imputación aceptable es la que se realiza por la infracción dolosa o imprudente, relegando los casos de cualificación por el resultado y preterintencionalidad.

### **3.2.2. Posible interpretación no lesiva del artículo 118 y motivo real de elevación del marco punitivo**

El análisis efectuado en el anteriormente implica que no puede existir una estructura delictiva compuesta por ambos elementos de la tipicidad subjetiva a la vez, más aún si es que la punibilidad del comportamiento se sustenta en una responsabilidad por el resultado incluso si este es culposo.

La transgresión de la culpabilidad, en ese sentido, no se construye sino en la valoración del legislador sobre el marco punitivo, que se eleva gracias a dos posibilidades; una de ellas se correspondería con la hipótesis, mientras que otra deberá ser descartada para proseguir con la investigación.

Así, en la primera interpretación realizada sobre la teoría del injusto adicional, la peligrosidad de la conducta converge junto al dolo siendo especialmente grave, e inabarcable por el concurso ideal; ello explicaría la elevación de la gravosidad cuantitativa de la consecuencia jurídica del artículo 188 sin la necesidad de evidenciar una colisión necesaria con el principio de culpabilidad, ya que la pena obtendría base en un reproche necesario, al menos en apariencia.

Ya que se han descartado los cuestionamientos sobre la tendencia preterintencional y cualificada del aborto objeto de escrutinio, la anterior se erige como la única posibilidad de interpretación que defiende desde la culpabilidad al mantenimiento del delito. Sin embargo, también es posible dar razones para no aceptar este planteamiento.

Se empieza remarcando que el codificador peruano ha acogido al delito de aborto preterintencional justamente en el lugar que corresponde a los delitos contra la vida humana dependiente; ello da un indicio sobre la verdadera razón para agravar la cuantía de la pena, ya que el peso parece caer sobre el resultado culposo y no en un injusto adicional.

Por otra parte, si se acepta esta posibilidad se valora dos veces a la peligrosidad, una en el dolo y otra en la culpa; la existencia del injusto adicional, en efecto, tampoco se encuentra reconocido como

fundamento de la pena en el artículo 12, por lo que se seguiría teniendo problemas respecto del principio de legalidad.

En un último motivo, resulta irrisorio evaluar el riesgo conjuntamente con la lesión, lo que ocasionaría un apartamiento de todo el sistema penal para delitos específicos, ya que este tipo de delitos parecen ser los únicos en los que se.

Descartada la anterior posibilidad, entonces, queda acoger el sentido en el que la agravación de la pena cimentada únicamente en la consecuencia de mayor magnitud es indudablemente un supuesto de responsabilidad objetiva; no se sancionará, pues, por lo que se pretendió, sino por lo que ocurrió.

En síntesis, por el principio de responsabilidad subjetiva, los esquemas complejos son un tema aparte del ordenamiento jurídico peruano, pues, como bien lo aborda el artículo 12 del Código Penal, mientras que todos los delitos se asumen dolosos, solo los señalados como culposos cumplirán con aquel elemento subjetivo.

### **3.2.3. Perspectiva de *lege ferenda***

En el desarrollo de este fundamento jurídico para derogar el delito de aborto preterintencional, se ha podido establecer que no es posible optar por una interpretación que no colisione con el principio de culpabilidad.

En consecuencia, la alternativa que queda para dar solución a la cuestión es la reestructuración del texto legal del artículo 118 para

regular un delito de aborto únicamente culposo, que sí se corresponda con la responsabilidad por dolo o por culpa que es asumida en el Perú.

### **3.3. VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD POR EXISTENCIA DE MEDIDAS ALTERNATIVAS MENOS DAÑOSAS**

Para versar sobre el tema de la afectación en la proporcionalidad como fundamento jurídico para derogar el delito de aborto preterintencional peruano, en primer lugar, se deberá de indicar cuál es la colisión de principios; ello cobra relevancia puesto que las reglas, como se advirtió previamente, tienen otra manera de solucionar sus controversias.

Es cierto, en consecución con lo dicho, que la temática de la investigación circunda alrededor de la derogación de un delito del Código Penal peruano, capaz de ser aplicado o inaplicado absolutamente de entrar en conflicto con algún otro pronunciamiento legislativo; sin embargo, se precisa que este no sería otro más que el medio para conseguir la finalidad.

La satisfacción o restricción, entonces, tendrá que ser analizada según otros conceptos; los primeros corresponderían al principio de legalidad y culpabilidad respectivamente, ya que, en títulos pasados, se ha colegido una afectación a ambos principios a causa de la regulación del artículo 118.



### 3.3.1. Planteamiento del caso a analizar

El Decreto Legislativo N.º 635, que instituyó el Código Penal vigente, conforma un hito para el legislador peruano. En este instrumento y con el fin de salvaguardar el bien jurídico de la vida dependiente, se consideró pertinente regular, entre otros, al delito de aborto preterintencional en el artículo 118.

El dispositivo normativo contiene una estructura típica subjetiva compleja, que mezcla tanto el dolo en el término “violencia” y la culpa en la consecuencia mucho más grave “aborto”. Esta situación constituye un problema con el principio de legalidad, puesto que la preterintencionalidad y sus elementos no han sido observados más que por la doctrina y jurisprudencia, siendo parte de un desarrollo dogmático externo a lo codificado.

La situación es tal, que, inclusive el artículo 12 del Código aludido proscribiera la responsabilidad que no sea sustentada en el dolo o la culpa, exigiendo además que, para efectos de la última, esta sea mencionada expresamente en el tipo penal para poder atribuir a un sujeto responsabilidad por un hecho culposo.

Por otra parte, el delito, al ser identificado como cualificado por el resultado y preterintencional, es idóneo para lesionar al principio de culpabilidad en el extremo en el que se incrementa la pena de un caso de concurso ideal o valorando doblemente un elemento subjetivo o poniendo como fundamento del marco penal elevado a la simple magnitud de la consecuencia no buscada.

### **A. Afectación del principio de legalidad**

La identificación de la afectación a la legalidad se ha dividido en dos caminos: Por una parte, se ha argumentado desde el alcance de la existencia de la ley y, por otro lado, se ha identificado una disonancia con la exigencia de determinación en las leyes.

Al respecto, si bien se ha explicado que ambas posibilidades pueden ser acumuladas alternativamente, ello no quita el hecho de también puedan ser unidas para ser valoradas, ya que se puede considerar que la inexistencia de regulación sobre la preterintencionalidad o cualificación del resultado en la Parte General del Código de 1991 también puede ser causa de la indeterminación de la naturaleza subjetiva del artículo 118. Es de esta última manera que será consignado en la aplicación del test, ya que es lo más acorde con la argumentación desplegada.

### **B. Afectación del principio de culpabilidad**

La afectación de la culpabilidad es mucho más sencilla de determinar, puesto que la incidencia sobre este principio parte desde la proscripción de responsabilidad puramente objetiva, lo que, se ha demostrado, ocurre en el caso en concreto a causa de la regulación de un delito preterintencional y cualificado por el resultado.

### **3.3.2. Test de proporcionalidad**

#### **A. Test de adecuación o idoneidad**

A fin de identificar el concepto interpretado como principio en referencia al artículo 118 del Código Penal, es necesario verificar cuestiones relativas al fundamento de aplicación de la norma, lo que, sin mayor dilación, remitirá al bien jurídico protegido en el delito de aborto preterintencional. Ello así ha sido precisado en el análisis dogmático del tipo penal,

El examen del principio de adecuación se realiza en la relación del medio y el fin; se puede decir en ese camino, que el mencionado delito cumple a cabalidad con la finalidad de tutelar un interés jurídico como lo es la vida dependiente.

La norma, aunque lesiva frente a los principios de culpabilidad y legalidad, es válida por lo menos en el extremo en el que es capaz de originar efectos jurídicos, y aún más, el amparo de la vida del feto como efecto buscado por el legislador.

Sobre la licitud del fin, se puede agregar que la protección de la vida humana, ya sea dependiente o independiente, posee un inherente contenido constitucional, por lo que se concluye que lo buscado, al menos en el ordenamiento jurídico peruano, tiene base en la normativa constitucional.

## **B. Test de necesidad**

Para identificar la necesidad, igual que en el anterior supuesto, no es necesario verificar posibilidades jurídicas, sino que el ámbito se restringe a las posibilidades factuales para verificar la satisfacción de un principio. Es así que, contrario a lo que será desplegado en la aplicación de la fórmula de peso, el presente acápite se construirá sobre la relación entre los posibles medios que pueden solucionar la controversia.

La pregunta de la que se parte, habiendo determinado que la inclusión del delito cualificado por el resultado de aborto preterintencional contenido en el artículo 118 del Código Penal realmente protege a la vida dependiente en el ordenamiento jurídico peruano, deja de versar sobre si el medio es capaz o no de generar la satisfacción del fin buscado y toma como eje central a la coexistencia de múltiples medios para cumplir con un mismo funcionamiento.

Es así como se postula a la incorporación del tipo penal de aborto culposo sin punición para la gestante en el Código Penal peruano, como posible medio alternativo para remplazar al tipo preterintencional. Para cotejar ello, la comparación se organiza corroborando que el medio propuesto no ejerza efectos sobre algún otro principio distinto de los que se pretende satisfacer.

Las consecuencias de lo argüido, pues, serían mucho más beneficiosas que la sola vigencia del artículo 118 del Código

Penal; por una parte, la coherencia normativa no se vería afectada porque se estaría cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 12 sobre el dolo y la culpa como únicos elementos de la tipicidad subjetiva.

En otro sentido, se estaría respetando la proscripción de la responsabilidad puramente objetiva, porque se codificaría un delito expresamente culposos, que no depende de una consecuencia agravada para determinar su pena; es más, la consecuencia jurídica no caería en valoraciones del riesgo o el injusto adicional, sino que, dado el caso, lo que hoy en día recae bajo la hipótesis típica del delito de aborto preterintencional, sería resuelto por medio de la aplicación de las reglas del concurso ideal.

Sobre la exclusión de la gestante como sujeto activo del delito, se puede esbozar que esta causa de exclusión de la punibilidad no afectaría en nada el juicio de subsunción previsto actualmente, *ergo*, con el vigente artículo 118 tampoco es posible imputar la conducta delictiva a esta persona, resultando que la medida cumpliría con los mismos efectos.

Ahora, en cuanto a la pena privativa de la libertad, se debe aceptar que la condena sería menor incluso aplicando las reglas del concurso; a cambio, no obstante, se aumentaría el objeto de protección hacia aquellos casos en los que concurre la sola

culpa y sin la traba que conformaba la comprobación de una conducta inicial de naturaleza dolosa.

En esta línea, personas que anteriormente actuaban con negligencia, impericia o imprudencia podrían ser sancionados penalmente según la infracción cometida, situación que, con el dispositivo tal como se encuentra recogido en el ordenamiento jurídico, acarrearía indudablemente impunidad.

Además de ello, la instauración de este medio también coadyuvaría a la seguridad jurídica, entendiéndose que la multiplicidad de posturas sobre el carácter del delito del artículo 118 del Código Penal deriva de una técnica legislativa defectuosa, que incluso da pase a una interpretación dolosa potencialmente peligrosa para el sistema normativo, toda vez que se asumiría una equivalencia entre el bien jurídico de la vida dependiente y la vida independiente, teniendo que bajar el marco punitivo de varios delitos que protegen al segundo interés o, *a contrario sensu*, subir las penas de las diversas tipologías de aborto, lo que podría transgredir a la proporcionalidad en sentido abstracto.

### **C. Ponderación y fórmula del peso respecto de la legalidad**

Para la aplicación de la fórmula de peso de Alexy (2017), es necesario identificar tres cosas con respecto a los principios en colisión: La intensidad de intervención e importancia concreta,

los pesos en abstracto de los principios y certeza de las premisas.

A efectos prácticos, entonces, y cumpliendo con el principio del análisis de las posibilidades jurídicas, se referirá al principio de legalidad, del cual se ha corroborado su vulneración a causa de la regulación del artículo 118 en el Código Penal, como "Pi". Es así que, individualizada la transgresión, se le debe asignar un valor en conjunto con la serie geométrica  $2^0$ ,  $2^1$  y  $2^2$  según la magnitud de leve "l", medio "m" o grave "g"<sup>113</sup>.

En el caso concreto, importa la transgresión a la *lex scripta* y la *lex certa* como manifestaciones de la legalidad, lo que no quiere decir que al descartarse los demás alcances deba automáticamente catalogarse a la intervención como media o leve; por el contrario, la vigencia del delito cuestionada mostró un grado de incidencia directa sobre el principio, siendo imposible salvar la situación en adopción de algún otro canon interpretativo, lo que se correspondería con una magnitud grave de la lesión a la legalidad. Ante esa situación, y advirtiendo la patología en la preexistencia de ley escrita como en la determinación de la ley, puede concebirse al "IPiC" el valor de "g", lo que en la aplicación práctica se traduciría a 4.

---

<sup>113</sup> Para la aplicación de la ponderación epistémica se usaron otros valores, aún en adopción de una posición triádica, toda vez que aquella valoración permitió un adecuado tratamiento de las máximas abordadas.

Ahora bien, el desarrollo argumentativo de la importancia concreta y/o abstracta<sup>114</sup> de la protección al bien jurídico de la vida dependiente, “Pj”, es una cuestión sobre la que se requiere una profundización mayor, toda vez que no se ha realizado un análisis pormenorizado como ocurrió en los acápites anteriores de este capítulo con el principio de legalidad y el principio de culpabilidad.

Así, la determinación de la importancia de la satisfacción de esta tutela como “principio” contrario no puede sino ser equiparable a una relación causal entre “Pi” y “Pj”; específicamente, se busca determinar si la eliminación de la intervención en la legalidad como Pi, implica cierta magnitud de efectos en la protección del bien jurídico aludido.

Puntualizado lo anterior, se sugiere que la evitabilidad de toda incidencia en “Pi” resulta en el peligro concreto de la eliminación del delito de aborto preterintencional del Código Penal peruano vigente; dada así la situación, no queda más que percibir a la importancia de satisfacción de la protección del bien jurídico de la vida dependiente, por lo menos en los casos en los que el comportamiento recaiga en preterintencionalidad, como una de grado grave, lo que se traduce en una valoración numérica de 4 según la escala elegida.

---

<sup>114</sup> Alexy (2017), indica que la importancia del principio contrario puede ser construida tanto de modo abstracto como concreto (p. 472).



Luego de percibir la equidad surgida de la aplicación del baremo, es necesario ocupar el tema del peso abstracto de los principios en controversia en el ordenamiento jurídico peruano. Así, sobre el principio de legalidad, se enaltece su función limitadora del *ius puniendi*, toda vez que se configura como una de las garantías más importantes del derecho penal en oposición a la arbitrariedad que el funcionario público y el propio Estado pudiese ejercer.

La legalidad es uno de los principios más importantes del sistema penal peruano, ya que incluso la separación de funciones reconocida en la Constitución se logra en ella, otorgando al legislador la carga de construir el dispositivo normativo y al operador jurídico el deber de aplicarlo e interpretarlo. Este principio, a su vez, establece un parámetro en la redacción de los textos legislados, para controlar la excesiva vaguedad y el exacerbado formulismo específico de quien se encargue de la función de legislar.

Con la sociedad, la búsqueda de seguridad jurídica se logra a través de sus alcances, condescendiendo al sujeto que debe orientarse correctamente luego de conocer lo prohibido y permitido en el ordenamiento jurídico. Por ello, su importancia no puede ser de ningún modo menor a la mayor, obteniendo la valoración del peso abstracto de “Pi”, o “GPiA”, como grave o “g”.

Sobre lo referido a la protección del bien jurídico “vida dependiente” en los casos preterintencionales, a *prima facie*, se podría considerar que, como parte del derecho a la vida reconocido en la Constitución Política del Perú y posteriormente desarrollado doctrinalmente como un derecho mediante el que se acceden a los demás derechos, se le debe encomendar un peso abstracto mínimamente grave.

De asumir ese criterio, no obstante, se incurriría en un error. La diferencia entre el bien jurídico vida dependiente y vida independiente ha sido abordada con antelación, resaltando que el razonamiento arrojado por la doctrina, la jurisprudencia y el mismo legislador es el de valorar a la vida dependiente de manera diferente, inclusive otorgándole una protección pormenorizada en comparación con la vida humana autónoma.

La asunción de esta concepción no es debatible pese a las posturas minoritarias que pueden buscar el paralelo punitivo consecuencial de la defensa de ambos intereses, y si bien el derecho a la vida se muestra como uno de los pilares del Estado peruano, la valoración instituida se evalúa como más relevante al momento de determinar el peso abstracto que una parte de la protección a la vida dependiente posee.

Entonces, si se concibe al peso abstracto de la protección a la vida independiente como de mayor magnitud al de la vida

humana dependiente en la preterintencionalidad<sup>115</sup>, y se valora a esta como un  $2^2$  en la escala geométrica, se alcanza que el “GPjA” solo podrá ser interpretado con una menor dimensión, lo que deja a este concepto jurídico con una apreciación de media o leve. Dado que la vida tal como se ha delimitado sigue siendo relevante en su protección, y que el derecho penal se ocupa de tutelar los bienes jurídicos frente a los actos más gravosos, se fija que el peso abstracto no puede ser leve, por lo que su valor es traducido como medio o, numéricamente para la aplicación de la fórmula, como un 2.

El peso del grado de seguridad de los presupuestos empíricos, en el conflicto planteado, no presenta mayor problema; los grados epistémicos se presentan como cierto o seguro, representado por una “s”, plausible o “p” y no evidentemente falso o “e”, cuyo valor varía entre 1 para s,  $\frac{1}{2}$  para p y  $\frac{1}{4}$  para e (Alexy, 2017, pp. 488-489). Es así que, tanto para el principio de legalidad como para la protección del bien jurídico conocido como vida dependiente en los casos preterintencionales, se puede identificar total certeza sobre las premisa fácticas, toda vez que, de mantenerse vigente el artículo 118 ello configurará ineludiblemente una lesión a la legalidad en cualquier caso empírico, mientras que la derogación del referido por sí sola

---

<sup>115</sup> Se especifica que la vida humana dependiente no queda desprotegida en su totalidad con la derogación del artículo 118, sino solo la parte que era objeto de tutela en este.

dejará un vacío normativo para subsumir comportamientos en protección del interés tutelado.

Habiendo argumentado los pesos necesarios para la aplicación de la fórmula de Alexy (1997, 2017), se pueden esquematizar los siguientes valores:

### **Figura 16**

*Aplicación de la fórmula del peso respecto del principio de legalidad*

$$GP_{i,j}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC} = \frac{g \cdot g \cdot s}{g \cdot m \cdot s}$$

*Nota:* Elaboración propia.

Estos valores, a su vez, son resueltos en la siguiente operación:

### **Figura 17**

*Valores numéricos remplazados en la fórmula del peso respecto del principio de legalidad*

$$\frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{4 \cdot 2 \cdot 1} = \frac{16}{8} = 2$$

*Nota:* Elaboración propia

Encontrando que la derivación fue un número positivo superior a lo consignado para el empate, se puede afirmar que “Pi” precede a “Pj” desde la aplicación de la fórmula del peso.

#### **D. Ponderación y fórmula del peso respecto a la culpabilidad**

En razón de la estructura del peso, en primer lugar, la intervención sobre el principio de culpabilidad, “Pm”, se puede identificar como grave; ello debido a que, en el caso en concreto, se plantea que la función dogmática de responsabilidad subjetiva, es transgredida por la instauración de un delito preterintencional y cualificado por el resultado en el ordenamiento jurídico peruano. En otras palabras, la culpabilidad es lesionada por el legislador, quien acoge supuestos de responsabilidad objetiva.

La protección al bien jurídico de la vida dependiente, siguiendo la fórmula, se puede catalogar como de importancia igualmente grave para el ámbito de lo concreto, pues, como se ha mencionado, la única manera en la que el tipo penal deje de afectar a “Pm” es su derogación del Código Penal, concibiendo a la supresión de la estructura compleja, y su remplazo por una que solo contenga culpa o dolo<sup>116</sup>, como el único modo en el que se podría salvaguardar a la culpabilidad.

En cuanto a la valoración de pesos abstractos, “Pm” es uno de los principios más relevantes del derecho penal en la actualidad, siendo relacionado por varios autores como Castillo Alva (2002) con la dignidad del ser humano, que, como se consigna en la

---

<sup>116</sup> Aunque ello no está siendo valorado al momento de argumentar sobre la importancia de “Pj”.

carta magna peruana, resulta ser el fin del Estado. Sin culpabilidad no hay punibilidad, pues el ejercicio del *ius puniendi* se encontraría orientado a la sanción de hechos involuntarios o aún con la falta de un elemento cognoscitivo. Por eso el “GPmA” se condice con el grado más alto de la secuencia geométrica, siendo un 2<sup>2</sup> para efectos prácticos<sup>117</sup>.

La vida dependiente como objeto de tutela en los casos de preterintención y cualificación del resultado, por otra parte, ya ha sido valorada para obtener el “GPjA” en la ponderación del principio de legalidad; debido a que se trata de un peso abstracto no merece un nuevo análisis, y su magnitud, por los mismos argumentos esbozados primariamente, sigue siendo media.

Sobre el factor epistémico, se puede argumentar una vez más que el principio de culpabilidad seguirá siendo transgredido mientras que el legislador peruano acoja en la Parte Especial del Código Penal al delito de aborto preterintencional, afirmación que parte desde la absoluta seguridad y certeza en relación con la contrastación de la hipótesis precedente.

Ello se repite en el caso de la protección a la vida dependiente en el contexto de la preterintencionalidad, ya que, de elegirse el respeto y observancia de “Pm”, el operador indefectiblemente deberá de inaplicar el dispositivo legal; este sería pues un caso

---

<sup>117</sup> Es decir, es valorado como g.

de derrotabilidad del derecho. El legislador, por su parte, también se encuentra en condiciones de derogar el artículo 118 del Código en satisfacción del mandato de optimización, lo que igualmente equivale a un 1 a efectos de aplicar la escala triádica.

Entonces, y tras culminar con la adjudicación de pesos argumentativos, lo que queda es remplazar los valores en la siguiente fórmula:

**Figura 16**

*Aplicación de la fórmula del peso respecto del principio de legalidad*

$$GP_{m,j}C = \frac{IP_mC \cdot GP_mA \cdot SP_mC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC} = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{4 \cdot 2 \cdot 1} = 2$$

*Nota:* Elaboración propia.

El caso, finalmente, se correspondería con uno en el que el cociente superó al valor numérico de 1, por lo que la culpabilidad prevalece frente a la utilización de la medida para satisfacer a “Pj”.

## CAPÍTULO IV: PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Ante la identificación de un problema en la dación o redacción de la ley, existen dos reacciones posibles: La primera, denominada como de *lege lata*, es constituida por las posibles vías de interpretación, mediante las cuales se pretende “superar las carencias técnicas del precepto”; la segunda, a diferencia de la primera, recae en la formulación de propuestas de *lege ferenda* que sustituyan a lo criticado (Sánchez Lázaro, 2005, pp. 80-81).

En la presente tesis, evidenciando que se han superado las posibles interpretaciones del artículo 118 del Código Penal peruano que pudiesen haber defendido el texto positivizado en contraste a los fundamentos jurídicos planteados, se ha optado por la última opción. Por ello, en el capítulo referido a la metodología como objetivo específico del presente trabajo de investigación.

### 4.1. SOBRE LA ESTRUCTURA DE LA PROPUESTA

Desarrollar una propuesta de *lege ferenda* para corregir una cuestión relativa a un texto legal, es una tarea que puede desarrollarse de múltiples modos. Sin embargo, y debido a que el contexto en el que se desarrolla lo sugerido es el del ordenamiento jurídico peruano, cabe limitar las posibilidades a la técnica que el codificador peruano emplea.

Así, para cometer lo esbozado, se ha tenido en cuenta lo expresado en el “Manual de Técnica Legislativa” desarrollado por el Congreso de la República del Perú (2021) y aprobado mediante Acuerdo de Mesa Directiva N.º 106-2020-2021/MESA-CR, sobre la estructura del Proyecto de Ley: Presentación, título, fórmula legal y exposición de motivos (p. 82)



## **4.2. PRESENTACIÓN**

La presentación del Proyecto de Ley dependerá de quien o quienes ejerzan la iniciativa legislativa; por ello se prescindirá de ampliar el desarrollo de este acápite, toda vez que resulta improbable identificar al titular de la acción descrita.

## **4.3. TÍTULO**

En función de lo acordado por el Congreso de la República del Perú (2021), se puede constreñir la naturaleza de la ley como una ley modificatoria, ya que se buscan efectos sobre un texto positivizado y vigente; de igual modo, frente a la tipología desarrollada para esta clase de ley, se puede identificar que la propuesta presenta características de una propuesta de ley modificatoria de nueva redacción o ley nueva (p. 65).

Lo correcto, entonces, será emplear el siguiente título en observancia de los criterios de redacción del documento aludido:

**PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 118 DEL CÓDIGO  
PENAL APROBADO POR DECRETO LEGISLATIVO N.º 635, E  
INCORPORA EL DELITO DE ABORTO CULPOSO SIN PUNICIÓN  
PARA LA GESTANTE**

## **4.4. FÓRMULA LEGAL**

Obviando los requisitos puramente formales que el Proyecto de Ley debe de cumplir en este apartado, tal como lo es la firma del legislador, se

propone emplear la siguiente fórmula para modificar el artículo 118 del Código Penal.

**Artículo 118.- Aborto culposo**

El que **culposamente causa** un aborto, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de **un año. El aborto culposo ocasionado por la propia persona gestante no será punible.**

#### **4.5. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

##### **4.5.1. Fundamentos de la propuesta**

###### **A. Identificación del problema**

El problema que se pretende solucionar con la presente propuesta se compone, por una parte, de la vulneración de la norma constitucional devenida de la vigencia del artículo 118 del Código Penal de 1991, Decreto Legislativo N.º 635 y, en otro sentido, de la necesidad por perfeccionar la protección de la vida humana dependiente en el ordenamiento jurídico peruano.

Análisis del estado actual de la situación fáctica o jurídica que se pretende modificar y el nuevo estado que generaría la propuesta

El delito de aborto preterintencional contenido en el artículo 118 de la Parte Especial del Código Penal peruano, posee una estructura típica subjetiva compleja, distinta a la culpa o al dolo; ello, ocasiona que el medio legislado no sea acorde a los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad.

En relación a la legalidad, la Parte General del Código Penal de 1991 impone, de modo taxativo, que la responsabilidad penal del individuo solo podrá fundamentarse en el dolo y, excepcionalmente en los casos en donde sea consignado expresamente, en la culpa. El delito de aborto del artículo 118, sin embargo, se trata de un modelo preterintencional, con una estructura típica subjetiva compuesta que no se alinea con lo dispuesto en la norma.

Aún más, debido a que la represión con pena privativa ha sido agravada por el resultado culposo, lo que se condice con un delito cualificado por el resultado, resulta afectando a la proscripción de la pura responsabilidad penal objetiva como parte de la función dogmática del principio de culpabilidad.

Así, resulta contraproducente regular delitos cuya punición se sostenga tanto en la causación de un riesgo como en la lesión, lo que inclusive puede confundirse aún más si se tiene en cuenta que la culpa funge como el factor que eleva el marco penal pese a ser considerada como un atenuante en el derecho.

Sobre la proporcionalidad, se sintetiza la discusión a la existencia de otro medio legislativo igualmente idóneo para proteger el bien jurídico. De esta manera, se abre la posibilidad de regular un delito de aborto culposo que no pueda ser objeto de cuestionamientos similares y que, incluso, a través del

concurso ideal pueda tutelar los supuestos hipotéticos típicos del vigente delito de aborto del artículo 118.

Se plantea, entonces, que la incorporación de la modalidad culposa de aborto no solo es idónea para proteger a la vida humana dependiente, sino que amplía el campo de protección al incluir comportamientos puramente culposos sin que exista necesidad alguna de corroborar una previa violencia, y, también, se corresponde con la garantía de la *lex certa* en cuanto resuelve los intersticios del lenguaje que habrían ocasionado la convivencia de varios puntos de vista doctrinales sobre la naturaleza del delito.

Finalmente, en lo relativo a la excusa absolutoria que favorecería a la gestante, se puede entender a los motivos del trato diferencial por una protección de la persona gestante en especial estado de vulnerabilidad; lógicamente, no se podrá exigir en estos casos que mujeres con condiciones difíciles de carencia económica o social respondan por un descuido ocasionado por situaciones de desigualdad. De la misma manera, tampoco se puede esperar que una gestante que hubiese abortado por culpa, inclusive en forma de impericia en los supuestos de madres primerizas, sea objeto de una sanción penal además del sufrimiento que le ha causado la pérdida.

## **B. Análisis del marco positivo**

En cuanto a los textos legales sobre los que se cimenta la iniciativa legislativa, estos pueden ser divididos según su procedencia interna o externa. En aquel sentido, el proceso que se alcanzará a continuación está compuesto por la identificación del precepto legal y una breve explicación de su vinculación con la propuesta.

### **a. Legislación nacional**

Sobre lo correspondiente al plano interno, lo planteado guarda concordancia con el artículo 1 de la Constitución Política del Perú de 1993, ya que la dignidad humana es uno de los fundamentos de los principios de proporcionalidad y culpabilidad aplicables en el derecho penal. Asimismo, se relaciona con el artículo 2, inciso 1 del mismo instrumento, del que discurre la protección de la vida humana; el artículo 4, que inspira las políticas de protección de la madre; y los artículos 2<sup>118</sup>, 103 y 139 sobre el principio de legalidad.

En cuanto al rango legal, el Código Penal de 1991 contiene los siguientes artículos sobre los que se sostiene la propuesta: Artículo II del Título Preliminar, que contiene al principio de legalidad; artículo 12 de la Parte General, que prescribe la responsabilidad penal únicamente por dolo o

---

<sup>118</sup> Inciso 24.

culpa; y, artículo 116 de la Parte Especial, en tanto el aborto preterintencional y el aborto culposo sugerido se presentarían como modalidades del aborto no consentido.

#### **b. Legislación comparada**

En la legislación comparada, se tiene que el Código Penal de Bolivia de 1997 en su artículo 268, el Código Penal de la República de El Salvador de 1997 en su artículo 137, el Código Penal de Guatemala de 1973 en su artículo 139, y el Código Penal vigente de Costa Rica en su artículo 122, contemplan al delito de aborto culposo.

No obstante, lo más cercano a la fórmula planteada se fija en el caso de El Salvador, aunque diferenciándose en el *quantum* de la consecuencia jurídica y en la exclusión de la tentativa de la gestante, que no ha sido incluida en la presente propuesta.

#### **C. Efecto de la vigencia del artículo propuesto en la legislación nacional**

De ser acogida en el ordenamiento jurídico peruano, la propuesta legislativa tendrá efectos jurídicos sistemáticos y sobre la protección del bien jurídico. En cuanto a los primeros, dado que la fórmula legal del aborto culposo no colisionaría con ningún derecho o principio constitucional como sí ocurre con respecto al texto del aborto preterintencional, se respetaría la

subordinación de la ley a la norma fundamental; asimismo, lo regulado en el propio Código Penal de 1991 guardaría coherencia jurídica en lo referido al artículo II del Título Preliminar y el artículo 12 de la Parte General.

Sobre los demás efectos, la modificación ampliará los supuestos de tutela penal de la vida humana dependiente, comprendiéndose que, al eliminar el elemento doloso de la estructura subjetiva del delito, no será necesario constatar la violencia ejercida por el sujeto activo. Lo anterior también devendría en la inclusión de hipótesis típicas punibles puramente culposas sobre el aborto causado por un tercero o el médico tratante.

### **Tabla 3**

*Tabla comparativa de las fórmulas legales*

<b>Texto vigente</b>	<b>Texto de la propuesta</b>
<p>Artículo 118.- Aborto preterintencional</p> <p>El que, con violencia, ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas.</p>	<p>Artículo 118.- Aborto culposo</p> <p>El que culposamente causa un aborto, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año. El aborto culposo ocasionado por la propia persona gestante no será punible.</p>

*Nota:* Elaboración propia.

**D. Análisis costo beneficio**

Sobre los costos de la implementación de la propuesta en el ordenamiento jurídico, se puede fijar que el acervo pecuniario estatal no sería sustancialmente mermado con la modificación por la mera modificación del artículo 118; ciertamente existen costos procesales para la inclusión de nuevos supuestos punibles, empero ellos se encuentran justificados de manera plena en la protección de la vida humana dependiente como bien jurídico extraído de la norma constitucional. Sobre lo demás, los gastos estatales relativos a la estructura dolosa-culposa del aborto, ahora tratada como un caso de concurso ideal, se mantendrían similares para el presupuesto público.



## CONCLUSIONES

1. El delito de aborto contenido en el artículo 118 del Código Penal peruano es uno de naturaleza preterintencional y cualificado por el resultado; la vulneración al principio de legalidad, en ese sentido, recae en que ambas estructuras complejas no están previstas en la Parte General del Código Penal peruano. Aún más, el artículo 12 del instrumento establece una limitante para los delitos culposos, que no pueden ser imputados como tal si es que no se manifiesta así expresamente en el tipo penal, lo que colisiona con el esquema dolo-culpa encontrado.
2. La responsabilidad puramente objetiva se encuentra proscrita en el ordenamiento jurídico peruano; por ello es crucial eliminar rezagos que afecten al principio de culpabilidad como límite del *ius puniendi*, tal como es el caso de la cualificación por el resultado que converge con la preterintencionalidad, y cuyo marco punitivo elevado puede recaer en una doble valoración de un elemento subjetivo, la concurrencia del riesgo y el dolo como criterio determinante, o la simple gravedad del resultado culposo conseguido, siendo que en todos los casos se advierte una confrontación con la función dogmática del principio.
3. El test de proporcionalidad ha fungido como un instrumento de interpretación que llevó a colegir que, si bien, el medio se muestra como idóneo para satisfacer el fin y el fin goza de licitud, existen otros medios idóneos para salvaguardar el bien jurídico de la vida dependiente que son mucho menos lesivos. De allí que se justifique la derogación del artículo 118 del Código Penal peruano.

## RECOMENDACIONES

Como única recomendación, se sugiere al legislador que adopte lo desarrollado en la propuesta de *lege ferenda* de este trabajo de investigación, a fines de orientar su iniciativa.

## LISTA DE REFERENCIAS

### 1. LIBROS

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del derecho*. Marcial Pons.

Alexy, R. (2017). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tercera edición. Primera reimpresión*. Palestra Editores.

Bacigalupo, E. (1978). *Lineamientos de la teoría del delito*. ASTREA.

Bacigalupo, E. (2004). *Manual de derecho penal Parte General*. Temis.

Bajo Fernández, M. (1986). *Manual de derecho penal. Parte Especial. Delitos contra las personas*. Ceura.

Bobbio, N. (1992). *Teoría general del derecho*. TEMIS.

Bunge, M. (1982). *Epistemología. Curso de actualización. Ciencia de la ciencia*. ARIEL.

Bustos Ramírez, J. (1991). *Manual de derecho penal. Parte Especial*. Ariel.

Calderón Martínez, A. T. (2017). *Teoría del delito y juicio oral*. Universidad Autónoma de México.

Castillo Alva, J. L. (2000). *Homicidio. Comentario de las figuras fundamentales*. Gaceta Jurídica.

- Castillo Alva, J. L. (2002). *Principios de derecho penal. Parte general*. Gaceta Jurídica.
- Castillo Alva, J. L. (2008). *Derecho penal. Parte Especial I*. Grijley.
- Chanamé Orbe, R. (2015). *La Constitución comentada. Volumen 1*. Editora y Distribuidora Legales.
- Chanamé Orbe, R. (2015). *La Constitución comentada. Volumen 2*. Editora y Distribuidora Legales.
- Congreso de la República (2021). Manual de técnica legislativa. Congreso de la República del Perú. <https://cutt.ly/91WLw4Q>.
- Creus, C. (1996). *Derecho penal. Parte especial*. ASTREA.
- Donna, E. A. (1995). *Teoría del delito y de la pena. Tomo II*. ASTREA.
- Gálvez Villegas, T. A. & Rojas León, R. C. (2017). *Derecho penal. Parte Especial. Tomo I. (Introducción a la Parte General)*. Jurista Editores.
- Gracia Martín, L. (1992). *Delitos contra los derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch.
- Guastini, R. (2008). *Estudios sobre la Interpretación Jurídica. 8ª edición*. Porrúa.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios de Políticas Constitucionales.
- Guerrero Agripino, L. F. (2004). *Fundamentos de la dogmática jurídico penal. Primera Edición*. Librería Yussim.

Hegel, G. F. (1968). *Filosofía del derecho*. 5ª edición. EDITORIAL CLARIDAD, S.A.

Hurtado Pozo, J. (1982). *Manual de derecho penal. Parte Especial I*. EDDILI.

Hurtado Pozo, J. (1987). *Manual de derecho penal*. Lima, Perú: EDDILI.

Jescheck, H. (1993). *Tratado de derecho penal. Parte General*. Comares.

Martos Núñez, J. A. (2012). *Los delitos cualificados por el resultado en el derecho penal español*. Bosch Editor.

Mir Puig, S. (2003). *Derecho penal. Parte general*. REPERTOR.

Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal. Concepto y método*. Euros Editores S.R.L.

Mir Puig, S. (2016). *Derecho penal. Parte General*. Reppertor.

Muñoz Conde, F. & García Arán, M. (2000). *Derecho penal. Parte General*. 4ª edición. Tirant Lo Blanch.

Núñez, R. (1989). *Tratado de derecho penal*. Marcos Lerner.

Peña Gonzales, O. & Almanza Altamirano, F. (2010). *Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación en la teoría del caso*. APECC.

Plascencia Villanueva, R. (2004). *Teoría del delito*. Universidad Autónoma de México.

Prado Saldarriaga, V. R. (2017). *Derecho penal. Parte Especial: los delitos*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Romeo Casabona, C. M. (1994). *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

Roxin, C. (1979). *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. Ediciones Delpalma.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte General*. Civitas.

Soler, S. (1976). *Derecho penal argentino. Tomo III. 3ª edición. 7ª reimpresión*. Argentina: TEA.

Suárez-Mira Rodríguez, C.; Judel Prieto, A. & Piñol Rodríguez, J. (2017). *Manual de derecho penal. Tomo I. Parte General. Séptima Edición*. Thomson Reuters.

Villa Stein, J. (2014). *Derecho penal. Parte general*. Ara Editores.

Villavicencio Terreros, F. (2006). *Derecho penal. Parte General*. Grijley.

Zaffaroni, E. R.; Slokar, A. & Alagia, A. (2007). *Manual de derecho penal. 2ª edición. 1ª reimpresión*. Ediar.

## **2. CAPÍTULOS DE LIBROS**

Aguiló Regla, J. (2018). Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. En I. Lifante Vidal (Ed.). *Interpretación Jurídica y Teoría del Derecho* (pp. 13-35). Lima, Perú: Palestra Editores.

Jakobs, G. (2005). Actuar y omitir. En Yacobucci, G. (Dir.), *Los desafíos del derecho penal en el Siglo XXI. Libro Homenaje al profesor doctor Günther Jakobs*. Ara Editores.

Martínez Zorrilla, D. (2014). El principio de proporcionalidad como criterio de resolución de conflictos constitucionales. En García G., M. & Moreno C., R. (Coord.), *Argumentación jurídica. Fisonomía desde una óptica forense* (pp. 3-29). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://cutt.ly/Y1WK6gK>.

Villabella Armengol, C. M. (2020). Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. En Cáceres Nieto, E. (Ed.), *Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico* (pp. 161-177). Universidad Nacional Autónoma de México.

### 3. ARTÍCULOS DE REVISTAS

Alexy, R. (2010). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. En Carbonell Sánchez, M. & García Jaramillo, L. (Eds.), *El canon neoconstitucional* (pp. 106-116). Universidad del Externado de Colombia.

Alvarado Lozano M. A. (2009). Imputabilidad y responsabilidad penal. *Jurídicas*, 6(2), pp. 117-122. <https://cutt.ly/W1WKH8O>.

Ambos, Kai. (2006). Preterintencionalidad y cualificación por el resultado. *InDret: Revista para el análisis del derecho*, 3, pp. 1-38. <https://cutt.ly/XG3AEm7>.

- Boldova Pasamar, M. A. (1994). La imputación subjetiva de resultado “más graves” en el Código Penal español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2, pp. 50-80. <https://cutt.ly/w1WKVYq>.
- Cardenal Murillo, A. (1989). Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, pp. 593-620. <https://cutt.ly/o1WK3yb>.
- Cardenal Murillo, A. C. (1989). Naturaleza y límites de los delitos cualificados por el resultado. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 42(2), pp. 593-620.
- Covarrubias Cuevas, I. (2014). ¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad? (128 sentencias del Tribunal Constitucional en la perspectiva de la jurisprudencia constitucional alemana, de la Cámara de los Loes y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*, 12(1), pp. 163-237. ISSN: 0718-0195. <https://cutt.ly/51WK4MW>.
- Dávila Newman, G. (2006). El razonamiento inductivo y deductivo dentro del proceso investigativo en ciencias experimentales y sociales. *Laurus*, 12(Ext), pp. 180-205. ISSN: 1315-883X. <https://cutt.ly/rG3AOqX>.
- García Ramírez, S. & Morales Sánchez, J. (2011). Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuestiones*



*Constitucionales*, (24), pp. 195-246. ISSN: 1405-9193.  
<https://cutt.ly/hG3AC5E>.

González Solano, G. (2017). Aborto culposo de la propia madre. Análisis lógico y jurídico. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 143, pp. 13-34.  
<https://cutt.ly/pG3ANRp>.

Guastini, R. (1999). Antinomias y lagunas. *Jurídica: anuario del departamento de derecho de la universidad iberoamericana*, 29, pp. 437-450.

Himma, K. E. (2014). Positivism jurídico incluyente. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, (8), pp. 353-430.  
<https://cutt.ly/NG3A2Ri>.

Jescheck, H. (1995). El principio de culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad en el derecho alemán y español. *Eguzkilore*, (9), pp. 25-38. <https://cutt.ly/d1WKXrl>.

Lifante Vidal, I. (2008). La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista. *Anuario de filosofía del derecho*, 25, pp. ISSN: 0518-0872. <https://cutt.ly/qG3StCd>.

Lledó, R. (2016). El principio de legalidad en el derecho penal internacional. EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad, (11), pp. 246-263.  
<https://cutt.ly/C1WKMjk>.

Maldonado Fuentes, F. (2015). Delito continuado y concurso de delitos. *Revista de derecho (Valdivia)*, 28(2), pp. 193-226.

- Maldonado Fuentes, F. (2021). Unidad de hecho en el concurso ideal. *Ius et Praxis*, 27(3), pp. 135-157. <https://doi.org/hs9h>.
- Molina Ochoa, A. (2011). el papel de la coacción en la teoría de las reglas de Hart. *Ius et Praxis*, 17(2), pp. 305-330. <https://doi.org/hs9k>.
- Pacheco Zerga, L. (2003). La protección de la mujer trabajadora en el ordenamiento peruano. *Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces*, (120), pp. 13-26.
- Ramírez, J. (2004). La regla de reconocimiento: Una somera visión de las tesis de Hart y Lipkin. *Lecciones y ensayos / Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho*, 79, pp. 163-185.
- Guibourg, R. (2019). Función y límites de la argumentación jurídica. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*, (19), pp. 17-30. <https://doi.org/10.22235/rd.v0i19.1730>.
- Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2016). Alcance y límites del principio de proporcionalidad. *Revista chilena de derecho*, 43(1), pp. 283-309. <https://doi.org/hs9p>.
- Rodríguez Jiménez, A. & Pérez Jacinto, A. O. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. *Revista EAN*, (82), pp. 179-200. <https://doi.org/gfvbd3>.
- Ruedas Marrero, M.; Ríos Cabrera, M. M.; & Nieves, F. (2009). Hermenéutica: La roca que rompe el espejo. *Investigación y Postgrado*, 24(2), pp. 181-201. <https://cutt.ly/VG3G0xS>.

San Martín Castro, C. E. (1985). Las condiciones objetivas de punibilidad y su tratamiento procesal en el Perú. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, (39), pp. 355-368. <https://cutt.ly/d1WK0VN>.

Sánchez Flores, F. A. (2019). Fundamentos epistémicos de la investigación cualitativa y cuantitativa: consensos y disensos. *Revista Digital de Investigación en Docencia Universitaria*, 13(1), pp. 102-122. <https://doi.org/gvww>.

Sánchez Lázaro, F. G. (2005). ¿Cómo se elabora una propuesta de ley ferenda?. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (16), pp. 79-137. <https://cutt.ly/e1WltvE>.

Tantaleán Odar, M. (2015). El alcance de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, 12(41), pp. 1-22. ISSN: 2224-4131. <https://cutt.ly/zG3G484>.

Villavicencio Terreros, F. (2012). Protección del derecho a la vida. *VOX IURIS*, 24(2), pp. 67-79.

Warat, L. A. (1981). Sobre la dogmática jurídica. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, 2(2), pp. 33-55. ISSN: 2177-7055. <https://cutt.ly/UG3G5TU>.

#### 4. TESIS

Diestra Sagón, D. J. (2019). *La igualdad de trato del bien jurídica vida humana como sustento para regularse el delito de aborto culposo en el Perú* [Tesis de pregrado, Universidad César Vallejo]. Universidad

César Vallejo Repositorio Digital Institucional.  
<https://cutt.ly/HG3AS1H>.

García Ishuiza, M. F. & Vargas Chávez, B. A. (2017). La tipificación del delito de aborto culposo en el código penal peruano [Tesis de pregrado, Universidad Nacional de Trujillo] Repositorio institucional – UNITRU. <https://cutt.ly/UG3AJYW>.

Polar Cadillo, J. L. (2019). Los efectos preterintencionales y cualificados por el resultado, y el concurso ideal de delitos [Tesis de maestría, Universidad San Martín de Porres]. Repositorio Académico USMP. <https://cutt.ly/J1WKpUj>.

Polar Cadillo, J. L. (2019). *Los efectos preterintencionales y cualificados por el resultado, y el concurso ideal de delitos* [Tesis de maestría, Universidad de San Martín de Porres]. Repositorio Académico USMP. <https://cutt.ly/EG3GPvD>.

Retamozo Eguía, R. L. (2015). El aborto culposo y las razones que justifican su incorporación en el ordenamiento jurídico peruano, a fin de evitar la impunidad en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Repositorio de Tesis-UNMSM. <https://cutt.ly/RG3GDi4>.

## 5. ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN

Constitución Política del Perú (1993), art. 1.

Constitución Política del Perú (1993), art. 103.

Constitución Política del Perú (1993), art. 139, inciso 9.

Constitución Política del Perú (1993), art. 2, inciso 1.

Constitución Política del Perú (1993), art. 2, inciso 24.

Constitución Política del Perú (1993), art. 4.

## **6. LEYES Y DECRETOS NACIONALES**

Congreso de la República del Perú (1863, 01 de marzo). Código Penal.

Diario Oficial El Peruano.

Congreso de la República del Perú (1924, 28 de julio). Código Penal. Diario

Oficial El Peruano.

Congreso de la República del Perú (1991, 08 de agosto). Decreto

Legislativo N.º 635. Código Penal. Diario Oficial El Peruano.

## **7. LEYES Y DECRETOS EXTRANJEROS**

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (1970, 04 de marzo).

Ley N.º 4573. Código Penal. Diario Oficial La Gaceta.

Asamblea Legislativa de la República de El Salvador (1997, 26 de abril).

Decreto N.º 1030. Código Penal de la República de El Salvador.

Diario Oficial.

El Congreso de la República de Guatemala (1973, 05 de julio). Decreto N.º

17-73. Código Penal. Diario de Centro América.

Honorable Congreso Nacional de Bolivia (1997, 10 de marzo). Ley N.º 1768. Ley de modificaciones al Código Penal. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia. <https://cutt.ly/j1WKDT5>.

Vittorio Emanuele III (1930, 19 de octubre). Regio Decreto n. 1398. Approvazione del testo definitivo del Codice Penale. Gazzetta Ufficiale.

## 8. SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

Acuerdo Plenario N.º 04-2009/CJ-116 (2009, 13 de noviembre). Corte Suprema de Justicia de la República. (Gonzales Campos, M.P.). <https://cutt.ly/31WKOpT>.

Casación N.º 456-2012, Del Santa (2014, 13 de mayo). Corte Suprema de Justicia. (Pariona Pastrana, M.P.).

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) (2019, 14 de octubre). Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Mac-gregor Poisot, M.P.).

Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional N.º 12-2006-PI/TC (2006, 15 de diciembre). Tribunal Constitucional. (Landa Arroyo, M.P.). <https://cutt.ly/Q1WKZtP>.

Sentencia N.º 010-2002-AI/TC (2003, 03 de enero). Tribunal Constitucional. (Alva Orlandini, M. P.). <https://cutt.ly/m1WKcJM>.

Sentencia N.º 01209-2006-PA/TC (2006, 23 de octubre). Tribunal Constitucional (Gonzales Ojeda, M. P.). <https://cutt.ly/r1WKkkR>.

Sentencia N.º 01873-2009-PA/TC (2010, 03 de septiembre). Tribunal Constitucional. (Mesía Ramírez, M.P.).

Sentencia N.º 08957-2006-PA/TC (2007, 27 de junio). Tribunal Constitucional (Alva Orlandini, M. P.). <https://cutt.ly/D1WKfaY>.

Sentencia N.º 579-2008-PA/TC (2008, 05 de junio). Tribunal Constitucional. (Mesía Ramírez, M.P.). <https://cutt.ly/41WKmgO>.

Sentencia N.º 7339-2006-PA/TC (2007, 25 de junio). Tribunal Constitucional (Gonzales Ojeda, M. P.). <https://cutt.ly/v1WKthk>.