

EL FUNCIONALISMO EN EL DERECHO PENAL PERUANO. APRECIACIONES, TEORÍAS Y PRÁCTICA

JAVIER VILLA STEIN*

Resumen

En los últimos años, el funcionalismo sistémico o normativo se ha asentado y desplegado en la doctrina y jurisprudencia del derecho penal peruano, instaurando con claridad, precisión y coherencia, soluciones a problemas concretos que anteriormente quedaban rezagados a las respuestas dadas por las doctrinas naturalistas, ontologistas y finalistas. Así, acogiendo una visión avanzada del funcionalismo, nos ocupamos de explicitar su evolución anterior y la postura asumida por el maestro de la Universidad de Bonn, Günther Jakobs, autor que plantea la relación funcional entre la sociedad y la dogmática jurídica penal, la cual debe ser refundamentada en su planteamiento central, de cara a salvaguardar el sistema social y estatal mediante la estabilidad de la norma penal, en procura de garantizar las mínimas expectativas del ciudadano en el adecuado funcionamiento de la vida social.

Palabras clave: Funcionalismo avanzado - Finalismo - Fin del derecho penal - Misión de la pena - Derecho Penal del Enemigo - Imputación Objetiva - Infracción de Deber - Autoría mediata - Política Criminal.

Abstract

In the recent years, systemic or normative functionalism has been set up and spread out in the Peruvian Criminal Law scholar doctrine and case law, in a clear, precise and coherent manner providing solutions to concrete problems which were previously left behind to be answered by the naturalist, ontologist and teleologist scholar doctrines. Thus, by having an advanced functionalism approach, we explain the previous evolution and stand assumed by the great master of Bonn, Günther Jakobs, who sets out the functional relation between society and the criminal-juridical dogmatics, which must be re-based with a view to safeguard the social and state system through the maintenance of the criminal law stability to guarantee the citizen's minimum expectations regarding proper functioning of social life.

Key words: Advanced functionalism - Teleologism - End of criminal law - Mission of punishment - Criminal law of the enemy - Objective imputation - Duty infringement - Perpetration by means - Criminal policy.

Sumario

1. La evolución de un derecho penal funcional. 2. Los dos frentes de un derecho penal funcional. 2.1. El funcionalismo post finalista político criminal. 2.2. El funcionalismo post moderno o avanzado. 3. El funcionalismo

* Presidente del Poder Judicial y Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú.
Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

avanzado, aplicación práctica en el derecho penal peruano. 3.1. El derecho penal del enemigo. 3.2. El autor, coautor, el autor mediato en aparatos de poder organizados y el instigador. a) La autoría directa disfrazada. b) Autor mediato o instigador. 3.3. Los delitos de infracción de deber y el caso de los delitos de dominio. a) La tesis de la ruptura del título de la imputación frente a la unidad del título de la imputación. b) El deber especial positivo frente al deber general negativo, fundamento en los delitos de infracción de deber. 3.4. La moderna teoría de la imputación objetiva. a) El riesgo permitido y las conductas neutrales. b) El principio de confianza. c) La prohibición de regreso. d) La competencia de la víctima. 3.5. La moderna política criminal. 4. Conclusiones.

1. LA EVOLUCIÓN DE UN DERECHO PENAL FUNCIONAL

El funcionalismo como aparato epistémico informa de las relaciones internas entre los elementos del sistema funcionalmente diferenciado de cara a propósitos. En el ámbito penal, el funcionalismo o teleologismo se orienta por los aspectos político criminales que demanda la sociedad como agregado humano plural, en movimiento, en devenir, en permanente proceso de diferenciación, rico en sub sistemas.

La orientación pre-funcional en el ámbito penal comprende el iluminismo (Beccaria, Bentham, Filangieri, Romagnosi), el racionalismo intuitivista (Carrara, Hegel, Kant, Binding); el positivismo etiologicista (Carnevale, Lombroso, Garófalo, Rocco y Alimena); el causalismo (V. Liszt, Beling, Radbruch) el neo-causalismo o causalismo valorativo (Mezger); el irracionalismo nazi (Schaffstein y Dahn) y el finalismo (Hans Welzel, A. Kaufman, Maurach, Hirsch, Cerezo Mir). Todas estas direcciones compartieron un ontologismo radical, un enfoque metafísico que "al excluir de antemano toda constatación empírica, mantenía la incolumidad del mecanismo punitivo, aislándolo del devenir social"¹.

Como quiera que el derecho penal o la dogmática jurídico penal para ser más preciso, entendida como disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración de las disposiciones legales², se organiza como un sistema, y por sistema se entiende lo que Kant formula, es decir, una pluralidad de conocimientos bajo una idea que le dé dirección y consistencia interna³, entonces, cada uno de los elementos constitutivos del delito deben ser vistos en esa o con esa cobertura.

En virtud de ello, Roxin realiza el planteamiento crítico del funcionalismo en los siguientes términos: "la formación del sistema jurídico penal no puede

vincularse a realidades ontológicas previas (acción causalidad, estructura lógico real) sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del derecho penal”⁴.

Como es de verse, se sustituye la vaga orientación neokantiana a los valores culturales, por un criterio de sistematización específicamente jurídico penal: las bases político criminales de la moderna teoría de los fines de la pena⁵.

Las consecuencias del modelo se dejan ver de inmediato en el campo del *tipo*, específicamente en la teoría de la imputación del tipo objetivo. Así, mientras en las teorías precedentes se tiene un tipo cargado de elementos objetivos conductuales (teoría clásica); o un tipo objetivo entintado de elementos subjetivos (teoría neoclásica); o un tipo objetivo independiente del subjetivo representativo del dolo (teoría final de acción); recién ahora, con el funcionalismo, el tipo es visto o tiene que ser visto de cara a la finalidad político criminal.

Con el funcionalismo se acaba la burbuja en la que se aislaba el derecho penal y socorre recién ahora a la sociedad, se le vincula, le es funcional.

La solución de continuidad lo dio el Proyecto Alternativo al Código Penal Alemán en la parte General (*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*) de 1966, el mismo que se alza junto al denominado Proyecto Oficial Alemán de 1962 y tiene entre sus autores a 14 destacados profesores alemanes y suizos: Jürgen Baumann, Anne Eva Brauneck, Ernst Walter Hanack, Arthur Kaufman, Ulrich Klug, Ernst Joachim Lampe, Theodor Lenckner, Werner Maihofer, Peter Noll, Claus Roxin, Rudolf Schmitt, Hans Schultz, Günter Stratenwerth y Walter Stree. En el preámbulo de este proyecto quedó plasmado la siguiente sentencia: “una amarga necesidad en la comunidad de seres imperfectos que son los hombres” hace que el derecho penal “resulte inminente a la sociedad y no trascendente a la misma”⁶, de modo que la aplicación del derecho penal objetivo, por aproximar esquemas explicativos distintos del racional intuitivo precedente, se torna más confiable por su consistencia interna y mayor coherencia con el entorno.

2. LOS DOS AFRONTES DE UN DERECHO PENAL FUNCIONAL

El funcionalismo modernamente se divide en dos grandes afrontes: el funcionalismo post finalista político criminal y el funcionalismo avanzado o post moderno.

2.1. El funcionalismo post finalista político criminal

El funcionalismo post finalista representado principalmente entre otros importantes juristas alemanes⁷, por Claus Roxin, busca como primer punto adecuar la dogmática en general y los fines del derecho penal y de la pena a las necesidades sociales de su empleo, procurando con criterio dogmático cerrar la brecha entre el derecho penal y la política criminal, subordinando la construcción dogmática a la política criminal⁸, a partir de lo cual, cada categoría del delito – tipicidad, antijuricidad, culpabilidad – debe tratarse de cara a los fines político criminales del derecho, de modo que la tipicidad *v.g.* deberá orientarse hacia la solución de conflictos sociales y garantistas, y la culpabilidad, por su parte, deberá orientarse según criterio de necesidad y propósitos de la pena⁹.

Respecto del tipo penal, cabe agregar que no se trata de un modelo implacable como en el caso de los sistemas no funcionales, sino que en esta ocasión se imputará el contenido de un tipo penal al ciudadano sólo a partir de la constatación de que el actor ha realizado un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma¹⁰.

Dicho en términos de Jescheck “la base de la teoría de la imputación objetiva es la idea que, extraída de la esencia de la norma jurídica penal sirve también de soporte a la teoría de la adecuación, solo puede ser objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana cuando la misma ha creado, para su objeto protegido, una situación de peligro jurídicamente prohibida y el peligro se ha materializado en el resultado típico”¹¹.

Asimismo, en lo que a culpabilidad concierne, esta se amplía con el criterio de “responsabilidad”, por aquello de las necesidades preventivas (especial o general) de la pena, “de tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y solo conjuntamente dan lugar a responsabilidad personal que desencadena la imposición de la pena”¹².

Para Roxin, el fin del derecho penal es la tutela de los bienes jurídicos¹³, entendidos estos bienes como “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de la concepción de los fines y para el funcionamiento del propio sistema”¹⁴.

Particularmente importante es el aporte de Roxin en el tema de la “autoría y dominio del hecho”. En el año sesenta y tres publica su “*Täterschaft und*

Tatherrschaft”, obra que alcanza siete ediciones, traducida al español merced al profesor de Extremadura doctor Joaquín Cuello Contreras en colaboración con el doctor Serrano Gonzáles de Murillo¹⁵.

El profesor Roxin acoge el tema del dominio del hecho y lo desarrolla a partir de sus elementos constitutivos: dominio de la acción (para delito de mano propia), dominio de la voluntad y del conocimiento (para la autoría mediata), y dominio funcional (para la coautoría)¹⁶.

En el destacado profesor de la Universidad de Múnich, sin embargo, se advierte, su débil aproximación a las ciencias sociales modernas — pues se frena en la psicología profunda de los años veinte¹⁷ —, su gesto privilegiador de la culpabilidad como límite del poder punitivo del Estado por sobre criterios de prevención especial y general, y su crítica a la pena privativa de libertad de corta duración¹⁸ por falta de referentes empíricos externos, no termina de convencer; no obstante, es innegable su gigantesco aporte a las ciencias penales y su influencia notable en la doctrina alemana y particularmente la española con la que tanto se vincula la doctrina peruana.

Comparten con Roxin el movimiento funcionalista político criminal, entre otros, W. Hassemer de la escuela de Frankfurt, Amelung, Naucke, Albrecht y Hans-Heinrich Jescheck de la Universidad de Friburgo de Suiza.

Al profesor de Frankfurt le preocupa el desdén que tiene el derecho penal por la realidad a la que se orienta. En tal sentido refiere: “No parece evidente ni plausible a primera vista que el derecho penal, tan cuidadosamente elaborado y construido, conozca tan poco el objeto del que se ocupa, y posea tantos conocimientos sobre sus instrumentos de aplicación y sin embargo apenas alguno sobre el objeto al que tales instrumentos se aplican”¹⁹.

Más recientemente, Hassemer aboga por un derecho penal de corte empírico orientado a las consecuencias y preventivista²⁰. Amelung, a su turno, plantea la importancia preventiva del derecho penal en la protección de la sociedad²¹. Naucke, profesor de la escuela de Frankfurt, advierte, sin embargo, que los fines de la prevención no deben sacrificar el garantismo²², y en el mismo sentido se pronuncia Albrecht cuando plantea alejar el derecho penal de sus pretensiones preventivas²³.

Es evidente pues que para la escuela de Frankfurt, o un sector de ella, lo fundamental es el derecho antes que lo preventivo, alimentando con ello un dilettantismo jurídico de nuevo cuño.

Stratenwerth, en cambio, no acepta la implícita renuncia a la pena, precisamente cuando ello se hace más necesario a los intereses vitales de la sociedad²⁴.

El profesor Hans-Heinrich Jescheck, destaca por proponer un sistema humanitario de sanciones que ha de verse en su función social y configurarse desde los conocimientos de la criminología empírica²⁵.

En España se adhieren al funcionalismo post finalista político criminal: Marino Barbero Santos; Enrique Gimbernat Ordeig, discípulo de Henkel y profesor de la Universidad Complutense de Madrid; Muñoz Conde, profesor de la Universidad de Sevilla; Santiago Mir Puig, profesor de la Universidad de Barcelona; Susana Huerta Tocildo, Luzón Peña, Ferré Olive, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Gonzalo Quintero, entre otros.

En el Perú se orientan en esta dirección, los hermanos Bramont-Arias Torres, Víctor Prado Saldarriaga, José Urquizo Olaechea, Carlos Caro Coria, César Augusto Paredes Vargas, Juan Portocarrero Hidalgo, José Luis Castillo Alva, Fidel Rojas Vargas, recientemente Raúl Pariona Arana.

2.2. El funcionalismo post moderno o avanzado

El funcionalismo avanzado, en cambio, lo representa en Alemania el profesor de Bonn Günther Jakobs, y sus fuentes epistémicas inspiradoras las encuentra en la sociología estructural funcionalista americana (Talcott Parsons, Robert Merton) y la alemana (con Niklas Luhmann), es decir, todo lo concerniente a la teoría de los roles y a la teoría de los sistemas de la sociedad moderna en permanente proceso de diferenciación segmentaria, estatificatoria y funcional²⁶.

Para Luhmann “la sociedad es el sistema social omnicompreensivo que ordena todas las conciencias posibles entre los hombres”²⁷. “La sociedad no se conforma de seres humanos, se compone de comunicación entre los hombres”²⁸.

Con estas bases construye Jakobs su sistema en el que entre otras consideraciones plantea, por lo pronto, que no es propósito del derecho penal objetivo la tutela de los bienes jurídicos, entre otras consideraciones, porque la llegada del derecho penal es tardía respecto del bien jurídico atacado, y porque además es cotidiana la desaparición o menoscabo de estos por muy variadas causas.

Lo determinante del derecho penal y la pena, para Jakobs, es la estabilidad de la norma, de modo y manera que el ciudadano se eduque en esta inteligencia de fidelidad al derecho que estabiliza al sistema social que lo predice. “De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible”²⁹. La “misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. El contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de las normas”³⁰.

Para Jakobs “la pena es siempre reacción ante las infracciones de las normas, mediante las reacciones siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma, y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma”³¹.

Jakobs maneja la construcción dogmática subordinándola a los fines estabilizadores del derecho penal, “renormativizando los conceptos jurídico penales con el propósito de orientarlos en la función que cumple el derecho penal”³².

En este orden de ideas, no solo a los actores, sino a conceptos como culpabilidad y otros del mismo nivel de abstracción, se les trata de cara a la función del derecho; es así, entonces, que todos los elementos de las teorías del delito devienen en conceptos funcionales.

Las consecuencias de una concepción Jakobsiana del derecho penal son evidentes, por lo menos para el autor de estas líneas, no solo en el abstracto campo de la teoría del delito sino en la aplicación práctica de esta abstracción. En tal sentido, resulta en principio coherente con el modelo, nuestra propuesta³³ de implementación de penas privativas de libertad de corta duración si queremos un derecho penal funcional al sistema, y si queremos además “vaciar las cárceles”. En efecto, en lo que reclamamos como nuestra paradoja, entendemos que las penas privativas de libertad, efectivas y de corta duración, cumplen un papel importante por el inmediato efecto preventivo general y especial, y en cambio, el frecuente abuso de la pena privativa de libertad condicionalmente suspendida, además de criminógena, convierte al derecho penal en un derecho placebo³⁴.

Otro punto en el que se puede apreciar la importancia de un derecho penal funcional es el de la conciliación o transacción entre víctima (o su familiar constituido en parte civil) y victimario, con intervención del Ministerio Público.

Cuando conciliar es más costoso que no conciliar, nadie concilia, pero no por falta de cultura conciliatoria, sino por criterio que aporta el análisis económico del derecho. Habiendo en cambio penas privativas de libertad efectiva de corta duración, la situación cambia por el mismo criterio analítico, pero esta vez, en razón de resultar económicamente más conveniente la conciliación que el sufrimiento de la pena efectiva, por costosa.

Otra consecuencia del modelo funcional lo tenemos al conjugar el tema de la imputación del tipo con las causas de justificación o de inculpabilidad; tal es el caso del exceso en la legítima defensa, que nosotros proponemos atípica por aplicación de la tesis del ámbito de tutela de la norma como válida cuanto por competencia de la víctima³⁵.

El derecho penal funcional, es tal, lo mismo que garantista por resultar útil y práctico a la sociedad y a la solución de conflictos. Un derecho penal no funcional no resuelve conflictos y eventualmente los promueve.

En el Perú se orientan en esta dirección, el profesor de la Universidad de Piura Percy García Caveró, el profesor José Antonio Caro Jhon, José Leandro Reaño Peschiera, Julio Mazuelos Coello, Javier Villa Stein.

3. EL FUNCIONALISMO AVANZADO, APLICACIÓN PRÁCTICA EN EL DERECHO PENAL PERUANO³⁶

3.1. El derecho penal del enemigo

El funcionalismo avanzado y su recepción en el derecho penal peruano, tanto en la dogmática y en la práctica jurídica en ciernes, representa un proceso bastante complejo e innovador, no obstante que los penalistas nacionales nos hemos preocupado más en la teoría del delito, dejando a la pena como la cenicienta del derecho penal, soslayando que esta debe ser la prolongación y la consecuencia natural de la teoría del delito y de los fines en su imposición, de cara a una determinación judicial de la pena que apunte al sostenimiento de la norma y del derecho, y con ello del ciudadano responsable y de la sociedad, lo que impone desmitificar el concepto de lo verdadero y lo falso del "Derecho penal del enemigo" como propone el profesor Polaino-Orts³⁷ y convalida el profesor Jakobs que *"todo ciudadano está en la obligación de colaborar de un modo general al funcionamiento de la juridicidad; pero si éste no colabora manifiestamente, tal vez incluso porque haya convertido en su propia máxima el exterminio del Estado de derecho, como ocurre con el terrorista, entonces nadie, tampoco el Estado, podría orientarse en el cumplimiento de sus deberes"*³⁸.

3.2. El autor, coautor, el autor mediato en aparatos de poder organizados y el instigador

a) La autoría directa “disfrazada”

Expresión tangible de lo que sostenemos lo hemos evidenciado en la sentencia a Abimael Guzmán y a la cúpula terrorista de Sendero Luminoso. En ella, si bien estuve de acuerdo con mis colegas de la Sala en las consecuencias de la ratificación y, en su caso, ampliación de la cadena perpetua a los dirigentes nacionales, me desmarqué de la posición mayoritaria señalando la condición de coautor de Abimael Guzmán, y no de autor mediato, pues como señala el profesor Jakobs, este título de imputación no viene a ser sino “una autoría directa disfrazada”. Así lo dice en su reciente “Ocaso de la Teoría del Dominio del Hecho” y así lo ha confirmado en sus múltiples conferencias. Se contesta así a quien quebrantó la norma³⁹. Así, sobre la coautoría fundamentado en un sistema de un derecho penal Funcional: la sentencia recaída en el Recurso de Nulidad N° 5385-2006 Lima del veintiséis de noviembre del 2007, en el voto singular nuestro se afirma: *“Considerando la estructura y la dinámica de la organización terrorista (altamente vertical y centralizada); el compartimentaje horizontal de sus órganos de ejecución (células); la autonomía en la ejecución que podía esperarse de militantes altamente ideologizados, con evidente y elevada formación político militar, con una cosmovisión unitaria del Estado y la sociedad actual y propaganda elaborada y compartida, con planes político estratégicos comunes, es cuestionable la admisión de esta forma de autoría, sustentada precisamente en la dudosa fungibilidad de sus órganos ejecutores. Lo paradigmático de la autoría mediata, a quien Günther Jakobs denomina “autoría directa disfrazada” (El ocaso del dominio del hecho. En: El sistema funcional del derecho penal. Lima, 2000 página 192), el actuante, el operador, el instrumento lo es de un círculo de organización ajeno y su aporte es mecánico, impersonal, no comprometido, cosa que desde luego no ocurre en el actor subordinado de una organización terrorista como en la que militan los coautores bajo juzgamiento, ámbito de codelincuencia en el que el dominio del hecho es codominio, o dicho de otro modo el dominio del hecho en su conjunto “sólo es poseído por el colectivo” (Jakobs loc cit.) involucrado, pues se trata de una comunidad colectiva conectada objetivamente de cara a los propósitos y logros de daño a la sociedad, a quienes se puede objetivamente imputar el resultado previsto por el tipo penal tocado. Los ejecutores materiales de los hechos probados por la Sala Superior son sujetos que, plenamente responsables, exhiben condiciones y aportan lo suyo en el marco de una división organizada de trabajo global, del que son coautores. El mayor o menor dominio del plano total no explica el tipo de autoría, sino tan solo su mayor o menor participación. Ciertamente, el codominio del hecho de Abimael Guzmán Reinoso fue mayor por su posición funcional*

y central dentro de la organización terrorista, que la de los demás coautores comprometidos en los planes operativos concretos. En este contexto, mal podría tratarse al o los ejecutores como unos intermediarios materiales fungibles, si se constata que en la práctica hubo una distribución (vertical) de roles y tareas. Se trata en realidad en el presente caso de imputar a título de coautor la responsabilidad del recurrente.”

b) Autor mediato o instigador

Asimismo, de cara a criterios funcionales, el dominio de la decisión adoptada en la instigación como elemento diferenciador del dominio del hecho en la autoría mediata, que tiene su correlato expresivo en el Recurso de Nulidad N° 4627-2007 Lima, de fecha catorce de abril de dos mil ocho, donde se advierte: *“Que, esta diferenciación entre la instigación determinada por el Colegiado Supremo y la autoría mediata señalada por el Colegiado Superior, se advierte en que **el instigador sólo posee el dominio sobre la decisión adoptada por el autor principal, lo cual es insuficiente para apreciar la autoría mediata que requiere el dominio del hecho; y no cabe la imputación del exceso al Inductor en la medida en que no haya sido abarcado por el dolo.** Sétimo.- Que, por lo tanto, de lo actuado se ha concluido que el procesado Llauca Chacón tiene la condición de instigador, ya que no sólo ha indicado a los autores la posibilidad de comisión del ilícito en perjuicio del agraviado, sino que ha determinado que lo perpetren, otorgándoles información esencial para su materialización, así como las acciones que debían realizar. Octavo.- Que, más aún como lo señala Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre en su libro Derecho Penal Parte General Teoría del Delito y de la Pena y sus Consecuencias Jurídicas, Editorial Rodhas, segunda edición, setiembre de dos mil siete, página trescientos setenta y cuatro “La instigación supone la realización de un influjo psíquico por parte del inductor, creando en el inducido la voluntad de realización típica, esto es, a diferencia de la autovía mediata, es el hombre de adelante (inducido), quien tiene el dominio del hecho, y no el hombre de atrás que sólo hace aparecer en el inducido la decisión de cometer un injusto penal; de tal manera, que la instigación está condicionada a que el Inducido sea capaz de conducirse conforme ha sentido, quiere decir que si a éste le falta dicha capacidad, sea por defectos estructurales (Inculpabilidad) o por estar en error, o bajo una causa de justificación, no podrá darse una Inducción, pues, será un caso de autoría mediata”, y esto último, no se presenta en el caso materia de análisis. Noveno.- Que, asimismo, esta diferenciación en la participación del acusado, se aplica en concordancia con lo establecido en el artículo veintiséis del Código Penal vigente, que ha optado por la tesis de la ruptura del título de la imputación, señalando que las cualidades del autor y partícipes, y las circunstancias comprometedoras no se comunican a los otros autores o partícipes del mismo hecho punible, en virtud al principio de incomunicabilidad. Décimo.- Que, frente a esta diferenciación realizada por este*

Colegiado en cuanto a la condición del procesado Llauca Chacón, corresponde adecuar la pena que se le impusiera en la sentencia recurrida, teniendo en consideración que como instigador del delito perpetrado, no puede responder por el exceso cometido por los sentenciados Chávez Luque y Alzamora Arredondo, quienes habrían dado muerte al agraviado; por lo que, la pena impuesta debe ser reducida prudencialmente”.

3.3. Los delitos de infracción de deber y el ocaso de los delitos de dominio

a) La tesis de la ruptura del título de la imputación frente a la tesis de la unidad del título de la imputación

En esta misma línea, se ha tomado en cuenta como aspecto valorativo de determinación funcional los criterios contenidos en la ley, y así estimar el título de imputación que, con estricto criterio de legalidad, corresponde a los intervinientes (autores y partícipes), unidad del título de imputación, conforme al artículo 26 del Código penal, que a diferencia del párrafo 28 del StGB alemán, opta por la ruptura del título de imputación. En este sentido, mi posición largamente sostenida consiste en señalar que las cualidades personales del autor en el delito especial impropio no se comunican al partícipe (Voto singular: caso Saucedo Linares RN N° 636-2008 Lima, de fecha seis de junio de dos mil ocho). Posición consecuente y reiterada en los Recursos de Nulidad N° 18-2008 Huancavelica, de fecha cinco de junio de dos mil ocho y en el Recurso de Nulidad N° 2628-2006 Ucayali, de fecha veinticinco de abril de dos mil ocho, donde en atención al principio de legalidad, adopté el siguiente análisis: “(...) *que al no tener la citada encausada en esa oportunidad la calidad de funcionario público, no se le puede imputar el delito de función a título de complicidad, en atención a la tesis de la autonomía o de la ruptura del título de imputación, como en el caso sub examine – peculado doloso –, dado que el extraneus es ajeno a la administración pública, carece de las condiciones de funcionario o servidor público, y no se le puede exigir, en tanto extranei, posición de garante que legitime la exigencia de rendir cuentas como deber, con lo que indebida e inconstitucionalmente se les invertiría la carga de la prueba, contraviniendo los principios de presunción de inocencia y de legalidad [Cfr. Rojas Vargas, Fidel: Delitos contra la Administración Pública; 4^{ta}, edición; Lima dos mil dos; página seiscientos veinte]. Conforme esta tesis, los intranei y extranei deben responder por la naturaleza de sus contribuciones al delito, siendo la contribución del autor diferente a la del cómplice; en consecuencia, la contribución del autor será imputada a título del delito especial o más propiamente de infracción de deber, y la del cooperador a título de delito común. **Una interpretación que sostenga la unidad del título de imputación; esto es, que tanto los cómplices particulares como los autores funcionarios o servidores públicos respondan por el mismo delito especial, es violatoria del principio de legalidad, contenido para los casos***

en la regulación prevista en el artículo veintiséis del Código Penal peruano en la que expresamente se opta por la incomunicabilidad de las circunstancias que modifican la responsabilidad de los partícipes. Además **debe considerarse que la interpretación de los alcances de dicho artículo debe ser restrictiva y limitada a fijar el ámbito de punibilidad de los autores, dicha interpretación extensiva y amparada por la doctrina extranjera, además de ilegal de cara al ámbito legal peruano, puede ser falaz.** En este sentido, hay que tener en consideración que, en la legislación comparada se da otra situación, por que son otros los supuestos legislativos que comentan. Así Maurach comentando el artículo veintiocho del StGB alemán dice que “puesto que la participación es una colaboración en un hecho ajeno, también la participación de sujetos extraños en delitos especiales debe ser limitadamente posible” [Maurach, Reinhart: Tratado de Derecho Penal, Tomo II, ED. Aires S.A., Barcelona mil novecientos sesenta y dos, página trescientos veintinueve]. En el mismo sentido se pronuncia Jescheck partiendo como es obvio del mismo aparato legislativo, cuando afirma que en los delitos especiales propios la participación carece de limitación. [“Jescheck, Hans: Tratado de Derecho Penal. Parte General. Ed. Comares. Granada, mil novecientos noventa y tres, página doscientos cuarenta y uno”]. En el modelo español el artículo sesenta y cinco, inciso uno de su Código Penal de mil novecientos noventa y cinco, las cualidades personales del autor en el delito especial impropio no se comunican al partícipe, se rompe el título de la imputación en general. Respecto en cambio del delito especial propio – el de funcionario v.g. – la doctrina española no ha resuelto el problema. Así lo insinúa Santiago Mir Puig cuando interroga ¿Ha de castigarse con la pena más grave señalada al delito del particular? [Mir Puig, citado por Villa Stein: Derecho Penal. Parte General; segunda edición; Lima dos mil uno; página trescientos treinta y dos]. **La ley peruana en cambio en el artículo veintiséis del Código Penal elige claramente la ruptura del título de la imputación, de donde surge que las cualidades del autor, las circunstancias comprometedoras no se comunican al partícipe – principio de incomunicabilidad –.** Conforme este criterio, en la ley peruana, en materia de delito especial propio – de infracción de deber – las cualidades del sujeto activo no se comunican al extraneus conforme el artículo veintiséis del Código Penal [citado. Villa Stein. Ob. Cit. Página trescientos treinta y uno]. Finalmente, resulta pertinente precisar que si bien coincido en la decisión de absolver a la citada acusada de la acusación fiscal por el delito de malversación de fondos en agravio del Estado - Instituto Nacional Penitenciario, es por las razones ya expuestas en el considerando precedente”.

b) El deber especial positivo frente al deber general negativo, fundamento en los delitos de infracción de deber

Más contundente aún, la posición asumida por la Sala Penal Suprema que presidí, en atención a los delitos contra la Administración Pública, amén a

un sistema funcional, los delitos de corte institucional o propiamente de infracción de deber, frente aquellos denominados delitos de dominio; criterio que ha sido superado, en razón que, para la determinación de la autoría, la atribución normativa es de superior jerarquía⁴⁰; así en el Recurso de Nulidad N° 4564-2007 Piura, de fecha veintiséis de marzo de dos mil ocho, en el delito de colusión desleal se precisa que: *“En este sentido, lo que se reprime son “los comportamientos defraudatorios que se revelan y surgen a través de la concertación entre los funcionarios públicos y los terceros interesados” (Vid., CASTILLO ALVA, José Luis, “Colusión ilegal” en: GARCIA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis “El delito de Colusión”; Editorial Grijley, Lima, dos mil ocho, página setenta y ocho); asimismo, este tipo penal no es un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de “neminem laede” o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional (JAKOBS Günther. Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación, segunda edición, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página mil seis y siguientes).”*

Lo mismo que para los que fueran en su momento considerados delitos comunes, y obedecían al tratamiento de los delitos de dominio donde lo fundamental para atribuir una responsabilidad es el deber especial, su tratamiento entonces se debe a los delitos de infracción de deber, conforme lo ha establecido recientemente nuestro pronunciamiento en la Ejecutoria Suprema recaído en el Recurso de Nulidad N° 4223-2007 Arequipa, de fecha veinte de agosto de dos mil ocho, donde se advierte: *“Que cuando se aborda el delito de parricidio, es de advertir que este tipo penal es un delito de infracción de un deber en donde el interviniente es un garante en virtud de una institución, como es para el presente caso el “Cónyuge” (...) en efecto, lo que se lesiona es esta institución; en este sentido, su fundamento de imputación jurídico penal no se limita sólo a la posibilidad de ser autor con una determinada característica o de un determinado círculo de autores previstos por la norma, sino a la defraudación del “deber positivo” o específico que garantiza una relación ya existente entre obligado y bien jurídico, independientemente de la importancia de su contribución o dominio del hecho o de la organización. (Vid., SÁNCHEZ - VERA GÓMEZ - TRELLES, Javier, Delito de Infracción de deber y participación delictiva, Prólogo de Günther Jakobs, Editorial Marcial Pons, Barcelona, dos mil dos, página cuarenta y tres y cuarenta y cuatro).”*

3.4. La moderna teoría de la imputación objetiva

Las bases de un sistema social se fundan en cuanto “el mundo social no está ordenado de manera cognitiva, basado en relaciones de causalidad, sino de manera normativa, con base en competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto”⁴¹ donde debe limitarse el comportamiento socialmente adecuado de aquel comportamiento socialmente inadecuado. Así las instituciones de una teoría de la imputación objetiva en derecho penal que se presentan como aporte dogmático decisivo, han tenido eco práctico, ilustrativo y creativo en los sendos pronunciamientos que hemos emitido; así, en el desarrollo jurisprudencial dentro de las instituciones que la componen desde una visión normativo funcional, tenemos:

a) El riesgo permitido y las conductas neutrales

En determinados ámbitos, la necesidad de un riesgo permitido en modo alguno es contradictoria con la protección de bienes jurídicos: para poder hacer uso de los bienes, es necesario poner en peligro estos u otros bienes⁴². En esta línea, el riesgo permitido ha tenido su correlato en la Corte Suprema, en reiterada jurisprudencia, como el que emitimos con ocasión del Recurso de Nulidad N° 1144-2006 Puno, de fecha veinticuatro de julio de dos mil siete, donde se establece: *“Que, el planteamiento decisivo para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada a Isidoro Vargas Ramos, radica en el análisis de la imputación jurídico-penal del hecho, más aún, cuando el hecho riesgoso se exterioriza en un contexto interactivo, la intervención de varios sujetos adquiere relevancia penal, Uno de los criterios es el riesgo permitido, en este sentido, quien obra en el marco de un rol social estereotipado o inocuo, sin extralimitarse de sus contornos, no supera el riesgo permitido, su conducta es “neutra y forma parte del riesgo permitido, ocupando una zona libre de responsabilidad jurídico-penal, sin posibilidad alguna de alcanzar el nivel de una participación punible” (CARO JHON, José Antonio, “Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales”, en Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales número cinco, dos mil cuatro, página ciento cinco), en aplicación del Principio de Prohibición de Regreso. Quinto: Que, habiéndose precisado las bases dogmáticas de la teoría de la imputación objetiva aplicada al ámbito de la participación delictiva, en el presente caso se tiene que Isidoro Vargas Ramos obró sin extralimitarse a los deberes inherentes a su rol de pasajero, por lo que no responde penalmente, en la medida que sólo se limitó a viajar en el vehículo donde se detectó residuos de adherencias de pasta básica de cocaína, saliendo a relucir la neutralidad de su conducta a pesar de ser parte del curso causal como pasajero del vehículo.”*

Así también nuestra posición ha sido elocuente en la Ejecutoria Suprema signado en el Recurso de Nulidad N° 878-2007 Arequipa, cinco de marzo de dos mil ocho, donde la aplicación de este criterio es ilustrativo cuando se establece que “...ha quedado acreditada la muerte del agraviado Vera Fébres, como se desprende del protocolo de autopsia número seiscientos veinticinco guión dos mil cuatro, de fojas doscientos once, del acta de defunción de fojas ciento cuarenta y seis y con el dictamen de pericia balística y biología forense, de fojas ciento dos y ciento cuatro, respectivamente; sin embargo de la revisión de los actuados, no ha quedado acreditado la responsabilidad penal de los procesados Ticona Carcausato, Amanqui Iño y Ramírez Álvarez era la persona que trabajaba con el agraviado quien conocía del manejo del dinero y que fue la última que acompañó al procesado, conforme esta lo ha reconocido, sin embargo, esta situación fenomenológica o real sin ninguna valoración normativa, no es suficiente para poderle imputar objetivamente el resultado, no cumplir con esta premisa, se estaría vulnerando el artículo séptimo del título preliminar, al estar proscribida toda forma de responsabilidad objetiva a ello **la moderna dogmática penal ha enfatizado que sólo las conductas riesgosas no permitidas realizadas por el agente ocasionado una injerencia en las demás esferas individuales, cuestionando las expectativas normativas, son determinantes para llevar a cabo el juicio de imputación;** asimismo, si bien la testigo Maribel Olinda Vera Fébres en su ampliación de manifestación de fojas ochenta y uno y en su declaración testimonial de fojas trescientos setenta y nueve, refirió haber visto a la procesada Ramírez Álvarez haber sacado dinero del interior de la tienda, después del fallecimiento del agraviado, empero ello fue a pedido de la esposa del agraviado Beatriz Cervantes, quien además fue recogida por Jhony Víctor Cuadros Villanueva, esposo de esta testigo, con la finalidad de que retire el dinero que había dejado el agraviado, toda vez que era ella quien tenía las llaves, no demostrándose que la procesada Ramírez Álvarez guarda relación con la sustracción del dinero o la muerte del agraviado”.

b) El principio de confianza

Que en una sociedad altamente riesgosa y cada vez más sofisticada, las personas se distribuyen el trabajo y las actividades, lo que genera roles particulares y es de esperar que cada quien cumpla a cabalidad con sus respectivos roles, pues no es tarea de los demás controlarlas. Justamente en la división del trabajo es donde reposa el fundamento del principio de confianza, donde cada quien espera que los demás hagan lo suyo. En ese sentido nos hemos pronunciado en reiteradas Ejecutorias Supremas; así, en el Recurso de Nulidad 1446-2006 Ica, de fecha diecinueve de julio de dos mil siete, donde analizamos: “Que, con relación al procesado Guerrero Tejada, este Colegiado estima que no se encuentra probado que en su actuar en la comisión que integró haya sido poco diligente, sino que se desarrolló dentro de los parámetros del principio

de confianza, que lo exime de la imputación jurídica u objetiva por disolución de la actividad peligrosa o por desaparición de la superación del riesgo permitido – en virtud del cual el hombre normal espera que los demás actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia”.

En el mismo sentido nos hemos pronunciado en el Recurso de Nulidad N° 1666-2006 Arequipa, de fecha veinticinco de julio de dos mil siete, donde también se advierte: *“Que, en autos se ha acreditado que la citada orden de compra número cero cero seiscientos ochenta y siete no fue elaborada por el citado encausado, pues este documento ya venía elaborado por las áreas de adquisiciones, de abastecimiento y de apoyo administrativo, conforme se verifica en la firma y sellos consignados, luego pasa al almacén donde el acusado firma dando conformidad de recepción de la mercadería, sigue su recorrido a logística para terminar en el departamento de contabilidad donde se gira el cheque respectivo. Esta cadena de actividades, en la que cada órgano es responsable por el segmento funcional que le es atribuido genera, conforme al criterio de imputación objetiva el principio de confianza, por el cual cada persona responde por sus propios actos y roles y confía en que los otros órganos realizan debidamente la función de su competencia. En este sentido no se puede imputar al acusado el hecho de haber elaborado un documento falso (orden de compra), pues esta función no se encuentra dentro del ámbito de su competencia, limitándose a visar el documento ya elaborado para efecto de que ingrese la mercadería al almacén, por lo que la absolución se encuentra arreglada a Ley”.*

c) La prohibición de regreso

Expresión que alude a que otro sujeto no puede imponer al comportamiento del que actúa en primer lugar un sentido lesivo de la norma, puesto que quien se comporta de un modo socialmente adecuado no responde por el giro nocivo que otro dé al acontecimiento⁴³. Conforme al desarrollo jurisprudencial nuestro, visto en el Recurso de Nulidad N° 4044-2008 Callao, de fecha veintiuno de octubre de dos mil ocho, donde se afirma: *“[...] no se ha llegado a establecer, fehacientemente, que aquél tenía conocimiento o de alguna manera haya participado dolosamente para privar de la libertad personal a la menor, toda vez que el adolescente César Aranda Diche, así como la acusada Rest Diche han señalado que éste sólo se limitó a brindarles servicio de taxi, sin tener conocimiento de la decisión concreta para violentar a la menor, dicho que coincide con la declaración del imputado, por lo que en aplicación del principio de prohibición de regreso, la conducta asumida por Orejuela Di Giambito deviene inocua; en consecuencia, no ha sido desvirtuada la presunción de inocencia”.*

Del mismo modo en nuestro pronunciamiento en la Ejecutoria Suprema recaído en el Recurso de Nulidad N° 3538-2007 Callao, de fecha seis de marzo de dos mil ocho, donde sostenemos que: *“es de aplicación el filtro de imputación objetiva referido a la “prohibición de regreso”, por el cual no es operante imputar responsabilidad a quien realiza un comportamiento de modo estereotipado e inocuo sin quebrantar su rol como ciudadano, no pudiendo responder de la conducta ilícita de terceros. En este sentido la eventual conducta delictiva de los acusados Juan Carlos Terán Guerra y Alfredo Francisco Toral Morales no puede “rebotar” o regresar a las acusadas quienes en función a sus actividades regulares desarrollaron una conducta neutral o cotidiana, más aún, si como ocurre en el presente caso, no existe elementos de prueba que permitan determinar que conocieron los reales propósitos de los aludidos”*.

d) El ámbito de competencia de la víctima

Se refiere a los supuestos en los que la víctima por una conducta contraria a su deber de autoprotección desvía en una dirección nociva el comportamiento de otros que se movía dentro del riesgo permitido⁴⁴, es decir, la contribución que hace la víctima a la consumación del suceso o evento. Conforme lo hemos desarrollado con ocasión del Recurso de Nulidad N° 291-2008 Loreto, de fecha veintiséis de agosto de dos mil ocho: *“Que al procesado se le imputa haber abusado sexualmente del menor de iniciales S.O.I.M., aprovechando que el menor se encontraba solo al haberse fugado de su domicilio, y que a cambio de comida y un lugar para dormir, lo habría obligado a tener acceso carnal vía anal, en su condición de homosexual, lo que fue descubierto por el padre del menor agraviado, que al ubicar a su hijo, efectuó la denuncia. Que, con los certificados médicos legales practicados tanto al procesado y al menor agraviado, se evidencia que ambos presentan desfloración anal antigua. Que, por lo tanto, existe suficiencia probatoria que enerva la presunción de inocencia que lo podría favorecer, conforme al mandato constitucional, en tanto sus argumentos de defensa carecen de verosimilitud; sin embargo, en aplicación de un derecho penal basado en la teoría de la imputación objetiva, en este caso, la conducta de la víctima escapa al ámbito de protección de la norma, por cuanto su accionar constituye una renuncia implícita de protección, que ha permitido la vulneración del bien jurídico; por lo que, el resultado lesivo – si bien ilícito – se ha producido por injerencia consentida en el ámbito de disponibilidad de la víctima”*.

3.5. La moderna política criminal

A decir de una moderna orientación político criminal, de cara a una visión científica, este debe tener como finalidad un sistema penal que sea capaz de

motivar a los ciudadanos de no realizar delitos, o prevenirlos, mediante la severidad de las penas y la certeza de los castigos, donde además las víctimas encuentren satisfacción en la reacción penal frente al delito, evitándose así el descontento social y la poca credibilidad en el Poder Judicial, que tanto nos cuesta enfrentar.

Justamente una de sus manifestaciones es lo que nosotros defendimos primero con ocasión del Congreso Internacional “Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología”, llevado a cabo en Madrid, en noviembre del 2000, referido a la tesis nuestra sobre las penas privativas de libertad de corta duración⁴⁵, y que ahora ratificamos en nuestras ejecutorias, como alternativa importante a la consecuencia simbólica en que consiste en la mayor de las veces, la suspensión condicional de la ejecución de las penas, pues afirma el ordenamiento jurídico y lo estabiliza; así tenemos lo propuesto por nosotros en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N° 2079-2008 La libertad, de fecha tres de julio de dos mil ocho, donde aplicamos de manera creativa y ejemplificadora la tesis propuesta: *“La sentencia se encuentra arreglada a ley, en tanto se les ha impuesto a las procesadas una pena de corta duración, con carácter de efectiva, en concordancia con una moderna política criminal destinada a cumplir con su finalidad disuasoria, conforme al referido criterio preventivo especial y general; por estos fundamentos: declararon No Haber Nulidad en la sentencia que falla condenando a Santos Dionicia Tomas Rojas y Aquilina Tomas Rosas, como autoras del delito contra la Vida, el Cuerpo y la Salud, en la modalidad de Lesiones Graves, en agravio de de Azucena Flor González Collantes, imponiéndole dieciocho meses de pena privativa de la libertad efectiva [...]”*.

4. CONCLUSIONES

Así, lo pretendido en este esbozo, confirma que el moderno derecho penal peruano, de corte funcional, a la luz de una moderna dogmática penal, en tanto ciencia del derecho penal en constante evolución, es un instrumento que evidencia un derecho real, y que su aplicación práctica y creativa resultan alentadoras a la resolución de casos que la realidad compleja y multiforme nos presenta. Razón por la cual, el derecho penal peruano funcional es la expresión del sentido creativo, valiente e incluso heroico de un derecho penal peruano moderno en ciernes, que se abre paso frente a las doctrinas de corte naturalistas, y las pretendidas posturas de lo considerado políticamente correcto, y que aún se resisten a su inminente naufragio; sin embargo, esto en palabras del profesor Jakobs, es solo cuestión de tiempo.

-
- ¹ Silva Sánchez, Jesús M. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992.
- ² Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos, la Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas, 1997, p. 192.
- ³ Kant, cit. por Roxin, Claus. *Loc. Cit.*
- ⁴ Roxin, Claus. *Ob. Cit.* p., 203.
- ⁵ *Ibidem*.
- ⁶ Silva Sánchez, J. *Ob. Cit.*
- ⁷ Schünemann, Wolter, Rudolphi, Frisch, Jescheck, Hassemer, Amelung, Naucke, Albrecht (N. del A.).
- ⁸ Roxin, Claus. *Política criminal y sistema de derecho penal*. Trad. de Muñoz Conde, Francisco. Barcelona, 1972, p. 19.
- ⁹ Villa Stein, Javier. *Derecho penal. Parte general*. Tercera Edición. Lima: Grijley, 2008, p. 43.
- ¹⁰ Roxin, Claus. *Derecho penal*, p. 204.
- ¹¹ Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general*. Trad. Olmedo Cardenete, Miguel. 5a Ed. Granada: Comares, 2002, p. 306.
- ¹² Roxin, Claus. *Derecho penal*, p. 204.
- ¹³ Roxin, Claus. «El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo». Trad. Queralt. En: *La reforma del Derecho Penal*. Universidad Autónoma de Barcelona, 1980, p. 84.
- ¹⁴ Roxin, Claus. *Derecho penal*, p. 56.
- ¹⁵ Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- ¹⁶ Cobo Del Rosal, prólogo a Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho...*, p. 3.
- ¹⁷ Roxin, Claus. *Derecho Penal*, p. 91.
- ¹⁸ *Ibidem*, p. 123.
- ¹⁹ Hassemer, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984, p. 33.
- ²⁰ Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995, p. 16.
- ²¹ Amelung, H. *Rechts guterschutz und shutz der gesellschaft*. Frankfurt, 1972, p. 389.
- ²² Naucke, Wolfgang y Albrecht, P.A. «La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizada». En: *La insostenible situación del derecho penal. Estudios de derecho penal*. Dirige: Carlos María Romero Casabone. Granada: Comares, 2000, p. 487.
- ²³ *Ibidem*, p. 533.
- ²⁴ Stratenwerth, Günther. *Ponencia inaugural en las jornadas de profesores de derecho penal*. Basilea, 1993.
- ²⁵ Jescheck, Hans-Heinrich. Trad. Olmedo Cardenete, Miguel. 2002.
- ²⁶ Vallespin, Edmundo. Introd. Luhmann, Niklas. *Teoría política en el Estado de bienestar*. Madrid: Alianza, 1993.
- ²⁷ Luhmann, Niklas. *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*. Barcelona, Universidad iberoamericana y Anthropos, 1998, p. 41.
- ²⁸ *Ibidem*, p. 42.
- ²⁹ Jakobs, Günther. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 9.
- ³⁰ *Ibidem*, p. 14.
- ³¹ *Ibidem*, p. 8.
- ³² Peñaranda Ramos, Enrique; Suárez González, Carlos y Cancio Meliá, Manuel. «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs». En: Jakobs, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 17.
- ³³ Villa Stein, Javier. *Ob. Cit.* p. 360.
- ³⁴ *Ibidem*, p. 484.
- ³⁵ *Ibidem*, p. 360.
- ³⁶ Las resoluciones en comentario, insertas en el presente artículo, han sido recogidas de las intervenciones que como ponente expuse o formé parte del Colegioado que las emitió, en mi labor de Juez Supremo de la Corte Suprema.
- ³⁷ Polaino-Orts, Miguel. *Derecho Penal del Enemigo*. Lima: Grijley. 2006 / *Lo verdadero y lo falso del derecho Penal del enemigo*. Lima: Grijley. 2009.
- ³⁸ Jakobs, Günther. Prólogo a la obra de Polaino – Orts, *Derecho Penal del Enemigo*. *Ob. Cit.* p. 15.
- ³⁹ Jakobs, Günther. «El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos». En: *El sistema funcionalista en el derecho penal*, Lima, Grijley. 2000.
- ⁴⁰ *Ibidem*, p. 167.
- ⁴¹ Jakobs, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p.9.

⁴² *Ibidem*, p.27.

⁴³ Peñaranda Ramos, Enrique; Suárez González, Carlos y Cancio Melia, Manuel. «Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs». En: Jakobs, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 218.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 221.

⁴⁵ Villa Stein, Javier. *Las Penas Privativas de Libertad de Corta Duración. Fundamento Empírico de su justificación*. Separata: Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED. 2000.