



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

“EL ESTADO DE EBRIEDAD DEL AGENTE COMO
CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE EN LA COMISIÓN
DE LOS DELITOS SEXUALES”

Línea de investigación: Política Jurisdiccional
Problemas y actualidad de la Justicia Penal

Presentado por

Bach. Jhoel Andmar Sicus Concha

<https://orcid.org/0009-0005-4832-8595>

Para optar al Título Profesional de
Abogado

Asesor:

Mgr. Robert Chavez Hurtado

<https://orcid.org/0000-0003-2623-8124>

CUSCO – PERÚ
2023



Metadatos

Datos del autor	
Nombres y apellidos	
Número de documento de identidad	
URL de Orcid	
Datos del autor	
Nombres y apellidos	
Número de documento de identidad	
URL de Orcid	
Datos del asesor	
Nombres y apellidos	
Número de documento de identidad	
URL de Orcid	
Datos del jurado	
Presidente del jurado (jurado 1)	
Nombres y apellidos	
Número de documento de identidad	
Jurado 2	
Nombres y apellidos	
Número de documento de identidad	
Jurado 3	
Nombres y apellidos	
Número de documento de identidad	
Jurado 4	
Nombres y apellidos	
Número de documento de identidad	
Datos de la investigación	
Línea de investigación de la Escuela Profesional	



EL ESTADO DE EBRIEDAD DEL AGENTE COMO CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE EN LA COMISIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES

por Jhoel Andmar Sicus Concha

Fecha de entrega: 16-abr-2024 08:44a.m. (UTC-0500)

Identificador de la entrega: 2351648209

Nombre del archivo: TESIS_Jhoel_Andmar_Sicus_Concha_UAC.pdf (4.62M)

Total de palabras: 100791

Total de caracteres: 540769



UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO

⁹
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

"EL ESTADO DE EBRIEDAD DEL AGENTE COMO
CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE EN LA COMISIÓN
DE LOS DELITOS SEXUALES"

⁹
Línea de investigación: Política Jurisdiccional
Problemas y actualidad de la Justicia Penal

Presentado por

⁹
Bach. Jhoel Andmar Sicus Concha
<https://orcid.org/0009-0005-4832-8595>

Para optar al Título Profesional de
Abogado

Asesor:

⁹
Mgr. Robert Chavez Hurtado
<https://orcid.org/0000-0003-2623-8124>

CUSCO – PERÚ
2023



AGRAVANTE EN LA COMISIÓN DE LOS DELITOS SEXUALES

INFORME DE ORIGINALIDAD

22%

INDICE DE SIMILITUD

20%

FUENTES DE INTERNET

4%

PUBLICACIONES

9%

TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	idoc.pub Fuente de Internet	2%
2	qdoc.tips Fuente de Internet	2%
3	vsip.info Fuente de Internet	2%
4	repositorio.unp.edu.pe Fuente de Internet	1%
5	revistas.unsaac.edu.pe Fuente de Internet	1%
6	sichuanlab.com Fuente de Internet	1%
7	hdl.handle.net Fuente de Internet	1%
8	dokumen.pub Fuente de Internet	1%
9	repositorio.uandina.edu.pe	






Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por Turnitin. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Jhoel Andmar Sicus Concha
Título del ejercicio: EL ESTADO DE EBRIEDAD DEL AGENTE COMO CIRCUNSTANCI...
Título de la entrega: EL ESTADO DE EBRIEDAD DEL AGENTE COMO CIRCUNSTANCI...
Nombre del archivo: TESIS_Jhoel_Andmar_Sicus_Concha_UAC.pdf
Tamaño del archivo: 4.62M
Total páginas: 399
Total de palabras: 100,791
Total de caracteres: 540,769
Fecha de entrega: 16-abr.-2024 08:44a. m. (UTC-0500)
Identificador de la entre... 2351648209

UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

"EL ESTADO DE EBRIEDAD DEL AGENTE COMO
CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE EN LA COMISIÓN
DE LOS DELITOS SEXUALES"

Línea de investigación: Política Jurisdiccional
Problemas y actualidad de la Justicia Penal

Presentado por
Bach. Jhoel Andmar Sicus Concha
<https://orcid.org/0009-0005-4832-8595>
Para optar al Título Profesional de
Abogado

Asesor:
Mgr. Robert Chavez Hurtado
<https://orcid.org/0000-0003-2623-8124>

CUSCO – PERÚ
2023



Agradecimiento

Expreso mi agradecimiento a mi alma mater la Universidad Andina del Cusco y a los docentes de nuestra Facultad de Derecho y Ciencia Política, quienes aportaron profundamente en mi formación académica; a todos los especialistas en Derecho Penal que con sus conocimientos coadyuvaron a ver la luz al presente trabajo de investigación, y en especial al Dr. José Mendoza Castillo, mi maestro de prácticas pre profesionales hasta el año 2018, con quien di mis primeros pasos en el campo de acción de esta honorable profesión y cuyo conocimiento brindado fue muy valioso.

De igual forma, agradezco a mi asesor de Tesis Mg. Robert Chávez Hurtado, quien siendo mi profesor de Introducción al Derecho y Criminología durante mi estadía en las aulas universitarias, ahora tuve la suerte de realizar este trabajo bajo su dirección, gracias por su valioso e invaluable aporte, tiempo y colaboración.



Dedicatoria

A nuestro señor Jesucristo, por sobre todas las cosas; quien guía mi camino a diario, ayudándome a aprender de mis errores y a no reincidir en ellos.

A mi maestro, Dr. Andmar Sicus Cahuana, con quien aprendí y trabaje hasta su última Audiencia en sede terrenal en una Sala virtual del Poder Judicial; quien me enseñó a creer en el valor de la justicia y la perseverancia, siempre con el ejemplo y bajo el perfil de la humildad.

Vivirás por siempre en las palabras y en el corazón de las personas que tanto te quisimos.

A mis padres Evelin Sicus y Timoteo Concha, por su comprensión, apoyo y paciencia inconmensurable. Por haberme formado en disciplina y honradez, y con su amor me motivan día a día a cumplir mis metas y anhelos.

Y a mamá Martha, por su amor de “mamá grande” y ser mi guía espiritual y religiosa; quien me enseñó el grato deber de recordar y honrar a quienes nos dieron tanto y ya no están con nosotros.



Índice

Agradecimiento	II
Dedicatoria	III
Índice	IV
Índice de tablas.....	XI
Resumen.....	XII
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	1
1.1 Planteamiento del Problema.....	1
1.2 Formulación del problema	5
1.2.1 Problema general	5
1.2.2 Problemas específicos secundarios.....	5
1.3 Justificación.....	6
1.3.1 Conveniencia	6
1.3.2 Relevancia social	7
1.3.3 Implicaciones prácticas	7
1.3.4 Valor teórico.....	8
1.3.5 Utilidad metodológica.....	8
1.4 Objetivos de investigación	8
1.4.1 Objetivo general.....	8
1.4.2 Objetivos específicos	9
1.5 Delimitación del estudio	9
1.5.1 Delimitación temporal	9
1.5.2 Delimitación espacial.....	9
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	10
2.1 Antecedentes de estudio.....	10



2.1.1 Antecedentes internacionales	10
2.1.2 Antecedentes nacionales	15
2.1.3 Antecedentes locales	19
2.2 Bases teóricas	21
2.2.1 Antinomia.....	21
2.2.2 Derecho penal.....	23
2.2.3 Inimputabilidad.....	25
2.2.4 Delito de Violación Sexual	30
2.2.5 Circunstancias agravantes en los delitos contra la Libertad Sexual	35
2.3 Hipótesis de trabajo	36
2.4 Categorías de estudio	37
2.5 Definición de términos.....	38
CAPÍTULO III: MÉTODO.....	41
3.1 Diseño metodológico	41
3.2 Diseño contextual	42
3.2.1 Escenario espacio temporal.....	42
3.2.2 Unidad de estudio	42
3.3 Técnicas e instrumentos de recolección de datos	43
CAPITULO IV: DESARROLLO TEMÁTICO.....	45
4.1 Derecho penal.....	45
4.1.1 Concepto de Derecho Penal	45
4.1.1.1 Derecho penal como medio social	45
4.1.1.2 Derecho Penal Objetivo	48
4.1.1.3 Derecho Penal Subjetivo	51
4.1.2 Función del derecho penal.....	52



4.1.2.1 Función Ético-Social.....	54
4.1.2.2 Función Simbólica	54
4.1.2.3 Función Psico-Social.....	55
4.2 La ciencia del derecho penal	55
4.2.1 Dogmática Jurídico-Penal	56
4.2.2 Criminología.....	58
4.2.3 Política criminal.....	60
4.3 Principios del Derecho Penal	61
4.3.1 Principio de Legalidad	63
4.3.2 Principio de no admisibilidad de analogía in malam partem	65
4.3.3 Principio de lesividad.....	68
4.3.4 Principio de culpabilidad.....	70
4.3.5 Principio de proporcionalidad	74
4.4 Teoría del delito.....	76
4.4.1 Definición de delito	76
4.4.2 Concepto de acción.....	77
4.4.2.1 Causas de exclusión de la acción.....	80
4.4.3 Estructura del Delito	83
4.4.3.1 La Tipicidad como categoría.....	83
4.4.3.2 La Segunda categoría: Antijuridicidad	92
4.4.3.3 La Tercera Categoría del Delito: Culpabilidad.....	98
4.5 Culpabilidad	99
4.5.1 Definición de culpabilidad	109
4.5.2 Culpabilidad por el autor y culpabilidad por el hecho	111
4.5.2.1 Culpabilidad por el autor o por el modo de vida	111



4.5.2.2 Culpabilidad por el hecho o de acto.....	112
4.5.2.3 Problemática e influencia de la Culpabilidad de autor y de acto al interior de las instituciones y tipos penales del Código Penal: Reflexiones de Roxin.....	114
4.5.3 Elementos de la Culpabilidad.....	117
4.5.3.1 La imputabilidad o capacidad de culpabilidad.....	118
4.5.3.2 El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido.....	120
4.5.3.3 La no exigibilidad de la conducta.....	121
4.6 La Inimputabilidad como causa de exclusión de Culpabilidad.....	122
4.6.1 Causas de Inimputabilidad.....	124
4.6.2 El Estado de grave alteración de la consciencia.....	127
4.6.3 La denominación correcta: El trastorno mental transitorio.....	130
4.6.4 La inimputabilidad incompleta o disminuida.....	132
4.6.5 El Estado de ebriedad y/o embriaguez como causa de un supuesto de inimputabilidad.....	136
4.6.5.1 Concepto de ebriedad.....	136
4.6.5.2 El estado de ebriedad en la doctrina.....	137
4.6.5.3 Tipos de embriaguez.....	138
4.7 La doctrina de la Actio Libera In Causa.....	143
4.7.1 Origen y concepto de la Actio Libera In Causa.....	143
4.7.2 Estructura de la Actio Libera In Causa.....	149
4.7.3 Actio Libera In Causa dolosa y culposa.....	150
4.7.4 Actio Libera in Causa: Modelos de legitimación.....	151
4.7.4.1 Modelo de la Excepción para fundamentar la Actio Libera In Causa.....	152
4.7.4.2 Modelo del Tipo o del Injusto Típico para legitimar la Actio Libera In Causa.....	156
4.7.4.3 La solución que surge de su interpretación restrictiva y limitada a supuestos de Inimputabilidad incompleta.....	158



4.7.5 Situación actual: La doctrina de la Actio Libera In Causa en el Código Penal vigente de 1991	161
4.7.6 Legislación comparada sobre el tratamiento de la Actio Libera In Causa en los Códigos penales de Iberoamérica	162
4.7.6.1 Argentina	162
4.7.6.2 Chile	162
4.7.6.3 Bolivia	163
4.7.6.4 El Salvador	164
4.7.6.5 Colombia	165
4.7.6.6 Costa Rica.....	166
4.7.6.7 Republica Dominicana	166
4.7.6.8 Ecuador	167
4.7.6.9 Guatemala.....	168
4.7.6.10 Honduras	168
4.7.6.11 México.....	169
4.7.6.12 Nicaragua.....	170
4.7.6.13 Panamá	171
4.7.6.14 Paraguay	172
4.7.6.15 Uruguay.....	173
4.7.6.16 Venezuela	173
4.7.7 Legislación comparada sobre tratamiento de la Actio Libera In Causa en los códigos penales de la Unión Europea. Caso Alemania y España.	176
4.7.7.1 Legislación de Alemania.....	176
4.7.7.2 Legislación de España.....	177
4.8 El Método Widmark	178



4.8.1 Aproximación conceptual	178
4.8.2 Regulación legal	180
4.8.3 Naturaleza del Método Widmark	182
4.8.4 La curva de alcoholemia o de Widmark	183
4.8.5 Análisis Jurisprudencial sobre el Estado de Ebriedad y el Método Widmark	184
4.9 Circunstancias modificativas de la Responsabilidad Penal	207
4.9.1 Concepto	207
4.9.2 Clasificación de las circunstancias	209
4.9.3 Circunstancias agravantes y atenuantes específicas	209
4.9.4 Circunstancia atenuante privilegiada o causal de disminución de la pena: La eximente imperfecta incompleta	211
4.10 Delitos contra la Libertad Sexual	213
4.10.1 El Bien Jurídico Protegido	213
4.10.2 El delito de Violación Sexual	216
4.10.2.1 Tipo objetivo.....	217
4.10.2.2 Acción típica.....	218
4.10.2.3 Tipo Subjetivo	223
4.10.3 El Delito de Violación Sexual y sus circunstancias agravantes: La incorporación de nuevas figuras agravadas incorporadas con la Ley N° 30838	225
4.10.3.1 Antecedentes y algunas incorporaciones de la Ley 30838.....	225
4.10.3.2 Las circunstancias agravantes incorporadas al artículo 170 del CP	230
4.10.3.3 La modificación de las Circunstancias Agravantes del artículo 177 del CP: Remisión a los demás delitos contra la Libertad Sexual.....	233
4.11 El Delito de violencia contra la Libertad Sexual y el Estado de Ebriedad: Análisis desde la Jurisprudencia Nacional.....	236



4.12 El Estado de Ebriedad del agente como circunstancia agravante en los Delitos de Violación Sexual	264
4.12.1 La Casación N° 2075-2019 Lambayeque y su aporte.....	267
CAPÍTULO V: RESULTADO Y ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS	270
5.1 Resultados del Estudio	270
5.2 Discusión y contrastación teórica de los hallazgos	279
D. CONCLUSIONES	333
E. RECOMENDACIONES	336
F. Referencias bibliográficas.....	337
ANEXOS	348
Matriz de Consistencia	348
Instrumentos de recolección de datos.....	349
Propuesta de Proyecto de modificación Legal	380



Índice de tablas

Tabla 1. <i>Categorías y subcategorías de estudio</i>	37
Tabla 2. <i>Fórmula del Método Widmark</i>	179
Tabla 3. <i>Niveles de Alcholemia</i>	180
Tabla 4. <i>Paquete Legislativo de Proyectos de Ley que dio origen a la Ley 30838</i>	225
Tabla 5. <i>Agravantes del artículo 177 del CP Modificado por Ley 30838</i>	234
Tabla 6. <i>Relación de Entrevistados</i>	270
Tabla 7. <i>Opinión de entrevistados acerca del Estado de Ebriedad como Eximente</i>	271
Tabla 8. <i>Opinión de entrevistados acerca del Estado de Ebriedad como una Agravante</i>	272
Tabla 9. <i>Opinión de Entrevistados sobre la Doctrina de la Actio Libera In Causa</i>	273
Tabla 10. <i>Opinión de Entrevistados acerca de la incorporación del Estado de Ebriedad del agente como Agravante en los delitos sexuales</i>	274
Tabla 11. <i>Opiniones respecto a la existencia de una antinomia normativa en el Código Penal</i>	275
Tabla 12. <i>Opinión de los Entrevistados sobre el Método Widmark</i>	276
Tabla 13. <i>Opinión de los Entrevistados acerca de la comisión del delito de Violación Sexual en Estado de Ebriedad total</i>	277
Tabla 14. <i>Opiniones sobre la Reforma del artículo 170 inciso 13 del Código Penal</i>	278
Tabla 15 <i>Fórmula del Método Widmark</i>	296
Tabla 16. <i>Tabla de Niveles de Alcholemia</i>	297
Tabla 17. <i>Propuesta de Reforma Legislativa</i>	306
Tabla 18. <i>Propuesta de Modificatoria Legislativa</i>	330



Resumen

La presente investigación tuvo por objetivo general determinar cuáles son los fundamentos jurídicos para una interpretación adecuada del Estado de Ebriedad del agente como circunstancia agravante en la comisión de los Delitos Sexuales, por lo que se postuló como hipótesis general que los fundamentos para entender a la ebriedad del agente como circunstancia agravante en la comisión de Delitos contra la Libertad Sexual, surgen *primero* de la interpretación y solución que nos sugiere la denominada doctrina *actio libera in causa*, que fundamenta la agravación de la pena en la premeditación que surge del delincuente en un momento consciente antes de la comisión del ilícito penal en estado de inimputabilidad por ebriedad. Y, *segundo*, con la interpretación a que nos conduce el método Widmark, esto es, partiendo del nivel o grado de alcoholemia en que se encuentre el agresor sexual, lo que permite evaluar los estados o características presentes en la conducta de la persona y que justifican una mayor peligrosidad en su conducta ilícita. Dentro del marco teórico se desarrolló y analizó las teorías referidas a la Ciencia del Derecho Penal, el Derecho Penal de autor y de acto, el Principio de Culpabilidad, la doctrina de la *actio libera in causa*, el método Widmark, las circunstancias agravantes y el delito de Violación Sexual. La investigación fue cualitativa, la discusión de los resultados se realizó a través de la argumentación jurídica en base a datos teóricos, facticos y jurisprudenciales. La hipótesis de trabajo fue validada y la conclusión principal fue que la agravante por el Estado de Ebriedad del agente, regulada en los delitos contra la Libertad Sexual, que surge del postulado “superior a 0.5 g/l”, se fundamenta en la mayor peligrosidad que puede generar la conducta del agente al ser esta última premeditada. Siendo importante para un análisis correcto recurrir a la doctrina de la *actio libera in causa*, aplicada de forma restrictiva y exclusiva a supuestos de inimputabilidad disminuida o incompleta, tomando en cuenta, en cada caso, los estados o circunstancias que proporciona la Tabla de Alcoholemia (a través del método Widmark), la capacidad de exigibilidad en la conducta desplegada y el análisis conjunto de la circunstancia agravante con cada elemento que integran el tipo penal de violación sexual. Para terminar, (sobre la base de los resultados y discusión en la investigación) realizamos una propuesta de modificatoria legislativa con el objeto de reestructurar el tipo penal que agrava el artículo 170 del Código Penal, a fin de mejorar su estructura típica y superar el problema interpretativo evidenciado en la presente investigación.

Palabras clave: Derecho penal de acto, principio de culpabilidad, estado de ebriedad, *actio libera in causa*, método widmark.



Resumo

O objetivo geral desta investigação foi determinar quais são os fundamentos legais para uma adequada interpretação do Estado de Embriaguez do agente como circunstância agravante na prática de Crimes Sexuais, pelo que foi postulado como hipótese geral que os fundamentos para a compreensão da embriaguez de o agente como circunstância agravante na prática de Crimes contra a Liberdade Sexual, decorrem primeiramente da interpretação e solução sugeridas pela chamada doutrina da *actio libera in causa*, que fundamenta o agravamento da pena na premeditação que surge do infrator no ato um tempo consciente antes da prática do crime em estado de imunidade devido à intoxicação. E, em segundo lugar, com a interpretação a que nos conduz o método Widmark, ou seja, partindo do nível ou grau de alcoolismo em que se encontra o agressor sexual, o que nos permite avaliar os estados ou características presentes no comportamento da pessoa e que justificam maior perigo na sua conduta ilícita. No referencial teórico, destacam-se as teorias referentes à Ciência do Direito Penal, ao Direito Penal do autor e do ato, ao Princípio da Culpa, à doutrina da *actio libera in causa*, ao método Widmark, às circunstâncias agravantes e ao crime de Estupro Sexual. A pesquisa foi qualitativa, a discussão dos resultados foi realizada por meio de argumentação jurídica baseada em dados teóricos, factuais e jurisprudenciais. A hipótese de trabalho foi validada e a principal conclusão foi que o agravante devido ao Estado de Embriaguez do agente, regulamentado nos crimes contra a Liberdade Sexual, que decorre do postulado “maior que 0,5 g/l”, baseia-se no maior perigo que pode gerar o comportamento do agente, pois este é premeditado. É importante para uma correta análise recorrer à doutrina da *actio libera in causa*, aplicada de forma restritiva e exclusiva aos casos de responsabilidade reduzida ou incompleta, tendo em conta, em cada caso, os estados ou circunstâncias previstos na Tabela Alcoólica (através do método Widmark), a exigibilidade da conduta demonstrada e a análise conjunta da circunstância agravante com cada elemento que compõe o tipo penal de violação sexual. Por fim, (com base nos resultados e discussão na pesquisa) fizemos uma proposta de alterações legislativas com o objetivo de reestruturar a infração penal que agrava o artigo 170 do Código Penal, a fim de melhorar a sua estrutura típica e superar o problema evidenciado na presente investigação.

Palavras-chave: Direito penal do ato, princípio da culpa, embriaguez, actio libera in causa, método widmark.



CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.1 Planteamiento del Problema

El estado de ebriedad del agente como circunstancia agravante en la comisión de delitos sexuales es un tema complejo que plantea importantes desafíos jurídicos y éticos. Por un lado, existe el interés político criminal de proteger a las víctimas de delitos sexuales, que pueden sufrir un daño muy grave y permanente. Y, por otro lado, existe la necesidad de respetar el principio de responsabilidad personal, que establece que toda persona es responsable de sus actos, independientemente de sus circunstancias externas al delito. Así, la cuestión de si el estado de ebriedad debe ser considerado como una circunstancia agravante o una eximente de responsabilidad en la comisión de delitos sexuales es un tema que requiere un análisis cuidadoso y medido por los factores que esta involucra.

A nivel internacional, no existe una posición única respecto a si el estado de ebriedad del agente debe ser considerado como una circunstancia agravante o una eximente de responsabilidad en la comisión de delitos sexuales. Algunos países, como Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Panamá y Venezuela, consideran que el estado de ebriedad es una circunstancia agravante, lo que significa que la pena se agrava e incrementa en un determinado porcentaje. En estos países, se fundamenta esta circunstancia en la idea de que el estado de ebriedad puede reducir la capacidad de control de los impulsos del agente e inclusive lesionar en mayor medida el bien jurídico protegido con la comisión de estos actos delictivos, más aun cuando los actos allí desplegados fueron previamente preordenados por el agente. En igual sentido, en países como Alemania, España, El Salvador, Colombia, República Dominicana, Honduras, México, Nicaragua o Uruguay, se analiza esta situación con la única diferencia que a dicha circunstancia



(ebriedad preordenada) no la consideran como una agravante pero tampoco como una eximente o causal de disminución de punibilidad.

Otros países, como Argentina, Chile o Paraguay, consideran que el estado de ebriedad es una circunstancia eximente, lo que significa que el agente no es responsable penalmente por sus actos. En estos países, la circunstancia encuentra su fundamento en la idea de que el estado de ebriedad anula la capacidad de culpabilidad o reprochabilidad del agente, lo que significa que este al momento de la ejecución de los hechos no tenía la capacidad de comprender la criminalidad de su acto o la potestad de poder actuar conforme a esa comprensión.

Ahora bien, en el Perú, mediante la publicación de la Ley N° 30838, publicada en el Diario Oficial el 04 de agosto de 2018, se incorporó una serie de modificaciones al Código Penal y al Código de Ejecución Penal, a fin de Fortalecer la Prevención y Sanción de los Delitos contra la Libertad Sexual e Indemnidad Sexual. En efecto, para evitar la comisión de este ilícito penal, el legislador, haciendo frente a la criminalidad sexual, con una finalidad preventiva decidió buscar la disminución de estos ilícitos mediante: i) la regulación de nuevas fórmulas penales, ii) el aumento punitivo de la conducta, cuando por las circunstancias de los hechos estas merezcan una mayor sanción penal; iii) evitando que estos ilícitos queden impunes por el transcurso del tiempo, entre otros. (Ley N° 30838, 2018)

Así, en relación al aumento punitivo de pena por circunstancias que rodean a los hechos, mediante la referida Ley 30838, se ha incorporado como circunstancia que agrava la conducta en los delitos de Violación Sexual, la siguiente descripción: “Si el agente actúa en estado de ebriedad con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor a 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas que pudiera alterar su conciencia” (Código Penal, 1991, artículo 170), vale decir, su consideración como



agravante al estado de ebriedad del agente, aumentando con ello el margen punitivo descrito en la conducta tipificada en el artículo 170 del Código Penal.

Es a través de esta incorporación legislativa que se ha determinado la aplicación de esta circunstancia agravante no solo para el tipo penal descrito en el artículo 170 del Código Penal, sino que, además, sirve de sustento para su aplicación en la mayoría de los delitos sexuales, esto es: para el delito de Violación de persona en estado de inconciencia o imposibilidad de resistir; Violación sexual de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento; Violación de persona bajo autoridad o vigilancia; Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento; y, Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores. Señalamos ello por la remisión taxativa que hace el artículo 177 del Código Penal, modificado por la Ley en referencia, que otorga una punición más severa cuando medie la circunstancia agravante del artículo 170 inciso 13 del Código Penal (Ley 30838, 2018).

Si bien resulta clara la intención del Legislador Penal al hacer frente a la criminalidad sexual; empero, se ha venido en advertir que esta circunstancia agravante, en su primera parte, incorpora una antinomia normativa entre la Parte General y la Parte Especial del Código Penal, esto es, entre las eximentes perfectas e imperfectas -artículo 20 y 21- y la regulación como agravante del inciso 13 del artículo 170 del Código Penal; considerando, en todo caso, que el Estado de ebriedad genera una eximente o atenuante en la primera descripción legal y un supuesto de agravación en la segunda. Situación que ha ocasionado en la doctrina, en la jurisprudencia y en la práctica forense diaria de los abogados, serios problemas de interpretación y aplicación normativa.

Una de las principales causas de este fenómeno es la indeterminación en la técnica legislativa al momento de incorporar la citada agravante, esto es, al señalarse que el tipo penal



de violación sexual se agrava: “Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor a 0.5 gramos-litro” (Código Penal, 1991, artículo 170). Resulta evidente pues la indeterminación, al no señalar esta redacción un límite a la proporción de alcohol en la sangre del agente.

La advertencia a esta situación de indeterminación y su problemática, ha de evidenciarse con meridiana claridad en la dogmática, así como en la jurisprudencia de nuestras altas cortes. Así, por un lado, se señala que este tipo de situaciones (ingesta de alcohol) es considerada como una disminución punitiva o una eximente de responsabilidad penal, más no como una agravante (Recurso de Nulidad N° 1058-2020, 2022, F.J. 14), y por otro lado, algunos autores, recurriendo a la premeditación en la resolución criminal, entienden la ingesta de alcohol como circunstancia agravante (Peña Cabrera, 2023, p. 347).

Por otro lado, la jurisprudencia intentando dar solución a esta problemática, conviene en recurrir a una solución científica, a través del Método Widmark, como solución plausible para determinar la cantidad de alcohol en la sangre del procesado y a partir de allí, determinar cuantitativamente la responsabilidad de este (Recurso de Nulidad N° 1690-2021, 2022), sea como atenuante o agravante.

Toda esta situación genera que la comisión de estos ilícitos encuentren en algunos casos impunidad por la falta de aplicación legal de la norma penal y en otros casos arbitrariedad, creando con ello inseguridad jurídica para el procesado, al existir incertidumbre en cuanto a la calificación jurídica de los hechos que formule el Fiscal y la atribución de responsabilidad penal por parte del Colegiado, en específico, cuando se tramiten procesos por la comisión de un Delito contra la Libertad Sexual donde el agente presente presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor a 0.5 gramos-litro; conducta que por imperio de la ley, merecería su



tratamiento como agravante, como eximente imperfecta o como una circunstancia que excluye la responsabilidad penal.

Por consiguiente, el propósito que se busca con esta investigación es dar a conocer los fundamentos legales, dogmáticos y jurisprudenciales que al respecto existen, a fin de obtener una adecuada interpretación del Estado de Ebriedad del agente como circunstancia agravante en la comisión de Delitos contra la Libertad Sexual, en aras de reafirmar la legitimidad en la sanción penal que merece todo justiciable, así como evitar un conflicto manifiesto entre leyes penales.

Por lo que, evidenciado el problema y el objetivo de nuestra investigación, formulamos como problemas de investigación los siguientes.

1.2 Formulación del problema

1.2.1 Problema general

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para interpretar adecuadamente el estado de ebriedad del agente como una circunstancia agravante en la comisión de delitos sexuales en Perú?

1.2.2 Problemas específicos secundarios

- ¿Es la doctrina de la *actio libera in causa* un fundamento jurídico para realizar una adecuada interpretación del Estado de Ebriedad del agente y entenderla como agravante en la comisión de los Delitos Sexuales?



- ¿Sirve el Método Widmark de fundamento jurídico para una correcta interpretación del Estado de Ebriedad del agente como circunstancia agravante en la comisión de Delitos Sexuales?

- ¿Cuál es el contenido de una propuesta de modificatoria legislativa en el inciso 13 del artículo 170 del Código Penal, que respete los principios que rigen nuestro Sistema Penal, con base en la Constitución y los Derechos Fundamentales de los justiciables, evitando impunidad y/o arbitrariedad en procesados por delitos contra la Libertad Sexual?

1.3 Justificación

1.3.1 Conveniencia

Este estudio responde a la necesidad de realizar una interpretación adecuada del Estado de Ebriedad del agente debiéndose entender este estado como una circunstancia agravante en la comisión de Delitos Sexuales.

Los resultados servirán como base para efectuar una interpretación adecuada del Estado de Ebriedad en personas procesadas, así como servirá para unificar criterios en cuanto a la aplicación de esta circunstancia agravante del delito de violación sexual, evitándose un conflicto de normas penales en el ordenamiento jurídico, otorgando mayor legitimidad y seguridad jurídica al procesamiento de estos delitos cuando medie una circunstancia de ingesta de bebidas alcohólicas.



1.3.2 Relevancia social

La presente investigación contribuye en la comprensión de los alcances y efectos que implica el Estado de Ebriedad dentro de nuestra la sociedad, así como a comprender a dicho estado como una circunstancia agravante en delitos de violación sexual, lo que beneficiará a los justiciables tanto en el conocimiento como en el alcance de esta figura penal.

En ese sentido, con la presente investigación se pretende interiorizar en los ciudadanos de la sociedad, que el Estado de Ebriedad en determinadas circunstancias puede considerarse como una circunstancia que agrava la comisión del delito de violación sexual. Lo que se busca, es un cambio de paradigma en cuanto a la cultura ética impregnada en el común de los ciudadanos.

Asimismo, a partir de una interpretación correcta del Estado de Ebriedad, se plasmó en método de propuesta una alternativa legislativa que servirá de aplicación para los profesionales del Derecho.

1.3.3 Implicaciones prácticas

La investigación propone soluciones alternativas a la norma penal regulada en su Parte especial, para evitar antinomias normativas con la Parte General, identificando los principales fundamentos jurídicos con base en una correcta interpretación que respete la Constitución y los derechos fundamentales de los justiciables, restringiendo criterios que pudieran generar impunidad o arbitrariedad.



1.3.4 Valor teórico

Se analizó a profundidad las categorías de estudio referidas al Estado de Ebriedad presente en el agente y a su consideración como una circunstancia agravante en la comisión de Delitos contra la Libertad Sexual, tomando en cuenta su aplicación en la administración de justicia y su fundamento a través de leyes, doctrina y el derecho comparado, lo que supone un aporte teórico.

Asimismo, contribuye a una comprensión adecuada del Estado de Ebriedad para concebirla como una agravante en determinados supuestos, contraviniendo la concepción clásica que se tenía respecto al Estado de Ebriedad del agente como atenuante o eximente, lo que promueve nuevas investigaciones respecto de esta perspectiva.

1.3.5 Utilidad metodológica

El enfoque cualitativo, que es el elegido, servirá de base para generar motivación y aportes a futuras investigaciones jurídico-doctrinarias referidas al tema materia de investigación.

1.4 Objetivos de investigación

1.4.1 Objetivo general

Determinar cuáles son los fundamentos jurídicos para interpretar adecuadamente el estado de ebriedad del agente como una circunstancia agravante en la comisión de delitos sexuales en Perú.



1.4.2 Objetivos específicos

- Analizar si la doctrina de la *actio libera in causa* es un fundamento jurídico para realizar una adecuada interpretación del Estado de Ebriedad del agente y entenderla como agravante en la comisión de los Delitos Sexuales.

- Explicar si el Método Widmark sirve como fundamento jurídico para una correcta interpretación del Estado de Ebriedad del agente como circunstancia agravante en la comisión de Delitos Sexuales.

- Desarrollar el contenido de una propuesta de modificatoria legislativa en el inciso 13 del artículo 170 del Código Penal, que respete los principios que rigen nuestro Sistema Penal, con base en la Constitución y los Derechos Fundamentales de los justiciables, evitando impunidad y/o arbitrariedad en personas procesadas por delitos contra la Libertad Sexual.

1.5 Delimitación del estudio

1.5.1 Delimitación temporal

El presente estudio se desarrolló durante el año 2023.

1.5.2 Delimitación espacial

Se enmarca en el territorio peruano.



CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de estudio

2.1.1 Antecedentes internacionales

- Pando (2022) en su Trabajo de Fin de Grado, titulada “La intimidación ambiental en los delitos sexuales”, para optar al grado en Derecho por la Universidad Internacional de la Rioja, España. Sus conclusiones relevantes son:

Que, la definición de la intimidación ambiental podemos entenderla como la creación por parte de un agresor o varios agresores puestos de acuerdo, de un escenario de terror orientado a conseguir que una víctima acceda y se someta a realizar actos sexuales sin consentimiento, tomando una actitud de obediencia, la cual se sujeta únicamente por el temor a recibir un mal.

Así, el escenario creado está compuesto por la unión y sincronización de varias circunstancias objetivas, que puestas, aprovechadas y a sabiendas de los autores del delito, les permiten conseguir el fin sexual propuesto, sin olvidar el aspecto subjetivo de la víctima.

Para estimar la existencia de intimidación ambiental, hay que analizar cada hecho de forma individualizada, función que corresponde a los Tribunales, que deben razonar que el autor o autores del delito sexual han obtenido una intimidación mediante la creación de varios elementos que unidos, forman la intimidación ambiental.



Consiguientemente, para obtener esa fundamentación deben atender a las circunstancias objetivas que se producen en cada caso concreto y los resultados obtenidos por la utilización de esa intimidación, analizando para ello, el comportamiento de la víctima.

Defendemos la idea, que el hecho de que dos o más personas conjuntamente perpetren un acto sexual, aprovechando una capacidad numérica superior, su constitución física sumada entre todos, es suficiente argumento jurídico para descartar la existencia de prevalimiento, considerando la existencia de una intimidación ambiental, como elemento inicial del acto para conseguir doblegar la voluntad de la víctima.

El prevalimiento, tras su estudio, se produce por una relación de superioridad de índole social, familiar, laboral o personal, que se encuadra más dentro de unos elementos subjetivos y de coacción psicológica, que como en la intimidación ambiental, concurren unos elementos objetivos externos.

Es necesaria una mayor protección a las mujeres, por que como indicábamos al principio del análisis, las estadísticas son claras y muestran un aumento de casos de agresiones hacia el sexo femenino. La solución debe plantearse desde el enfoque de mejorar la política criminal aplicada en diferentes ámbitos, educativos, legislativos, sociales y de concienciación de todos los poderes públicos, buscando a su vez la eficacia. Pero se debe ir más allá y realizar una aportación personal y reflexión sobre nuestra manera de enfocar este problema y colaborar aumentando y mejorando la seguridad ciudadana, dándonos cuenta de que cualquier acto que puede ayudar a evitar un posible delito sexual, contribuirá a su erradicación o disminución.

Los delitos sexuales se han reformado en varias ocasiones, pero quizás las reformas deben ir ajustándose a la evolución de las formas de ejecutar los delitos e individualizar de la mejor forma, cada conducta ilícita, por ello abogamos por un CP más actualizado y práctico,



en cuanto a los delitos contra la libertad sexual, para conseguir que todo acto sexual ilegal sea calificado de la manera más ecuánime.

El aporte de este antecedente es teórico, puesto que nos ayuda a evidenciar que dentro del contexto de intimidación ambiental confluyen aspectos objetivos externos al aspecto subjetivo de la víctima, dentro del cual se encuentra la ingesta de alcohol como bien lo señala en su discusión, por ende nos dota de conocimiento a efectos de visualizar y abordar de forma correcta la problemática de la ingesta de alcohol –como contexto objetivo externo- inmerso dentro de un ilícito contra la libertad sexual.

- Valiente (2020) en su artículo titulado “La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal. El ejemplo de la imprudencia”, publicado en la Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología N° 22; establece como sus principales conclusiones:

Que la imprudencia construida como una estructura de imputación extraordinaria, significa que la decisión sobre la responsabilidad queda subrogada a la imposibilidad de una imputación a título de dolo, lo que implica que: i) todo caso de imprudencia es un caso de imputación extraordinaria, no sólo los casos de “culpa inconsciente”; ii) cabe hablar de imprudencia no solo cuando esté ausente o reducida la condición cognitiva (epistémica), sino también cuando lo esté la condición física (o de control), pues ambas son conjuntamente necesarias para que pueda afirmarse la capacidad de evitación intencional, fundamental para la función de imputación del dolo; iii) por tanto, los casos que tradicionalmente son tratados como casos de provocación responsable de “ausencia de acción o comportamiento humano” son casos de imprudencia. No es necesario resolverlos por la vía de la actio libera in causa; iv) en cuanto al objeto de imputación, el injusto doloso y el imprudente son idénticos. Es decir, contrarían la



misma norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada. Lo que diferencia de manera específica uno y otro injusto es el criterio a partir del cual imputamos el no haber evitado esa realización; v) es decir, la imprudencia es un problema de imputación subjetiva y no, como suele ser presentado, un problema de imputación (fundamentalmente) objetiva. Esta consideración es asumida por el modelo de la imputación extraordinaria, lo que permite presentarlo como un modelo de solución alternativo (correcto) al modelo de la imputación objetiva.

Así, señala que la cuestión que interesa plantear no es si la regla directa de responsabilidad permite una “regla” excepcional de responsabilidad, sino, más bien, si el principio de culpabilidad la admite. Esto es, si desde parámetros de merecimiento estaría justificado formular un reproche de culpabilidad cuando, faltando al momento del hecho una condición subjetiva o personal de imputación ordinaria, se apoya en una acción previa que no coincide temporalmente con la realización típica. De ser así, la regla excepcional de responsabilidad —la imputación extraordinaria— habrá de ser considerada una excepción a la regla directa —la imputación ordinaria—, pero conforme con el principio de culpabilidad. Como se ha tratado de mostrar, esto es lo que ya ocurre (también) con la admisión de la responsabilidad por imprudencia.

El aporte de este antecedente radica en el abordaje de la imputación extraordinaria, cuya principal característica surge de su consideración como una forma de atribución de responsabilidad, “regla” excepcional a la imputación ordinaria. Si bien, en cierta forma explica que la imputación extraordinaria encuentra sustento legitimador en la culpabilidad, esto no es del todo cierto, ya que intenta encontrar coincidencia entre una acción previa con la acción ejecutiva del delito. Nos brinda un amplio estudio acerca de la teoría de la imputación extraordinaria y su aplicación en la responsabilidad por imprudencia, estableciendo una



solución distinta a la propuesta por la doctrina de la actio libera in causa, aspecto que resulta de mucha importancia.

-Espinoza (2020) en su tesis “El estado de embriaguez como agravante en los delitos que atentan contra la integridad de las personas” para optar por el título de abogado en la Universidad Regional Autónoma de los Andes, Ecuador. Sus principales conclusiones son:

El estado de ebriedad, constituye una fase tanto más peligrosa que la infracción misma, en casi todas las actuaciones agresivas, del ente social (hombre y mujer), en su actuar lesivo contra la integridad personal que varias actuaciones, se han tomado en cuenta y las ha incorporado al propio delito tipo, elevando las penas, sin considerar este estado de ebriedad, como una circunstancia agravante; siendo únicamente notorio en la normativa solo en tránsito y aun ahí, es escasa la tipicidad normativa, considerándose solo en delito de lesiones y de manera gradual.

Así, un conductor ebrio convierte al vehículo en un arma letal, sin embargo, en el Código Orgánico Integral Penal, a pesar de constituir el estado de embriaguez una agravante en el caso de lesiones causadas por accidente de tránsito, conforme con el artículo 379, no lo es ante la muerte, a pesar de que existen fundamentos suficientes que lo justifican.

En los accidentes de tránsito que ocasiona el conductor ebrio, si es que se pretende resolver la problemática, habrá que dejar de hablar de culpa y sí del dolo eventual; no más excusas con el “no querer” de la culpa, pues, lógicamente, una persona que no actúe con el deber objetivo de cuidado que le corresponde como conductor, deja las cosas al azar, por el hecho de que un ebrio no puede asegurar que evitará el resultado, lo que permite calificar la conducción de temeraria.



Las posibles respuestas a la problemática; de momento debe agravarse la pena al conductor cuando conduciendo en estado de embriaguez, ocasione la muerte a una o varias personas; y, por otro lado, constituyendo la ingestión de bebidas alcohólicas (alcoholismo) un problema cultural, hay que seguir combatiéndola y educar a las nuevas y mayores generaciones.

El aporte de este antecedente es práctico puesto que ayuda a entender la problemática que encierra la ingesta de bebidas alcohólicas al interior de una sociedad, siendo importante el abordaje que hace el autor desde el delito de conducción en estado de ebriedad. Asimismo, nos aporta datos y conceptos sobre la ingesta de alcohol, la misma que distingue el autor entre ingesta consciente y las que se generan por una patología y las que producen una enfermedad en la persona, resaltando su grave repercusión al momento y antes de la comisión de un delito automotor.

2.1.2 Antecedentes nacionales

-Toledo (2021) en su tesis “Influencia del método Widmark en la responsabilidad penal en la fiscalía provincial mixta el porvenir-Trujillo” para optar por el título de abogado en Universidad Señor de Sipán, Pimentel. Sus principales conclusiones son:

La prueba en el proceso penal es de especial trascendencia porque constituye la base del éxito del proceso penal, así como permite al Ministerio Público imputar hechos y al juez fundamentar sus decisiones.

El estudio retrospectivo, mediante el denominado método Widmark, es una prueba de gran utilidad porque permite determinar el nivel de alcoholemia que presentaba una persona al momento de la comisión del delito. Asimismo, permitirá verificar un presupuesto de exención de responsabilidad penal. La grave alteración de la conciencia se produce cuando el sujeto se



encuentra dentro del cuarto período (2.5 a 3.5 g/l) de alcoholemia. Como causal de exoneración de responsabilidad penal, es no haber tenido control de sus acciones y ni advertido la antijuridicidad de su conducta. No funciona al probarse que el sujeto se puso en ese estado, en tal caso estaríamos ante una actio libera in causa y se le impondría la sanción que sea adecuada a cada caso concreto.

El acto de investigación de análisis retrospectivo, es pertinente porque tiene relación de facto entre los hechos delictivo y el tema del proceso penal; conducente, porque sirve para demostrar como realmente se cometió el delito y para ello la ley autoriza el uso del examen retrospectivo de alcoholemia; es útil porque, el servicio que brinda al proceso, consiste en presentar resultados de alcoholemia que presentaba el imputado, al momento de los hechos; y, es legítimo, porque no viola ningún derecho constitucional del imputado.

El uso del método Widmark al ser de naturaleza científica, influye en la determinación de la responsabilidad penal porque sus resultados, con su base en el dosaje etílico, permitirá determinar si la afectación o alteración de la conciencia es grave y que constituirá un eximente de responsabilidad penal. Quien lo invoca está obligado a probarlo.

El aporte de este antecedente, al ser de tipo cuantitativo, nos ayuda a entender de forma certera en base a sus resultados la importancia del Método Widmark en la investigación y consecuente atribución de responsabilidad penal. De igual forma, resalta la concepción del Método Widmark, como método de prueba, sus alcances y aplicación en nuestra jurisprudencia nacional, así como de su influencia en la imputabilidad e inimputabilidad del agente.

-León (2020) en su tesis “El método de Widmark y su aplicación en el delito de conducción en estado de ebriedad, para reducir la impunidad” para optar por el título de abogado en la Universidad Cesar Vallejo, Trujillo. Sus principales conclusiones son:



Se logró determinar la tasa de impunidad antes de la aplicación del método de Widmark, la cual está comprendida por 1969 conductores, que representan el 25% del total de resultados cualitativos de dosaje etílico con resultado positivo.

Se determinó la concentración de alcohol en sangre con la que se encontraba cada conductor al momento de la intervención policial; dicha información constituyó la base de datos sobre la que se desarrolló el presente trabajo. Luego de la aplicación el método de Widmark, se logró determinar la tasa de impunidad en el periodo de enero de 2016 a agosto de 2019; la misma que está comprendida por 560 conductores, que representan el 7% del total de casos que dieron positivo al examen cualitativo de alcoholemia. Se logró demostrar que el cálculo retrospectivo mediante la aplicación del método de Widmark influye en un 18% en la disminución de la tasa de impunidad, el delito de conducción en estado de ebriedad; se logró reducir del 25% que es igual a 1969 conductores, al 7% que es igual a 560 conductores; es decir, de los 1969 intervenidos por conducir en estado de ebriedad, solo 560 realmente se encontraban conduciendo con límites menores al legalmente permitido.

Se determinó que la impunidad en un primer momento ha sido ocasionada de manera directa por los efectivos policiales a cargo de la investigación, quienes tuvieron una demora excesiva al trasladar o disponer el traslado del intervenido hacia la UNIDDEP-ST, para que le realicen el examen cuantitativo de dosaje etílico, pese que la Directiva N°18-03-2017-DIRGEN/SUB-DGPNPDIREJESAN-B, señala que deben ser trasladados de inmediato. De manera indirecta, pero con mayor responsabilidad, la impunidad también ha sido genera por los fiscales penales a cargo de la investigación, quienes no ejercieron control sobre los actos de investigación realizados por la policía; a pesar de los señalado en artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Penal.



Este antecedente sirvió de aporte explicativo puesto que entiende la forma de aplicación que ha tenido el método Widmark durante el año 2016, siendo su uso parcialmente ajeno a la investigación policial y función fiscal, lo que habría contribuido a generar impunidad en las investigaciones por conducción en estado de ebriedad. Este antecedente nos ayuda a vislumbrar la problemática de fondo, la ingesta de bebidas alcohólicas y el intento de construir a través del método Widmark un mecanismo adecuado que ayude en la sanción penal, ello por el carácter científico de dicho medio de prueba.

-Rojas (2020) en su tesis “Actio libera in causa, como excepción para considerar al estado de ebriedad o drogadicción como un agravante de punición” para optar por el título de abogado en la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo, Lambayeque. Sus principales conclusiones son:

Al proponer la liberación de una causa como una excepción, la severidad del castigo entre la intoxicación y la drogadicción cesará, en donde se llegó a determinar el agravante de la punición, no solo como un acto preparatorio, sino como un "inicio de ejecución".

El actio libera in causa como agravante de punición se aplica de acuerdo a las circunstancias en que la acción se presenta como un acto criminal agravante, llegándose a establecer como un objeto activo del delito, es decir, no existe un requisito especial para realizar el comportamiento típico.

Bajo el análisis jurisprudencial realizado, se analizó que los casos sujetos a estado de ebriedad y drogadicción se llegan a determinar como una circunstancia agravante en donde se establece que, el agente parece crear una situación de peligro o riesgo al manipular objetos, lo cual es típico de ofensas peligrosas.



En función a la propuesta normativa, se aplicó excepciones para considerar al estado de ebriedad o drogadicción como un agravante de punición, es decir, se determina la naturaleza y la metodología del barómetro sobre los niveles de alcohol en sangre, así como las consecuencias sobre estructura de la teoría del crimen en sí.

El aporte de este antecedente es teórico y práctico, puesto que nos dota de amplia explicación doctrinaria respecto del actio libera in causa. Es práctico puesto que el abordaje en que se centra el autor radica en buscar una excepción a la consideración como agravante del estado de ebriedad o drogadicción en supuestos de delitos de conducción en dicho estado, para lo cual recurre a la censura y/o anuncio en vías públicas de su consideración como delito, evitando con ello –en lo posible– una aplicación de la actio libera in causa como agravante en los tipos penales estudiados por el autor. El estudio que hace el autor ayuda en entender que los tipos penales llevan implícitamente un contenido propio de una estructura de actio libera in causa, lo que justifica su abordaje y consecuente consideración para abordar el tema ahora propuesto.

2.1.3 Antecedentes locales

Podesta (2022) suscribe “La agravante por estado de ebriedad en el delito de violación sexual en los Códigos Penales de Latinoamérica” en la Revista de Derecho YACHAQ N° 14. Sus principales conclusiones son:

El análisis realizado a los Códigos Penales de Latinoamérica contribuyó en la comprensión del estado de ebriedad del autor como agravante para el delito de violación sexual, pues permitió conocer que los ordenamientos penales de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, República Dominicana, Ecuador, Uruguay y Venezuela prescriben que la ebriedad del autor de forma preordenada debe ser evaluada bajo los



alcances de la figura del actio libera in causa, en los cuales el hecho de colocarse en estado de ebriedad para cometer un delito será considerado como una agravante genérica o permitirá sancionar al delito sin atenuación. En ese sentido se concluye que, en nuestro país no es posible aplicar la figura del actio libera in causa para ningún delito, a razón de que esta figura no se encuentra regulada en nuestra normativa penal; y, si eventualmente se procede a evaluarla y aplicarla en un caso en concreto, se provocaría la vulneración del principio de legalidad.

El Perú es el único país innovador en considerar al estado de ebriedad del autor como una agravante específica para el delito de violación sexual, empero, dentro de la doctrina nacional, la jurisprudencia y los antecedentes de la ley no se verifican fundamentos sólidos que permitan incorporarla tal cual se encuentra planteada. En ese sentido, considerando que el único modo de interpretarla es bajo los alcances del acto libera in causa, conforme la normativa penal de los países latinoamericanos que se ha estudiado en este artículo, lo cierto es que al no estar positivizado en nuestro Código Penal no es posible su aplicación. Por lo que resulta necesario suprimir el inciso 13 del artículo 170 del Código Penal, mientras no tengan estudios sociales, jurídicos y médicos que establezcan que el estado de ebriedad del autor provoca mayor lesividad al bien jurídico protegido en el delito de violación sexual o crea una situación personal en el agente que permita aumentar su responsabilidad penal.

El aporte de este antecedente es teórico, puesto que nos ayuda a entender a la circunstancia agravante del estado de ebriedad del agente en la comisión de los delitos sexuales, ello desde una perspectiva de derecho comparado, al mismo tiempo que aporta conocimiento sobre la doctrina de la actio libera in causa y el método Widmark. Sin embargo, deja implícito muchas dudas, lo que conlleva a que en esta investigación se busque esclarecer los puntos concernientes a la forma correcta de interpretar el inciso 13 del artículo 170 del código penal y evidenciar una posible antinomia con la parte general. Al mismo tiempo, este artículo sirve de



sustento y permite al investigador buscar una solución plausible que respete el principio de legalidad y culpabilidad, a efectos de evitar futuras interpretaciones erradas y contrarias a derecho.

2.2 Bases teóricas

2.2.1 Antinomia

Para hablar sobre las antinomias, es esencial comprender primero su concepción, esta es de origen griego y como afirma Chanamé (2016) “tiene dos acepciones: una anti (que significa contra) y otros nomos (que significa ley) dado así, es la contradicción de dos leyes o dos conceptos en el mismo cuerpo legal que se contradicen o niegan” (p. 108).

Así, en la administración judicial es común ver antinomias ya que, por lo general, se evidencian en sentencias que difieren acorde a cada criterio jurisdiccional, es decir, existe multiplicidad de interpretaciones que buscan dar una solución a un conflicto a veces entrando en contradicción, en ese mismo sentido, refiere Villar (2016) que:

Cabe destacar que las antinomias se presentan por la interpretación que se realiza, es decir, son el resultado de la actividad interpretativa de un operador jurídico. En ese sentido, algunos de los problemas que surgen por éstas, se pueden salvar con alguna otra interpretación que le dé el sujeto que realiza dicha actividad. (pág. 5)

En efecto, es un hecho que al momento de la decisión judicial, el criterio argumentativo jurídico, genera una valoración en búsqueda de eliminar la antinomia –en principio existente-, así lo enseña el maestro García Amado (2023), al señalar que:



(...) el centro de la argumentación en que consiste el discurso de aplicación que el juez lleva a cabo ha de situarse en la justificación de su valoración de las circunstancias y detalles del caso y, a partir de ahí, proyectarse en la selección de la norma y su interpretación. No se tratará ya de convencer a un auditorio de que se aplica una buena norma (a la norma legítima la bondad se le presupone), sino de que se aplica y se aplica del mejor modo la norma que hace mejor justicia al caso. (p. 219)

Señalando que este argumento interpretativo, no es posible realizarlo por el común de las personas, sino que es propiamente de un argumento específicamente jurídico (García Amado, 2023).

Argumento específicamente jurídico que lo describe de la siguiente manera:

(...) es aquel que prescribe el descarte de una de las interpretaciones posibles de la norma, para que dicha norma no entre en conflicto o antinomia con otra del mismo sistema y sea necesario declarar la no validez de una de las dos, excluir una del sistema, a costa incluso de provocar una laguna normativa. (García Amado, 2023, p. 287)

Entonces, podemos decir que en la decisión judicial, existe una fase intelectual en el Juzgador en puridad antinómica que busca la elección de la norma jurídica más adecuada aplicable en caso de leyes aparentemente contradictorias.

Decisión que, inclusive en algunos casos, crean Derecho, como lo advierte García Amado (2023):

También crean derecho los jueces en aquellas ocasiones excepcionales en que resuelven una antinomia de segundo grado, es decir, una contradicción para el caso entre normas



coetáneas (no se aplica la regla de *lex posterior* para resolver la antinomia), de igual jerarquía (no se aplica la regla de *lex superior* para resolver la antinomia) y del mismo alcance en su formulación (no se aplica la regla de *lex specialis*). (p. 292)

2.2.2 Derecho penal

2.2.2.1. Denominación

Desde siglos atrás, el hoy denominado Derecho penal, no tuvo una historia pacífica, ya que inclusive en su denominación fue conocido de distintas maneras.

A modo de ejemplo, “en Alemania fue llamada antiguamente *peinliches Recht*. Así, la designaron Engelhard, Kleinschrod, Feuerbach, Savigny, Köstlin y Zumpft. Sin embargo, estos cuatro últimos también le dieron el título *kriminalrecht*” (Jiménez de Asúa, 1984, p.17). Denominaciones que, a decir de Bustos (2004), “(...) denotaba diferentes significaciones respecto del Derecho Penal. *Peinlich* hacía referencia de la idea de expiación; en cambio *kriminalrecht* tenía un sentido más descriptivo, pues engloba todas las disposiciones referentes al crimen” (p. 241).

Por otro lado, según refiere Jiménez de Asúa (1984), “en Italia emplean la expresión *Diritto penale*, aunque los positivistas prefieren denominarle *Diritto criminale*, para desterrar la palabra “pena”, que, como es sabido, reemplazan por “sanción”. En Francia está equilibrado el empleo de *Droit pénal* y de *Droit criminel*” (p.17).

Ya en el siglo XIX, el mismo título lo siguen utilizando autores de la jerarquía de Carmignani y Carrara, y en Argentina, Tejedor.



Con el propósito de asignar un contenido distinto a la ciencia penal o de poner en evidencia otros aspectos, tales como sus fundamentos o sus fines, se la tituló con rótulos bastante dispares: *Derecho de la lucha contra el delito* (THOMSEN), *Teoría de las leyes de la seguridad social* (CARMIGNANI) y varios otros. (Fontán, 1998, p. 13)

Sin embargo, estas denominaciones han evolucionado, citando por ejemplo el caso de Alemania, donde según señala Mezger (1949, citado por Bustos, 2004, p. 241) “fue el discípulo de Cristian Wolff, Regnerus Engelhard, quien primero utilizó la expresión «Derecho Penal» («Strafrecht»)”. Siendo que actualmente, es reconocido en dicho país como *Strafrecht* (Jiménez de Asúa, 1984).

La distinción entre una u otra denominación a lo largo de la historia del Derecho Penal, dice Fontán (1998) puede atribuírsele a su fundamento, contenido y particularidades de esta ciencia, es decir, “el nombre de una ciencia, se formula, por lo común, señalando las notas esenciales de su contenido y las particularidades que la caracterizan y distinguen de otras disciplinas de naturaleza semejante” (p. 13).

Por lo demás, entre una u otra definición que por las circunstancias se puedan erigir, nosotros diremos que la denominación adecuada para esta ciencia de tan larga data, conforme así también se tiene en España y en los países que hablan nuestro idioma (Jiménez de Asúa, 1984), es: Derecho Penal; puesto que como señala el maestro Fontán Balestra (1998) “indica su naturaleza de ciencia jurídica y el carácter más específico de su contenido, consistente en el estudio de los actos que la ley amenaza con pena” (p. 13).

Denominación que es la más usada por la mayor parte de la literatura penal peruana (Villavicencio, 2013, p. 9).



2.2.2.2. Definición

En relación a la definición del Derecho penal, han existido variadas definiciones de esta, así, a decir de Jiménez de Asúa (1984):

Muchas se dieron de nuestra disciplina. De carácter subjetivo, unas, y de índole objetiva, las otras. Pertenecen al primer grupo las que nos ofrecieron Berner y Brusa: La ciencia que funda y determina el ejercicio del poder punitivo del Estado. De carácter objetivo son las dadas por Renazzi, Tancredo Canonico, Holtzendorff, etc.: Conjunto de normas que regulan el Derecho punitivo. En esta clase pueden ser incluidas también las más recientes de Franz Von Liszt, Prins, Garraud, etc.: Conjunto de normas que asocian, al crimen como hecho, la pena como legitima consecuencia. (p. 18)

En el ámbito peruano, Villavicencio (2013), la ha definido como: “aquella parte del ordenamiento jurídico que define ciertas conductas como delitos y establece la imposición de penas o medidas de seguridad a los infractores” (p. 8).

2.2.3 Inimputabilidad

2.2.3.1 Concepto de imputabilidad

A decir del maestro Muñoz Conde, citado por Villa (2014) señala: “que al conjunto de estas facultades psíquicas y físicas mínimas, requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico se le llama imputabilidad” (pág. 454).



De igual forma Berdugo et al. (1999, citado en Villavicencio, 2013) señala que la imputabilidad o capacidad de culpabilidad es la “suficiente capacidad de motivación del autor por la norma penal” (p. 594).

Por lo que, “imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias; es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable” (Jiménez de Asúa, 1984, p. 325).

2.2.3.2. Concepto de inimputabilidad

Ahora bien, luego de conceptualizada la Imputabilidad o capacidad de culpabilidad o de reproche penal, como advierte García (2012) “la inimputabilidad es una causa de exclusión de la culpabilidad que se presenta cuando quien realizó el injusto penal no reúne las condiciones para ser sujeto de una imputación penal” (pág. 642). La falta de una de las condiciones de culpabilidad, niega la posibilidad de un reproche penal.

Es por ello que, Hurtado (2016) señala que “la realización de un resultado delictuoso – muerte, lesión o daño a la propiedad- no basta; solo la relación personal íntima entre el agente y el comportamiento delictuoso podría fundar la imposición de la pena” (p. 267).

En el mismo sentido, para Jiménez de Asúa (1984) “la imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona” (p. 326).

2.2.3.3 Causas de inimputabilidad o de exclusión de la culpabilidad

Según el maestro Villa (2014):



En la doctrina dominante, las causas de inimputabilidad o las causas de exclusión de la capacidad de culpabilidad son: La minoría de edad; la anomalía psíquica permanente; el trastorno mental transitorio, la deficiencia mental, la alteración de los sentidos o la percepción en el sentido sensorial de la palabra. (Pág. 459)

Por otro lado, para Villavicencio (2013):

Las *causas de inimputabilidad* que señala nuestro Código Penal en su artículo 20 son la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia, la alteración de la percepción (numeral 1). El código penal en el artículo 20, numeral 1, se funda en un criterio mixto (biológico-normativo). Así, no solo es necesaria la presencia de una anomalía psíquica, sino que además esta anomalía incapacite al sujeto de comprender la antijuridicidad de su acción y de comportarse de acuerdo a la misma. (p. 598-599)

2.2.3.4 Grave alteración de la conciencia

Según, Villavicencio (2013), “la inimputabilidad puede ser consecuencia no solo de ciertos estados patológicos permanentes (anomalía psíquica) sino también de ciertos estados anormales pasajeros” (p. 603). Nuestro Código Penal (1991) reconoce a esta causa de exclusión en el numeral 1 del artículo 20, que dispone:

Está exento de responsabilidad penal:

1. El que, por (...) grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión. (Artículo 20)



Al respecto, Villa (2014), señala sobre esta causal, que “la grave alteración de la conciencia acarrea inimputabilidad cuando comprende una suerte de perturbación cognitiva que hace que el actor pierda su capacidad intelectual de percatarse del carácter delictuoso de sus actos” (p. 476).

Por otro lado, como señala Hurtado (2016):

En relación con la grave alteración de la conciencia, el profano, si bien no puede dar una definición de la conciencia, parte de la idea que el ser humano está dotado de cierto poder de reflexión; este poder significa que el hombre obra sabiendo lo que hace. (p. 271)

Finalmente, en relación al estado de ebriedad que provoca una situación de grave alteración de la conciencia, como menciona Villavicencio (2013) “lo que excluye la inimputabilidad no es que el sujeto este ebrio en el momento del hecho, sino que el alcohol condujo al agente a un estado de grave alteración de la conciencia” (p. 604).

2.2.3.5 Actio Libera in Causa

Según la profesora, Ujala (1992):

Con el termino actio libera in causa, la doctrina hace referencia (...) a aquellas situaciones caracterizadas por el hecho de que un sujeto realiza un hecho típico en estado de «ausencia de libertad» (o de anormalidad motivacional, según la concepción que se defiende) -es decir, de inculpabilidad. (p. 28)



Por su parte, Villa (2014), señala que es “llamada también trastorno mental preordenado en atención a que el agente de modo premeditado se coloca en la situación de inimputabilidad para delinquir” (p. 481).

Para Bramont-Arias (2008):

La figura del: “*actio libera in causa*” surge cuando el sujeto activo se coloca en una situación de imputabilidad restringida o inimputabilidad, para de esta forma obtener la aplicación de una pena inferior. Cuando se comprueba, la pena no se rebaja, por ejemplo: cuando una persona se embriaga con el propósito de darse valor para cometer un delito de homicidio y, efectivamente lo realiza, responde como si no hubiese tomado alcohol. (p. 318)

Así, “a pesar de sus dificultades, la idea de la *actio libera in causa* supone la posibilidad de sanción para el sujeto que, al momento de cometer la infracción, presentaba un cuadro de inimputabilidad” (Villavicencio, 2013, p. 604). Ello supone pues una afectación al principio de culpabilidad.

Al respecto, esta afectación al principio de culpabilidad también genera preocupación en el funcionalista Günther Jakobs (2004), pues menciona:

Precisamente el comportamiento del incapaz de culpabilidad no se puede pronosticar de acuerdo con los planes del capaz de culpabilidad; en cualquier caso, no existe regla alguna que permita afirmar que el incapaz vaya a llevar a cabo lo que, anteriormente, haya deseado el capaz de culpabilidad. (p. 212-213)



Por lo que, si bien en un principio esta doctrina serviría para no dejar impunes conductas de inimputables o semi-inimputables que idearon su conducta delictiva previo a dicho estado; empero, la doctrina de la *actio libera in causa* genera una colisión directa con regla al principio de culpabilidad.

Frente a esta problemática, distintos doctrinarios han intentado darle solución recurriendo a los denominados modelos de la excepción, del tipo y/o de la autoría mediata (Villavicencio, 2013, p. 604-605), sin embargo, el tema aún se mantiene en discusión.

2.2.4 Delito de Violación Sexual

2.2.4.1 Concepto

El delito de Violación Sexual, en nuestro Código Penal (1991), está descrito de la siguiente manera:

Artículo 170.- Violación sexual

El que con violencia, física o psicológica, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, obliga a esta a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de catorce ni mayor de veinte años. (Artículo 170)



Según Chanamé (2016) se trata de un “delito que consiste en forzar a otra persona a tener trato carnal contra su voluntad, o con su voluntad cuando el sujeto pasivo es un menor de edad, caso en que se agrava la figura” (pág. 760).

Por su parte, dicho en palabras de Arbulú (2018):

La libertad sexual es vulnerada cuando una persona trata de imponer a otra un acto de contenido sexual en contra de su voluntad empleando violencia física (vis absoluta) o psicológica (vis compulsiva), esta última modalidad la asume el Código Penal como amenaza. (p. 194)

Ahora bien, desde la óptica de la Organización Mundial de la Salud (OMS) esta se define como:

Todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo. (Organización Panamericana de la Salud)

2.2.4.2 Bien Jurídico

En palabras de Bramont-Arias (2008) se puede entender al bien jurídico de la siguiente manera:

Actualmente, toda norma de la parte especial del Código Penal o de Leyes especiales deben proteger por lo menos un bien jurídico. De aquí que, para aplicar la sanción penal



se requiera necesariamente que se haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico protegido (art. IV del Título Preliminar del Código Penal) (p. 92)

Por lo que, al requerirse una lesión o puesta en peligro, “el bien jurídico que protege el delito de violación sexual es la Libertad Sexual, lo que es sumamente acertado al haberse alejado del bien jurídico “honor sexual” que tutelaba el Código Penal peruano de 1924” (Villareal, 2022, p. 38)

Ahora bien, dentro del Capítulo IV del Código Penal se establecen a todos los Delitos contra la Libertad Sexual, existiendo una diferenciación en cada tipo penal, en base a bienes jurídicos tutelados; por un lado se tiene que algunos tipos penales protegen la libertad sexual y otros la indemnidad sexual.

De este modo, para Villegas (2021), la libertad sexual se encuentra definida como “la facultad de autodeterminación en esfera sexual, lo que implica la posibilidad de poder decidir en libertad sobre el lugar, tiempo, modo y pareja con quien se desea tener la relación sexual” (p. 47).

Por otro lado, en los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, lo que se protege no es la libertad sexual, porque esta no existe en ellos, sino que lo que se tutela es la denominada “intangibilidad” o “indemnidad sexual”, entendida como la posibilidad de proteger que la persona en un futuro llegue a tener las condiciones óptimas para ejercer su libertad sexual. (Villegas, 2021, p. 47)

2.2.4.3. Circunstancias agravantes del delito de Violación Sexual



Las circunstancias adoptan la forma de factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo, regulados legalmente, que pueden concurrir en la realización de un delito o en la intervención de sus autores o partícipes. Su función esencial es la de ayudar a la medición judicial de la intensidad de un delito y a la decisión sobre la calidad o extensión del castigo que aquel merece. (Prado, 2018, p. 193)

Por lo que, las agravantes que establece nuestro Código Penal para el tipo penal de Violación Sexual, se describen de la siguiente forma:

(.) La pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, en cualquiera de los casos siguientes:

1. Si la violación se realiza con el empleo de arma o por dos o más sujetos.
2. Si el agente abusa de su profesión, ciencia u oficio o se aprovecha de cualquier posición, cargo o responsabilidad legal que le confiera el deber de vigilancia, custodia o particular autoridad sobre la víctima o la impulsa a depositar su confianza en él.
3. Si el agente aprovecha su calidad de ascendiente o descendiente, por consanguinidad, adopción o afinidad; o de cónyuge, excónyuge, conviviente o exconviviente o con la víctima esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga; o tiene hijos en común con la víctima; o habita en el mismo hogar de la víctima siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; o es pariente colateral hasta el cuarto grado, por consanguinidad o adopción o segundo grado de afinidad.
4. Si es cometido por pastor, sacerdote o líder de una organización religiosa o espiritual que tenga particular ascendencia sobre la víctima.



5. Si el agente tiene cargo directivo, es docente, auxiliar o personal administrativo en el centro educativo donde estudia la víctima.
6. Si mantiene una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, o de una relación laboral con la víctima, o si esta le presta servicios como trabajador del hogar.
7. Si fuera cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, o cualquier funcionario o servidor público, valiéndose del ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas.
8. Si el agente tiene conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
9. Si el agente, a sabiendas, comete la violación sexual en presencia de cualquier niña, niño o adolescente.
10. Si la víctima se encuentra en estado de gestación.
11. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad, es adulto mayor o sufre de discapacidad, física o sensorial, y el agente se aprovecha de dicha condición.
12. Si la víctima es mujer y es agraviada por su condición de tal en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B.
13. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas,



estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas que pudiera alterar su conciencia.

(1991, Artículo 170)

2.2.5 Circunstancias agravantes en los delitos contra la Libertad Sexual

En el mismo sentido con la reforma impuesto por la Ley N° 30838, nuestro Código Penal (1991) ha merecido una nueva descripción, donde se señala:

Artículo 177.- Formas agravadas

En cualquiera de los casos de los artículos 170, 171, 172, 174, 175, 176 y 176-A:

1. Si el agente procedió con crueldad, alevosía o para degradar a la víctima, la pena privativa de libertad se incrementa en cinco años en los extremos mínimo y máximo en el respectivo delito.
2. Si los actos producen lesión grave en la víctima y el agente pudo prever ese resultado, la pena privativa de libertad será no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años.
3. Si los actos causan la muerte de la víctima y el agente pudo prever ese resultado, la pena será de cadena perpetua.

En los casos de los delitos previstos en los artículos 171, 172, 174, 176 y 176-A la pena se incrementa en cinco años en sus extremos mínimo y máximo si concurre cualquiera de las circunstancias establecidas en el artículo 170, segundo párrafo.

Si el agente registra cualquiera de las conductas previstas en los artículos 170, 171, 172, 174, 175, 176 y 176-A mediante cualquier medio visual, auditivo o audiovisual o la



transmite mediante cualquier tecnología de la información o comunicación, la pena se incrementa en cinco años en los extremos mínimo y máximo aplicable al delito registrado o transmitido. (Artículo 177)

Así, existen tres niveles de agravación por cada circunstancia concurrente, donde cada nivel no es aplicable a todos los tipos penales específicos del Capítulo IV, sino que al contrario, se hace una remisión a cada tipo específico para su agravación correspondiente por la circunstancia que se presente.

2.3 Hipótesis de trabajo

Los fundamentos jurídicos para interpretar adecuadamente al estado de ebriedad del agente como una circunstancia agravante en la comisión de delitos sexuales en el Perú, son:

1. La Doctrina de la *actio libera in causa*, ayuda a interpretar el precepto legal contemplado en el inciso 13 del artículo 170 del Código Penal; donde la solución planteada por esta doctrina debe ser tomada de forma restrictiva, esto es, solo debe ser tomada para fundamentar la agravante a supuestos de alteración de la consciencia donde el sujeto aun es consciente –inimputabilidad restringida o disminuida-.
2. El uso del Método Widmark, aceptado jurisprudencialmente deviene en un fundamento jurídico perfectamente aplicable al caso de situaciones en las que el agente ingiere bebidas alcohólicas, los resultados a que hace referencia el referido Método Widmark evidencian el motivo de considerar a la conducta del agente como una circunstancia agravante, ello por las características o síntomas que influyen en una mayor lesividad al bien jurídico tutelado.
3. La conducta delictiva con ocasión de la ingesta de bebidas alcohólicas analizada a partir de la Imprudencia, construida como una estructura de imputación



extraordinaria (Valiente, 2020) y que encuentra ampliamente desarrollada en el la cultura alemana con ocasión de la regulación de la “Embriaguez Total”, sirve como un doble filtro regulando el *actio libera in causa* y los supuestos de imprudencia como consecuencia de ausencia de responsabilidad provocada, recurriendo al modelo de la Excepción a fin de fundar la agravación en la punibilidad de la conducta.

4. El análisis en conjunto de los elementos del tipo penal y la circunstancia agravante, ayuda a entender el sentido del legislador al momento de sancionar como agravante al estado de ebriedad. Sucede lo mismo con otros tipos penales donde la circunstancia agravante se remite a cada elemento del tipo penal base y esto evidencia una mayor punibilidad de la conducta desplegada.

2.4 Categorías de estudio

Tabla 1.

Categorías y subcategorías de estudio

Categorías	Subcategorías
1. El Estado de Ebriedad del agente	<ul style="list-style-type: none"> - Principios del Derecho Penal. - Culpabilidad. - Eximentes perfectas e imperfectas. - La grave alteración de la conciencia. - Alteraciones de la percepción. - Derecho Penal de autor y de acto - Actio Libera in Causa - Método Widmark - Legislación comparada
2. Circunstancias agravantes	<ul style="list-style-type: none"> - Circunstancias, clases y efectos - Circunstancias agravantes - Nuevas figuras agravadas incorporadas con la ley N° 30838 - Modificación de las agravantes del artículo 170 del Código Penal



	-El estado de ebriedad del agente como circunstancia agravante en los delitos de violación sexual
3. La comisión de los Delitos Sexuales	<ul style="list-style-type: none"> - Bien jurídico. - Tipicidad objetiva y subjetiva. - El delito de violación sexual - Tipos penales agravados. - Legislación comparada sobre violación sexual y ebriedad.

Fuente: Elaboración propia

2.5 Definición de términos

Antinomia

Se entiende por ella un concepto “de origen griego que tiene dos acepciones: una *anti* (que significa contra) y otra *nomos* (que significa ley) dado así, es la contradicción de dos leyes o dos conceptos en el mismo cuerpo legal que se contradicen o niegan” (Chanamé, 2016, p. 108).

Culpabilidad

En palabras de los maestros Muñoz y García (2022):

En derecho penal se asigna al concepto de culpabilidad una triple significación (...)

- Por un lado, la culpabilidad como fundamento de la pena se refiere a la cuestión de si procede imponer una pena al autor de un hecho típico y antijurídico, es decir, prohibido por la ley penal con la amenaza de una pena.

- Por otro lado está la culpabilidad como elemento de la determinación o medición de la pena. En ese caso se asigna a la culpabilidad la función sobre todo limitadora, que impida que la pena pueda ser impuesta por encima de unos límites que vienen impuestos por la idea misma de culpabilidad, además de por otros criterios como la importancia del bien jurídico protegido, los fines preventivos, etc.



- Finalmente, el concepto de culpabilidad se emplea como proscripción de la responsabilidad por el resultado, o responsabilidad puramente objetiva. En este sentido, el principio de culpabilidad impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo y a la imprudencia. (p. 86)

Inimputabilidad

La inimputabilidad es una causa de exclusión de la culpabilidad que se presenta cuando quien realice el injusto penal no reúne las condiciones para ser sujeto de una imputación penal (García, 2012, p. 642).

Grave alteración de la conciencia

Se entiende por grave alteración de la conciencia al estado que “comprende una suerte de perturbación cognitiva que hace que el actor pierda su capacidad intelectual de percatarse del carácter delictuoso de sus actos” (Villa, 2014, p. 476).

Actio Libera In Causa

Como menciona Ujala (1992):

Con el termino actio libera in causa, la doctrina hace referencia (...) a aquellas situaciones caracterizadas por el hecho de que un sujeto realiza un hecho típico en estado de «ausencia de libertad» (o de anormalidad motivacional, según la concepción que se defiende) -es decir, de inculpabilidad. (p. 28)

Violación de la Libertad Sexual

Delito que consiste en forzar a otra persona a tener trato carnal contra su voluntad, o con su voluntad cuando el sujeto pasivo es un menor de edad, caso en que se agrava la figura. (Chanamé, 2016, p. 760)

Circunstancias Agravantes

Las circunstancias agravantes consisten en un hecho, relación o dato concreto, tomado en cuenta por el legislador, para que, proyectándolo sobre la consecuencia jurídica de la



comisión de un delito (responsabilidad penal), pueda conducir a un aumento de la cantidad de pena a imponer al responsable. (Künsemüller, 2021, p. 43)



CAPÍTULO III: MÉTODO

3.1 Diseño metodológico

Tipo: Dogmática analítica y propositiva.

Un estudio normativo o dogmático, describe, analiza, interpreta y aplica las normas jurídicas; para ello, conoce y estudia las normas jurídicas, desarrolla conceptos y métodos para construir instituciones y un orden dinámico, ayuda a producir y crear nuevas normas, las interpreta y aplica, y contribuye a controlar el comportamiento humano y a resolver conflictos de eficacia. (Tantaleán, 2016)

Esta investigación además de ser analítica también es propositiva, pues propone una modificatoria legislativa del inciso 13 del artículo 170 del Código Penal, que respete el sistema penal, con base en la Constitución Política del Estado Peruano y los derechos fundamentales de todos los justiciables; a fin de evitar conflicto de normas penales que se advierten de su actual redacción.

La investigación jurídica propositiva es un enfoque dentro del ámbito del derecho que tiene como objetivo principal proponer soluciones o medidas concretas para abordar problemas o situaciones jurídicas específicas. A diferencia de la investigación jurídica tradicional, que se enfoca en analizar y describir las normas y jurisprudencia existentes, la investigación jurídica propositiva busca identificar problemas o vacíos legales y sugerir cambios, reformas o políticas que puedan mejorar el sistema jurídico, como lo es en el presente caso.

La investigación jurídica propositiva es valiosa porque contribuyen al desarrollo y mejora del Sistema de Justicia y del marco normativo de un país. Puede ayudar a encontrar respuestas a desafíos legales emergentes, a adecuar el ordenamiento jurídico a las necesidades sociales cambiantes y a garantizar la protección de los derechos y la equidad.

Para llevar a cabo una investigación jurídica propositiva, es esencial contar con un conocimiento profundo del derecho y la jurisprudencia vigente, así como habilidades analíticas



y críticas para identificar problemas y diseñar soluciones efectivas. Además, el investigador debe estar comprometido con el bienestar social y el avance de la justicia y la equidad.

Como sostiene Castro Cuba (2019), “la investigación propositiva, al ser bifásica, debe contener dos momentos en su desarrollo: el diagnóstico del problema y la propuesta de solución” (p.37).

Enfoque:

La investigación fue cualitativa. Así, desde la perspectiva de Aranzamendi y Humpiri (2021), la investigación cualitativa se orienta hacia la comprensión e interpretación de una situación o fenómeno jurídico y no se centra en cuantificaciones, predicciones ni controles de variables.

Este estudio se funda en el análisis e interpretación de la agravante contenida en el inciso 13 del artículo 170 del Código Penal para su adecuada interpretación en el ordenamiento jurídico penal, asimismo se propone su modificatoria legislativa en razón a un aparente conflicto de normas penales, buscando establecer una adecuada redacción de la norma que coadyuve en una mejor interpretación por parte de los operadores de justicia.

3.2 Diseño contextual

3.2.1 Escenario espacio temporal

Comprende al territorio peruano como ámbito de aplicación de la norma objeto de estudio, realizado durante el año 2023.

3.2.2 Unidad de estudio

Se encuentra conformada por los fundamentos jurídicos que servirán para una interpretación adecuada de la ebriedad del agente como circunstancia agravante en la comisión



de los Delitos contra la Libertad Sexual, entre ellos las instituciones dogmáticas y jurisprudenciales que existen en la Ciencia del Derecho Penal.

3.3 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Como sostiene Castro Cuba (2019), las fuentes para la construcción de una tesis son, fuentes bibliográficas o documentales, materiales, humanas y tecnológicas; en el presente caso se hará uso de fuentes documentales y humanas, por tanto, como técnicas de recolección de datos, se utilizarán:

- Análisis documental

De doctrina, jurisprudencia, derecho comparado.

-Entrevista a expertos

El propósito fundamental de esta investigación es desentrañar cómo la intoxicación alcohólica afecta en cierta medida la forma de perpetración de los delitos sexuales.

Se consideró cuidadosamente a quiénes se elegirían como informantes para este estudio. Los informantes ideales son aquellos que poseen experiencias y conocimientos profundos sobre el tema en cuestión, expertos en la Ciencia del Derecho Penal.

Para identificar y seleccionar a estos informantes, se optó por un enfoque de elección intencional del investigador, es decir, seleccionando deliberadamente a individuos que poseen experiencias directas y relevantes para el estudio. Además, en las primeras etapas de la investigación, se utilizó un método de demostración de conveniencia, accediendo a informantes que estaban más disponibles.

En cuanto al tamaño de la muestra, se optó por el principio de la saturación de datos, un concepto propio de la investigación cualitativa. Se continuaron recopilando datos hasta que las nuevas entrevistas no aporten más información relevante o perspectivas novedosas.

Y, por último, fue imperativo obtener el consentimiento informado de todos los informantes antes de recopilar cualquier dato. Esto implica explicar a todos los participantes el



propósito del estudio, qué se espera de ellos, cualquier riesgo o beneficio potencial, y sus derechos, incluyendo el derecho a retirarse del estudio en cualquier momento.

Por lo tanto, como informantes especialistas en esta materia se eligió a Abogados, Jueces y Fiscales operadores del derecho.

Es necesario precisar que la información que brindan los expertos en el enfoque cualitativo no es determinante como en el enfoque cuantitativo, constituyendo un soporte para el logro de los objetivos y la posición del investigador (Castro Cuba, 2019).

Como instrumentos de recolección de datos utilizaremos:

- Fichas de análisis de textos.
- Guías de preguntas para la entrevista.



CAPITULO IV: DESARROLLO TEMÁTICO

4.1 Derecho penal

Como afirma Jiménez de Asúa (1984), el Derecho Penal es:

El conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora. (p. 18)

Para Zaffaroni (1998), el derecho penal es el “conjunto de leyes que traducen normas tuitivas de bienes jurídicos y que precisan su alcance, cuya violación se llama delito e importa una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar nuevas violaciones por parte del autor” (p. 24).

Siendo que estos conceptos en la actualidad ha variado, dejándose de lado en algunos sistemas, el finalismo; inclinándose el Perú por este y por la corriente funcionalista, tanto en su vertiente normativo político criminal como sistemático normativo.

4.1.1 Concepto de Derecho Penal

4.1.1.1 Derecho penal como medio social

Desde una perspectiva de utilidad social, debemos señalar que el Derecho Penal ha servido para fines de control en la prevención de delitos ocasionados en la sociedad, situación que muy claramente lo advierte Mir (2016), al señalar que:



El Derecho Penal constituye uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales son también medios de control social, pero poseen un carácter informal que los distingue de un medio de control jurídico altamente formalizado como es el Derecho penal. (p.42)

En palabras de Velásquez (2022), “como lo enseña la sociología contemporánea, una de las condiciones básicas para asegurar la supervivencia de las modernas organizaciones estatales en el contexto de un mundo cada vez más globalizado e integrado es la presencia del control social” (p. 5).

Siendo del mismo parecer Villa (2014), quien refiere que “las sociedades modernas debidamente organizadas deben ser capaces de asegurar (garantizar) a sus ciudadanos las condiciones suficientes para su realización personal como hombres libres, creadores de su propio destino en un medio histórico-social idóneo para ese propósito” (p. 123).

En ese sentido, “como todo medio de control social, este tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen” (Mir, 2016, p. 42). Entonces, debemos entender a este control social como:

El conjunto de medios, precisamente sociales o con repercusiones de esa índole, para ordenar y regular el comportamiento humano externo en muy diversos aspectos; el control social, pues, no solo establece los límites a la libertad, sino que es también un instrumento llamado a socializar a sus miembros. (Velásquez, 2022, p. 6)

Así, este control social puede ser ejercido a través de distintos medios, como son:



(...) *de manera difusa*, cuando crea rutinas colectivas de conducta (hábitos sociales, usos, costumbres, creencias, convicciones); *mediante organismos institucionales*, como la familia, las asociaciones privadas, las agrupaciones religiosas (por ejemplo, la Iglesia católica); y a través de las *instituciones públicas*, como el Estado, los organismos gubernamentales, etc. Así mismo, por los *establecimientos educativos en todos sus grados* (escuelas, colegios, universidades); en fin, por los *medios de comunicación* (prensa, radio, televisión, redes sociales). En síntesis, dichos mecanismos pueden ser clasificados como sigue: formales e informales, voluntarios e involuntarios, conscientes e inconscientes, concretos y difusos, externos e internos. (Velásquez, 2022, p. 6)

De estos medios por los cuales se puede ejercer control para evitar la posible amenaza de conductas indeseables en sociedad, el mecanismo que adopta el Derecho Penal “(...) es un instrumento formalizado de control social” (Mir, 1994, citado por Villa, 2014, p. 124). Es decir, lleva el control social punitivo de forma institucionalizada, a través de una regulación de normas que se rigen bajo un sistema penal (Velásquez, 2022), caracterizándose, a decir de Mir (2016), “por prever las sanciones en principio más graves -las penas y las medidas de seguridad-, como forma de evitar los comportamientos que juzga especialmente peligrosos –los delitos-” (p. 42).

Adicional a ello, existe otra característica diferenciadora de las otras formas de control social que ejercen las demás instituciones, pues desde la perspectiva de Villa (2014):

Lo verdaderamente diferenciador del derecho penal, de los otros recursos de control social es:

1. La predeterminación de su intervención;
2. Las garantías que se otorgan al infractor; y



3. La magnitud, naturaleza y legitimidad de las penas y medidas de seguridad. (p. 124)

Por lo que, el derecho penal como medio de control social, se debe entender no solo como un mecanismo al que se asocia la imposición de sanción penal, sino como un mecanismo que predetermina y garantiza la sanción que se efectuará a la conducta del infractor.

Sin duda, precisiones que nos ayudan a distinguirla de otros medios de control; siendo lo verdaderamente resaltante que “como instrumento formalizado o institucionalizado de control social, cumple función disciplinaria, su índole es violenta y «es el instrumento jurídico más enérgico de que dispone el Estado para evitar las conductas que resultan más indeseadas e insoportables socialmente»” (Gómez et al., 1996, citado por Villa, 2014, p. 125).

4.1.1.2 Derecho Penal Objetivo

Desde una perspectiva objetiva, el Derecho Penal puede conceptualizarse como “(...) un conjunto de normas jurídicas de carácter general que establecen condiciones y principios de intervención punitiva del Estado” (Villa, 2014, p. 125). Señalándose, que desde esta perspectiva para la doctrina, se le conoce como Derecho Penal material (Villa, 2014).

En similar sentido, Rusconi et al. (2020) señala que:

Con la denominación derecho penal objetivo hacemos referencia, en sentido estricto, al conjunto de normas que regulan la definición del hecho como punible y la estipulación de sus consecuencias jurídicas. Nos referimos al derecho penal en sentido material o de fondo. (pp. 28-29)

Por su parte, Roxin (2006) enseña que:



El derecho penal trata de las conductas conminadas con pena en cuanto a sus presupuestos y consecuencias; se ocupa por tanto del objeto propiamente dicho, de la “materia” de la Justicia Penal y se denomina por ello también “Derecho Penal Material”.

(p. 44)

Así, desde el punto de vista objetivo, se tendrá que el Derecho Penal es:

Aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características del hecho delictivo (lo que comprende la teoría del delito) e individualiza al sujeto que lo realizó (a lo que se refiere la teoría del sujeto responsable) imponiéndole por su hecho una pena y/o una multa de seguridad (lo que abarca la teoría de la determinación de la pena).

(Bustos, 2004, p. 513)

Por otro lado, para Fontán (1998):

El Derecho Penal objetivo es el régimen jurídico mediante el cual el Estado sistematiza, limita y precisa su facultad punitiva, cumpliendo de ese modo con la función de garantía que, juntamente con la tutela de bienes jurídicos, constituyen el fin del Derecho Penal.

(p. 15)

Para Muñoz y García (2022), el derecho penal objetivo viene a constituirse como “un conjunto de normas jurídicas que asocian a la realización de un delito como presupuesto, la aplicación de penas y/o medidas de seguridad como principales consecuencias jurídicas” (p. 29). Precisando que se debe entender por norma jurídico penal o norma penal a “toda regulación de conductas humanas en relación con la convivencia. La norma tiene por base la conducta humana que pretende regular y su misión es la de posibilitar la convivencia entre las distintas personas que componen la sociedad” (p. 29).



Entonces, el Derecho Penal estará integrado por un conjunto de leyes que van a describir delitos asignándoles una pena para su autor y en ciertos casos una medida de seguridad, fijadas con reglas que condicionan dicha pena o medida de seguridad (Creus y Basílica,2020).

Ahora bien, como menciona Fontán (1998) el Derecho Penal objetivo, se subdivide en derecho penal material (sustantivo) y derecho formal (adjetivo o procesal):

La rama material contiene las disposiciones de fondo: define los delitos y determina la correspondiente amenaza de pena; regula principios fundamentales en los que se sustenta la teoría del delito, tales como la culpabilidad o la justificación, y da normas para resolver los problemas que tienen validez general, tales como el concurso de delitos, la participación, la tentativa, etcétera.

La rama sustantiva determina el modo de hacer efectivas esas disposiciones, de llevar a la práctica la relación delito-pena-delincuente. (p. 15)

Dicho con palabras de García (2019) “el Derecho penal objetivo en sentido formal puede ser definido como el conjunto de disposiciones jurídicas que establecen qué conductas constituyen delitos y cuáles son las penas aplicables a dichos delitos” (p. 63). Mientras que el Derecho Penal objetivo en sentido material, entiende que “la tarea de definir materialmente el Derecho penal requiere abordar la cuestión de cuál es la función que cumple” (García, 2019, p. 75). En ese sentido, para definir materialmente al Derecho Penal es necesario responder a la pregunta de qué es lo que legitima imponer un mal bajo el título de pena” (García, 2019, p. 75).



4.1.1.3 Derecho Penal Subjetivo

Ahora bien, también podemos conceptualizar al Derecho Penal, desde una perspectiva netamente subjetiva, que como señala Mir (2016), “(...) también llamado derecho a castigar o *ius puniendi*- es el derecho que corresponde al Estado a crear y a aplicar el Derecho penal objetivo. El Derecho penal subjetivo se refiere, pues, al Derecho penal objetivo” (p. 44).

Entonces, “así como en el derecho penal objetivo el centro de la preocupación es la sistematización de las normas jurídico penales, en el caso del derecho penal subjetivo la preocupación científica gira en torno a la potestad punitiva del Estado” (Bustos, 2004, p. 258), esto es, “el Derecho penal objetivo es el *ius poenale*, el derecho penal subjetivo es el *ius puniendi*” (Bustos, 2004, p. 258).

El Derecho penal subjetivo o *ius puniendi*, es:

La potestad penal del Estado, por virtud de la cual puede declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad. Ello es entonces expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima. (Bustos, 2004, p. 259)

Siendo necesario aclarar que:

El derecho penal subjetivo, no es ilimitado, pues el Estado, en el ejercicio del poder de castigar, tiene que limitarse a sí mismo, fijando el supuesto y el contenido de su actuación (crimen y la pena). La limitación del Derecho penal subjetivo esta lograda por el Derecho penal objetivo. En suma: junto al Derecho penal en sentido objetivo (*ius*



poenale), debe existir un derecho de pensar, correspondiente al Estado; es decir, el derecho penal subjetivo (*ius puniendi*). (Jiménez de Asúa, 1950, p. 54)

En ese sentido, resulta importante la apreciación de Velásquez (2022), para quien:

Es la potestad radicada en cabeza del Estado en cuya virtud este, revestido de su poderío e imperio, declara punibles determinados comportamientos que por su especial gravedad atentan contra la convivencia comunitaria y les impone penas o medidas de seguridad, o ambas, a título de consecuencia jurídica. Por supuesto, tal despliegue de fuerza implica el ejercicio institucionalizado de la violencia (legítima) circunscrita al ámbito penal, de tal manera que el Estado de derecho le posibilite al individuo su protección “...no solo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal”. (p. 34)

Siendo Muñoz y García (2022), quienes de manera muy acertada concluyen que este “(...) poder punitivo se justifica por su propia existencia, es decir, porque guste o no, es una realidad, una amarga necesidad con la que hay que contar para el mantenimiento de una convivencia mínimamente pacífica y organizada (p. 63).

4.1.2 Función del derecho penal

Luego de haber expuesto la conceptualización del Derecho Penal, toca ahora preguntarnos cuál es la razón de la existencia de este tipo de instrumento formalizado para sancionar delitos. Así, la respuesta al porqué de su existencia la encontramos en la función o finalidad que cumple el Derecho Penal para con la sociedad.



En palabras de Muñoz (2014), “la norma penal funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo, en los individuos, que se abstengan de dañar esas condiciones elementales” (p. 46).

Por su parte Bacigalupo (2004), sostiene que:

(...) por un lado el Derecho penal tiene una *función metafísica*, consistente en la realización de un ideal de justicia; por otro, (...) el Derecho penal tiene una *función social*, caracterizada por unos como la prevención del delito con miras a proteger ciertos intereses sociales reconocidos por el Derecho positivo (bienes jurídicos) y por otros como la prevención mediante la ratificación de la norma vulnerada a través de la desautorización del comportamiento infractor de la misma. (p. 29)

La finalidad del Derecho Penal como instrumento de coerción, entonces, surge de la imperante necesidad de protección de bienes jurídicos mediante la prevención a través de una norma positivizada y el uso de una pena. Sin embargo, ello no es suficiente, ya que a decir de Mir (2016):

La función del Derecho penal se manifiesta en la función de la pena y de la medida de seguridad, pero no se agota en ello. El Derecho penal no solo se integra de las normas que prevén penas o medidas (normas secundarias), sino también de las normas que prohíben los delitos a los ciudadanos (normas primarias). También en estas habrá de reflejarse la función del Derecho penal: también ellas tendrán la función de prevención limitada que corresponde al Derecho Penal de un Estado social y democrático de Derecho. Al prohibir los delitos, las normas primarias perseguirán motivar al ciudadano para que no delinca, en lo que deberán respetar ciertos límites que la doctrina penal tiene



en cuenta al exigir determinados requisitos mínimos en el concepto de delito como infracción de la norma (primaria). (p. 102)

Por otro lado, y ampliando el espectro que comprende la función del Derecho Penal, Silva Sánchez (1992, citado por Villa, 2014), advierte que el Derecho penal cumple diversas funciones, entre ellas, una función ético-social, una función simbólica y una función psico-social (p. 129).

4.1.2.1 Función Ético-Social

Mediante esta función, lo que busca el derecho penal es una “función formadora de los patrones comportamentales (...) propicia la internalización de sus normas, las que informan de conductas desvaloradas que pueden acarrear un «estigma» del que el ciudadano busca apartarse so pena de sufrirlo” (Villa, 2014, p. 130).

4.1.2.2 Función Simbólica

Según Villa (2014), es conocida también como función retórica, su finalidad, antes de buscar proteger bienes jurídicos, trata es de producir en la sociedad la sensación de tranquilidad.

En palabras de Luzón (2016):

Implica ya la creación legislativa de normas penales y su aplicación judicial, expresando claramente ante la sociedad (por eso algunos la llaman también función “expresiva”) el grave desvalor y reprobación de las conductas consideradas criminales, va vinculada por ello (como medio previo necesario) a la prevención general -sobre todo a la



denominada “positiva”-, y puede admitirse dentro de los mismos límites que ésta. (p. 15)

Por nuestra parte, señalamos que si bien en un principio esta finalidad surte como un efecto intimidatorio, negar su finalidad de protección de bienes jurídicos sería quitarle sentido y existencia al Derecho Penal, no ajustándose a un Estado Social y democrático de derecho, donde la coacción no tendría legitimidad para ser usada. Por ello que, Villa (2014) menciona que la utilización simbólica de la norma penal:

Produce un «efecto placebo» que a la postre hace al derecho perder fiabilidad y trocarlo inútil a la finalidad de tutelar los bienes jurídicos, por lo que, «puede considerarse ya, que las disposiciones con una exclusiva función simbólica son ilegítimas y deben desterrarse del ordenamiento jurídico» (p. 130).

4.1.2.3 Función Psico-Social

Alude esta función al papel de «satisfactor» de las motivaciones sociales que debe cumplir el derecho penal. (...) Existe el instinto de venganza en una medida tal que debe ser aplacado y reconducido por el funcionamiento ecuánime pero severo del derecho penal, con lo que, de paso, se maneja la violencia social. (Villa, 2014, p. 131)

4.2 La ciencia del derecho penal

No existe duda que hoy en día el Derecho Penal es concebido como una ciencia, cuyo objetivo es el conocimiento de las disposiciones jurídicas emanadas por el Estado para sancionar las conductas delictivas. Y es que, para que algo sea considerado ciencia tiene que tener un objeto de estudio (García, 2019, p. 39).



Sin embargo, ello no fue así hasta antes del siglo XX, puesto que existía cierta tendencia a considerar solo ciencia a aquella que se basaba en la experiencia y en los hechos exactos que podían ser aprehendidos con un método puramente causal o explicativo, esto en la época del *positivismo* del siglo XIX. Negándosele a la actividad jurídica el carácter de ciencia justamente por faltarle estas cualidades (Muñoz y García, 2022).

En el siglo XX, el *nokantismo*, en un intento de superación del concepto positivista de ciencia, trato, de fundamentar el carácter científico de la actividad jurídica, distinguiendo entre Ciencias de la Naturaleza y Ciencias del Espíritu. Tanto unas como otras, decían los neokantianos, son auténticas ciencias porque tienen un objeto determinado y un método para investigarlo que les es propio y es precisamente por esto por lo que se diferencian entre sí. (Muñoz y García, 2022, p. 178)

Así, el origen de la Ciencia del Derecho Penal parte de su consideración, como ciencia del espíritu, teniendo como método de estudio y conocimiento, a la valoración (Muñoz y García).

El Derecho penal como ciencia “tiene por objeto el conocimiento de ese conjunto de normas que define delitos e impone penas” (Gimbernat, 2020). Por lo que, para cumplir esa finalidad “requiere de una constante y estrecha colaboración entre la Criminología, la Política Criminal y la Dogmática jurídico-penal que son los tres pilares del sistema de las **Ciencias Penales**, inseparables e interdependientes” (Villavicencio, 2013, pp. 24-25).

4.2.1 Dogmática Jurídico-Penal

Como mencionan Muñoz y García (2022):



El derecho penal como tal, es decir, como conjunto normativo, carece de método. El método es una cualidad que solo tiene la actividad humana, no un conjunto normativo.

En el ámbito del derecho, y concretamente en el derecho penal, esas actividades humanas que de él se ocupan pueden reducirse a cuatro: la creación, la interpretación o conocimiento, la aplicación y la enseñanza. (p. 180)

En ese sentido, un método que hace posible lograr el objetivo del Derecho Penal, es el conocimiento o interpretación que utiliza el ser humano (abogado o jurista penalista), para encontrarle sentido a la norma penal.

Como lo explican Muñoz y García (2022):

“Esta labor de conocimiento constituye, además, la base previa para la aplicación, enseñanza y reforma del Derecho Penal; sin saber qué es lo que dice el Derecho penal, que es lo que está prohibido o permitido por él, no pueden aplicarse, enseñarse o criticarse sus normas”.

De ahí que, “la dogmática del derecho penal tiene la tarea de conocer el sentido de los preceptos jurídico-penales positivos y desenvolver su contenido de modo sistemático” (Cerezo, 2008, p. 60).

Dicho con palabras de Muñoz y García (2022), “a esta actividad de conocimiento del Derecho Positivo se le llama *Dogmática*, porque parte de las normas jurídicas positivas consideradas como un «*dogma*», es decir una declaración de voluntad con pretensión de validez general para solucionar problemas sociales” (p. 180), “porque para el intérprete los preceptos



del Derecho positivo son como un dogma al que tiene que atenerse necesariamente” (Cerezo, 2008, p. 60).

Desde la perspectiva de Roxin (2006), “la dogmática jurídico penal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho Penal” (p. 192).

Esta interpretación debe ser entendida como una obtención de sentido, esto es, una comprensión. Solo así será posible incluir la dogmática del Derecho y en específico a la dogmática del Derecho penal, dentro del marco de las ciencias del espíritu (Cerezo, 2008).

En resumen, la dogmática tiene como tarea entender, comprender y darle sentido a la norma que impone el legislador para erradicar el delito. Por lo que, ratificamos lo señalado por Muñoz y García (2022) para quienes:

La Dogmática jurídico-penal cumple una de las más importantes funciones que tiene encomendada a la actividad jurídica en general en un Estado de Derecho: la de garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encause dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites. (p. 180)

4.2.2 Criminología

La Criminología es una ciencia empírica, de carácter interdisciplinario, que estudia el delito como un hecho en la vida del individuo y de la sociedad, la personalidad del delincuente, así como la aplicación práctica y la eficacia real de las penas y las medidas de seguridad. (Cerezo, 2008, p. 62)



La criminología, según García (2019), “es la ciencia que se ocupa del *delito como fenómeno social*” (p. 40).

Por su parte, Luzón (2016) menciona que:

La criminología es la disciplina que se ocupa del estudio de las diversas manifestaciones del delito o crimen como fenómeno empírico, es decir de las características y cuantía con que se presentan en la realidad de una determinada sociedad y momento histórico las diversas clases de delitos, y asimismo de las características de los delincuentes, como también de las diversas causas de los delitos. (p. 35)

En ese sentido, la relación de esta disciplina científica con el Derecho Penal, como se dijo a un inicio, depende de la cooperación entre ambas, “la Criminología como disciplina examina y explica los hechos, en tanto que el Derecho Penal es una ciencia que elabora normas jurídicas” (Villavicencio, 2013, p. 41).

La criminología se ocupa, sin sujetarse al concepto de delito en un sentido jurídico, de la personalidad del infractor del Derecho, de su desarrollo, de su forma de ser física y psíquica y de las posibilidades de influirle terapéuticamente, de las formas de manifestación del delito, sus causas, su significado social y personal, así como de la forma en la que desarrollan su efecto los medios de reacción criminales. (Jescheck, 2014, p. 66)

Por ello que, “el concepto del delito le viene dado a la Criminología por el Derecho Penal de cada país en un momento determinado” (p. 63).



Finalmente es de precisar que el objeto de esta disciplina, también, son las “manifestaciones negativamente valoradas en la sociedad como asocialidad, alcoholismo, adicción a las drogas y situaciones de desamparo” (Jescheck, 2014, p. 66).

4.2.3 Política criminal

Junto a la Dogmática penal como parte de la ciencia del Derecho Penal se tiene a la Política Criminal, la que en palabras de Jescheck (2014), “tiene que ver con la reforma del Derecho vigente” (p. 62).

Como menciona Luzón (2016):

La política criminal es aquella ciencia que trata de determinar con arreglo a diversos criterios, no sólo técnico-jurídicos, sino fundamentalmente políticos en sentido amplio (lo que permite considerarla una disciplina científica en buena medida autónoma respecto de la dogmática penal), en primer lugar, las conductas que deben ser consideradas y definidas (tipificadas) como delitos y, en segundo lugar, los medios que es posible, necesario, eficaz y adecuado emplear para prevenir delitos, examinando con arreglo a esos criterios fundamentales los medios jurídico penales, pero también otros medios no penales, jurídicos o extrajurídicos, que pueden contribuir a esa tarea. (p. 32)

En palabras de Villavicencio (2013):

La Política Criminal se ocupa, en primer término, de efectuar el estudio crítico y prospectivo de las normas penales y de las institucionales que se encargan de la oportuna y eficaz aplicación preventiva y represiva. Para ello, promueve las reformas legislativas adecuadas a las nuevas situaciones sociales, es decir, examina si corresponde o no tales



mecanismos a las exigencias de la sociedad y propone las reformas correspondientes.

(p. 28)

Con esta disciplina lo que se pretende es mejorar el Derecho penal positivo, sobre la base de la norma vigente, tomando en consideración la Dogmática Penal y sus resultados, y los resultados empíricos de la criminología. Constituyendo la Política Criminal, desde la perspectiva de Jescheck (2014) “el puente entre la Dogmática penal y la Criminología” (p. 63).

Por ello concluimos con lo señalado por el maestro Antón Oneca (1949, citado por Cerezo, 2008), “que dogmática jurídico-penal y política criminal se superponen y complementan siendo no disciplinas separadas, sino más bien zonas o aspectos de la Ciencia del Derecho Penal” (p. 78).

4.3 Principios del Derecho Penal

El *ius puniendi*, o poder de coacción estatal, como hemos mencionado se ejerce a través de una fuerza intimidatoria, denominada sanción, esto, siempre de acuerdo a determinados límites.

Estos límites, como menciona Villavicencio (2019), “se expresan en principios que a su vez que legitiman el sistema penal, limitan en la actuación del Estado” (p. 33), siendo estos principios constitucionales como jurídico-penales.

En palabras de Luzón (2016):

Los límites de la potestad punitiva derivan en unos casos más directamente del fundamento político, y en otros más bien del fundamento funcional, pero siempre



guardan alguna conexión con los dos aspectos de la fundamentación del *ius puniendi*; es decir, que todos los principios limitadores se pueden derivar tanto del fundamento político y constitucional -exigencia del Estado social y democrático de Derecho- como del fundamento funcional, la necesidad del Derecho penal para proteger bienes jurídicos a través de la prevención. (pp. 19-20)

Así, partiendo de los postulados que consagran nuestra Constitución Política del Estado, en su artículo 1, cuyo fin supremo es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad; se exige un máximo nivel de garantismo penal, lo que se pone de manifiesto cuando el Código Penal señala su ejercicio y límite en su artículo I y demás artículos del Título Preliminar.

Así, el Código Penal (1991), precisa en su Título Preliminar, los principios garantistas que sirven como un límite, en este caso legales, a nuestro derecho penal y son:

1. Principio de Legalidad (artículo II)
2. Principio de no admisibilidad de la analogía (artículo III)
3. Principio de lesividad (artículo IV)
4. Principio de Jurisdiccionalidad (artículo V)
5. Principio de ejecución legal de la pena (artículo VI)
6. Principio de Culpabilidad (artículo VII)
7. Principio de Proporcionalidad (artículo VIII)
8. Principio de la predeterminación de la función de la pena (artículo IX)



4.3.1 Principio de Legalidad

Nuestro Código Penal (1991), se refiere a este principio en su Título Preliminar, al señalar que: “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” (artículo II).

Por su parte Mir (2016), nos enseña que “el principio de legalidad se expresa, en su aspecto formal, con el aforismo **nullum crimen, nulla poena sine lege**, procedente, pese a su formulación latina, de Feuerbach” (p. 114), que traducido a nuestro idioma, según Bacigalupo (2004), significaría que “sin una ley que lo haya declarado previamente punible ningún hecho puede merecer una pena del Derecho Penal” (p. 99).

Según Bustos (2004):

El principio de legalidad es un límite al *ius puniendi* que está en relación con todo el sistema penal en su conjunto. Cada momento de la dinámica penal, ya sea de la creación de la norma, ya sea de aplicación y de ejecución de la misma esta formalizado por medio de la ley. El estado no puede exceder lo que esta taxativamente señalado en la ley. (p. 564)

Como menciona Roxin (2006) “por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado solo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídicopenales si antes lo ha advertido expresamente en la ley” (p. 137).

Por su parte, García (2019) expresa que “la vigencia del principio de legalidad no constituye un mandato supra-positivo de validez general, sino, más bien, un mecanismo que,



en un determinado sistema político-social, evita abusos contra los ciudadanos mediante la distribución del poder” (p. 141).

En ese sentido, “el principio de legalidad obliga al legislador a precisar el contenido de sus leyes penales pues las mismas deben propiciar certeza” (Villa, 2014, p. 137). Siendo de la misma opinión Rusconi et al. (2020), quien refiere:

Se trata de una exigencia básica de seguridad jurídica del Estado de derecho, que sostiene cuatro consecuencias visibles: la necesidad de una ley escrita, que esa ley sea previa, que se defina en forma precisa el mandato o la prohibición (ley cierta) y la prohibición de su aplicación analógica (ley estricta). (p. 54)

En ese sentido, este principio viene a constituirse como una garantía, en específico, una garantía para el individuo, que le asegura que la acción represiva de “aplicación”, no va a recaer sobre las conductas suyas que no estén catalogadas como delitos por la ley antes de la ejecución de su conducta.

En palabras de Muñoz y García (2022):

El principio de legalidad es el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la posibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que permite la ley. (p. 91)

Esta serie de garantías lo ha venido en enmarcar Villavicencio (2019), siendo las siguientes:



- a) *Nullum crimen sine lege certa*: la ley penal debe ser redactada con la mayor precisión posible (*lex certa*)
- b) *Nullum crimen sine lege previa*: se prohíbe la aplicación retroactiva *–in malam partem–* de la ley penal.
- c) *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*: no existe delito ni pena sin ley escrita; se rechaza la costumbre.
- d) *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*: se prohíbe aplicar por analogía la ley penal. (p. 34)

4.3.2 Principio de no admisibilidad de analogía in malam partem

Según nuestro ordenamiento penal, se ha señalado en el Título Preliminar el reconocimiento de esta garantía, señalando el Código Penal (1991) que: “No es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado de peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que les corresponde” (artículo III).

Como menciona Villavicencio (2019):

El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal constituye una garantía de la administración de justicia (art. 139, inc. 9, Constitución) y un principio fundamental del derecho penal en el sentido de que «no es permitida la analogía para calificar el hecho como delito o falta, definir un estado o peligrosidad o determinar la pena o medida de seguridad que le corresponde» (art. III, TP, CP). (p. 34)

La analogía supone un procedimiento de creación o integración del Derecho por el juez, cierto que no de modo absolutamente libre, sino por referencia a una ley, por ser el supuesto de hecho, que no encaja en la definición legal (de un delito o de una agravación



del mismo, en este caso), similar o análogo a otro hecho previsto legalmente. Pero eso significa que la analogía desborda totalmente la interpretación, pues el hecho no encaja en el tenor literal, en el sentido literal posible de la ley, y por tanto supone creación o integración judicial del Derecho más allá de lo establecido en la ley. (Luzón, 2016, p. 54)

Este principio se desprende del Principio de Legalidad, en específico, de la garantía de *lege stricta* (Fontán, 1998, p. 105), como menciona Rusconi et al. (2020), “esta exigencia de precisión se manifiesta a través de la prohibición de analogía. (...) le está vedado al intérprete construir analógicamente un tipo penal que, en la interpretación meramente exegética de la ley, no alcanzaría la acción que se evalúa” (p. 56).

Por lo que, “la prohibición de analogía se sustentaría en los peligros que este razonamiento interpretativo podría conllevar en relación con la libertad de los ciudadanos ante una posible tergiversación de la voluntad del legislador por parte de los jueces” (García, 2019, p. 169).

Desde la perspectiva de Roxin (2006), la “argumentación por analogía, que en otros campos del Derecho es uno de los métodos usuales de aplicación del Derecho, en Derecho penal y para proteger al reo está prohibida (...) en la medida que opere en perjuicio de aquel” (p. 140). De lo que podemos concluir que por imperio de dicho principio, queda proscrita la interpretación que sobre pase los límites gramaticales de la ley positiva más aun en perjuicio del procesado.

4.3.2.1 Analogía prohibida y permitida

Como menciona el maestro Villavicencio (2019):



La prohibición de la analogía solo alcanza a la analogía *in malam partem* -analogía perjudicial o desfavorable al procesado-, aquella que, por ejemplo, extiende los efectos de la punibilidad para el inculpado. Por el contrario, la analogía *in bonam partem*, o la que es favorable al procesado, es aceptada a través de los procesos de interpretación de la ley penal. (p. 35)

Así, según García (2019), la analogía *in bonam partem*, “se utiliza para eximir o atenuar la pena será plenamente válida, mientras no se oponga a lo dispuesto expresamente por la ley penal” (p. 172).

Y es que, justamente este tipo de interpretación viene a realizarse en armonía con la garantía de la proscripción de la analogía, ya que entender lo contrario sería la afectación al derecho de dignidad cuyo fin supremo propugna el Estado, de acuerdo a nuestra Constitución Política del Estado.

La analogía *in bonam parte*, se encuentra regulada taxativamente en nuestro Código Procesal Penal (2004), al señalarse taxativamente en el Título Preliminar que:

3. La Ley que coacte la libertad o el ejercicio de los derechos procesales de las personas, así como la que limite un poder conferido a las partes o establezca sanciones procesales, será interpretada restrictivamente. La interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos. (Artículo VII)

En ese sentido, la apreciación de un hecho desde una perspectiva que pueda perjudicar al procesado o imputado (analogía *in malam partem*), esta proscrita según la garantía penal contemplada en el artículo III del Código Penal; lo contrario, esto es, la apreciación de un hecho



desde una perspectiva que favorezca al procesado o imputado (analogía *in bonam partem*), es plenamente válida y acorde a los principios que rigen nuestro sistema penal peruano.

4.3.3 Principio de lesividad

Este principio o garantía se encuentra redactado de la siguiente manera: “Artículo IV: La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley” (Código Penal, 1991). De lo que se infiere que es fundamental antes que la realización de una acción, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

En palabras de Luzón (2016), el bien jurídico:

Es una categoría elaborada y manejada sobre todo en Derecho penal, aunque también es utilizada en otras ramas del Derecho, con la que se alude, por una parte, a un objeto valioso -de ahí el nombre de “bien”- y por eso merecedor, digno de protección jurídica y, por otra, al objeto que efectivamente es protegido o tutelado por el Derecho. (p. 168)

Como menciona Roxin (2006) el bien jurídico son “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 esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema” (p. 56).

Los bienes jurídicos son los valores fundamentales y predominantes de toda sociedad que protege los derechos humanos. Su fuente principal son los principios constitucionales, y buscan evitar la arbitrariedad que puede originar el uso desmedido del poder penal en la vida, la salud, el medio ambiente, etc. (Villavicencio, 2019, p. 36)



A través de esta garantía se busca proteger o evitar la lesión de este bien tan preciado; condicionando la pena al ataque efectivo al bien jurídico. Dicho con palabras de Villa (2014):

El bien jurídico como objeto de protección del derecho penal debe ser lesionado o puesto en peligro para que, conforme el principio de lesividad, el derecho penal intervenga. No es suficiente entonces con que exista oposición entre la conducta y la norma penal, es necesario la lesión o puesta en peligro del bien jurídico concreto cuya protección le ha sido encargada al catálogo de la parte especial del código pues «*nullum crimen sine iniuria*». (p. 140)

El Derecho penal sólo debe intervenir si amenaza una lesión o peligro para concretos bienes jurídicos y el legislador no está facultado en absoluto para castigar sólo por su inmoralidad o su desviación o marginalidad conductas que no afecten a bienes jurídicos, tiene un claro origen político-constitucional, (...) exigiéndose por los pensadores ilustrados (Beccaria, Hommel) un concreto daño al prójimo o a la sociedad para castigar la conducta (pues conforme a la idea del contrato social, sólo se admiten restricciones de derechos si son necesarias para proteger los derechos y libertades de todos). (Luzón, 2016, p. 21)

En ese sentido, el derecho penal por imperio de este principio, solo actúa frente a hechos que pudieran afectar un bien jurídico tutelado legal y/o constitucionalmente, encontrando legitimidad constitucional en la protección del funcionamiento social y el desarrollo de cada integrante como miembro de la sociedad. Esto último, trae consigo también el entendimiento de que no es posible la imposición de una sanción penal a aquella conducta que no afecta o pueda afectar un bien jurídico, como por ejemplo, los pensamientos o los actos preparatorios no punibles, etc.



Sin embargo, se debe precisar lo siguiente, y es que existe la posibilidad de sanción o merecimiento de castigo en hechos que no afecten necesariamente el bien jurídico, esto se ha evidenciado en la doctrina con los denominados delitos de peligro (abstracto y concreto), que no deben ser confundidos con la sanción en el marco de un derecho penal de autor, pues son aspectos totalmente distintos.

4.3.4 Principio de culpabilidad

Este principio se encuentra taxativamente expresado en el Título Preliminar del Código Penal (1991), el que señala: “Artículo VII.- La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”

En palabras de Villa (2014) con este artículo se recoge “el apotegma «*nulla poena sine culpa*» y con él, el principio según el cual es la culpabilidad del autor el límite y medida de la pena” (p. 142).

Por su parte, para Villavicencio (2013), este principio contempla dos aspectos: “uno referido a la necesidad de establecer la responsabilidad penal para posibilitar la imposición de la pena, y el otro que implica la exclusión de la responsabilidad por el resultado” (p. 110).

Ahora bien, según Mir (2016), “bajo la expresión «principio de culpabilidad» pueden incluirse diferentes límites del *Ius puniendi*, que tienen de común exigir, como presupuesto de la pena, que pueda «culparse» a quien la sufra del hecho que la motiva” (p. 134).

En ese sentido, “el principio de culpabilidad excluye la legitimidad de toda pena que no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y que exceda la gravedad equivalente a la misma” (Bacigalupo, 2004, p. 159).



El *nullum crimen sine culpa* se debe separar en dos etapas o estratos diferentes: el primero en la tipicidad, que es el que cumple la reforma alemana por ejemplo y que excluye toda forma de responsabilidad objetiva, y el segundo en la culpabilidad, que tiene la función de excluir cualquier punición sin reprochabilidad. (Zaffaroni, 1999, p. 33)

Ahora bien, a decir de Jescheck (2014):

Del principio de culpabilidad se deduce, de un lado, que la pena presupone siempre la culpabilidad, de modo que quien actúa sin ella no puede ser castigado (*exclusión de la responsabilidad por el resultado*); y, de otro, que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad (*determinación de la pena en el marco del límite superior de la culpabilidad*). (p. 34)

Por otro lado, según Velásquez (2022), este principio implica tener en consideración cuatro situaciones distintas:

En primer lugar, *posibilita la imputación subjetiva* de tal manera que el injusto penal solo puede ser atribuido a la persona que actúa; el delito, en consecuencia, solo es concebible como el hecho de un autor y -como producto de ello- la sanción debe ser individual o personal, y alcanzar solo a quien transgrede la ley en su calidad de autor o partícipe, mas no a terceros, así tengan vínculos de amistad, credo político o religioso, sangre, afectos, etc. con el sujeto activo del comportamiento punible (Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 20 de mayo de 1997).

En segundo lugar, no puede ser castigado quien obra sin culpabilidad con lo cual *se excluye la responsabilidad objetiva o por el mero resultado*; de aquí dimana la categoría



dogmática de la *culpabilidad* -a veces llamada *responsabilidad*, pese a las diferencias conceptuales en la teoría general del derecho entre ambas ideas- acorde con la cual solo puede ser punido quien estuviere en posibilidad de gobernar el acontecer lesivo para los bienes jurídicos (Corte Constitucional, Sentencias C-597 de seis de noviembre de 1996 y C-626 de 21 de noviembre de 1996).

En tercer lugar, *la sanción no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad*, y su *imposición se hace atendiendo al grado de culpabilidad*, pues hay diversos niveles de responsabilidad que van desde *la culpa*, en sus distintas modalidades, hasta *el dolo* y, en algunas legislaciones como la colombiana, llegan a figuras complejas que aglutinan ambas formas de conducta punible, como sucede con *la preterintención* (Sentencia C-365 de 16 de mayo de 2012).

Así mismo, en cuarto lugar, este axioma *impone la idea de proporcionalidad como pauta surgida del postulado de igualdad para tasar la pena en concreto*. Cuando el juzgador impone una sanción justa debe hacerlo según el *postulado* constitucional de la *igualdad*, gracias al cual es posible tratar de manera diversa lo disímil; y ello parece obvio porque, para asignar la pena, es necesario distinguir dentro del juicio de exigibilidad normativa las diversas modalidades de conducta punible (dolo, culpa, preterintención), de tal manera que las consecuencias jurídicas imponibles se correspondan de forma proporcionada con dichos distingos. (pp. 73-75)

Desde la perspectiva de Muñoz y García (2022), el derecho penal asigna un triple significado al concepto de culpabilidad, así señalan que:



-Por un lado, la *culpabilidad como fundamento de la pena* se refiere a la cuestión de si procede imponer una pena al autor de un hecho típico y antijurídico, es decir, prohibido por la ley penal con la amenaza de una pena.

-Por otro lado está la *culpabilidad como elemento de la determinación o medición de la pena*. En ese caso se asigna a la culpabilidad la función sobre todo limitadora, que impida que la pena pueda ser impuesta por encima de unos límites que vienen impuestos por la idea misma de culpabilidad, además de por otros criterios como la importancia del bien jurídico protegido, los fines preventivos, etc.

-Finalmente, el concepto de culpabilidad se emplea como *proscripción de la responsabilidad por el resultado*, o responsabilidad puramente objetiva. En este sentido, el principio de culpabilidad impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo y a la imprudencia. (p. 86)

La esencia de la culpabilidad no es vista, por ello, en un defecto del carácter adquirido por una mala y culpable conducción de la vida (“culpabilidad por el modo de vida”), sino en que el autor en la situación concreta no se ha venido a las exigencias del Derecho, a pesar de que ello habría sido posible (“culpabilidad por el hecho”). (Jescheck, 2014, p. 34)

Así, respecto a esto último, en palabras de Bacigalupo (2004), “*la esencia de la culpabilidad* no reside en el carácter del autor, ni en la conducta de su vida, sino en la posibilidad de haber actuado de otra manera en el caso concreto (culpabilidad por el hecho)” (p. 160). Este principio, “debe asentarse sobre una concepción del hombre como persona, o sea, como un sujeto que tiene capacidad para decidir la conducta a seguir” (Zaffaroni, 1999, p. 34).



El principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión de la persona, pues solo cuando esencialmente existe la capacidad de determinación conforme a las normas jurídicas puede ser hecho responsable el autor por haber cometido el hecho antijurídico en lugar de dominar sus instintos criminales. (Jescheck, 2014, p. 600)

En palabras de García (2012), “el principio de culpabilidad establece que la pena no puede únicamente imponerse al autor por la sola aparición de un resultado lesivo, sino únicamente en tanto el suceso lesivo pueda atribuírsele como un hecho suyo” (p. 172). Así, “el principio de culpabilidad se propone evitar que una persona pueda ser tenida por un medio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la dignidad de la persona” (Bacigalupo, 2004, p. 159).

En todo caso parece hoy fuera de discusión en el moderno Derecho penal que la pena tanto en su fundamento, como en sus límites, depende del grado de *participación* o *responsabilidad subjetiva* del sujeto en la realización del delito y que si ésta falta, no sólo cuando no hay dolo o imprudencia respecto al resultado delictivo, sino también cuando el sujeto carece del grado de desarrollo mental necesario, desconoce que el hecho estaba prohibido o no le era exigible otro comportamiento, carece de sentido imponer una pena ya que la norma penal no puede desarrollar la función motivadora que la caracteriza. (Muñoz y García, 2022, p. 87)

4.3.5 Principio de proporcionalidad

A decir de Villa (2014), “informa este principio del equilibrio y prudencia que debe existir entre la magnitud del hecho y la pena que le debe corresponder al autor” (p. 144). Por ello que anteriormente al desarrollar la garantía de culpabilidad, señalábamos que uno de sus



postulados era entendido como una limitación en la aplicación y determinación de la responsabilidad.

Este principio está reconocido en el Código Penal (2004), con la siguiente expresión: “La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad solo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes” (artículo VIII).

Según Villavicencio (2019):

El principio de proporcionalidad o prohibición de exceso señala que la pena ha de ser proporcionada a la gravedad del hecho, tanto por su jerarquía respecto del bien jurídico afectado como por la intensidad del ataque al mismo bien. Este importante principio de limitación al poder penal prescribe que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. (p. 37)

Dicho con palabras de Rusconi et al. (2020), “se trata de la exigencia ética y político criminal del derecho penal que impone tachar de ilegítima toda reacción punitiva que se encuentre absolutamente desconectada del grado de gravedad de la lesión” (p. 61).

Entonces, se entiende a dicho principio como un límite ético y de orden político criminal por el cual, el Juez, al momento de aplicar la sanción debe evaluar la gravedad del hecho y la afectación del bien jurídico buscando así reducir los efectos siempre acorde a la responsabilidad del agente.

La exigencia de proporcionalidad debe determinarse prevaleciéndose de un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido con la conminación



penal, de tal manera que se precise si las medidas adoptadas son o no proporcionadas a la defensa del bien que da origen a la restricción. (Velásquez, 2022, pp. 55-56)

4.4 Teoría del delito

4.4.1 Definición de delito

Según Mir (2016), “el delito y la pena, junto con el binomio peligrosidad/medidas de seguridad, constituyen los objetos centrales del Derecho Penal” (p. 146).

En lengua castellana se emplean los términos *delito*, equivalente a culpa o quebrantamiento de la ley, y *crimen*, cuyo alcance se asemeja a delito grave, acción indebida o reprobable, para denominar las violaciones a la ley penal del Estado; no obstante, en el derecho comparado se encuentran también voces como *infracción*, *acción punible*, *conducta delictiva*, *hecho criminoso*, *hecho penal*, *hecho punible* y, *por supuesto*, *conducta punible*. (Velásquez, 2022, p. 280)

Carrara (1996), define al delito señalando que “*es la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso*” (p. 43).

Por su parte, Jiménez de Asúa (1984), señala que el delito “*es el acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal*” (p. 207). Para Fontán (1998), deviene en una “*acción típicamente antijurídica y culpable*” (p. 167).



Desde este ángulo, se entiende por tal toda conducta típica, antijurídica y culpable, señalándose así las características de la acción conminada con pena cuyo estudio en conjunto constituye el objeto de la teoría del delito; esto significa, entonces, que se trata de un concepto estratificado, integrado por diversos niveles o planos de análisis. Por ello, frente a un determinado comportamiento se debe emitir un juicio de valor encaminado a precisar si existe conducta con relevancia penal; a continuación, ha de averiguar si está descrita en el ordenamiento penal y precisar si se adapta o no a una o a varias de las descripciones contenidas en la ley (tipos penales o supuestos de hecho), y concluir dicho juicio con la afirmación de la tipicidad o atipicidad del comportamiento, según el caso. Además, si contraría tanto formal como materialmente el ordenamiento jurídico, se emite un nuevo juicio y se señala que es antijurídica (constitutiva de injusto) o, en caso contrario, que es ajustada a derecho; finalmente, si al autor le era exigible un comportamiento distinto del que realizó, se emite el correspondiente juicio de culpabilidad; en caso contrario, se dice que la conducta es inculpable (no exigible). (Velásquez, 2022, p. 286)

4.4.2 Concepto de acción

El sistema jurídico-penal tiene por objeto la regulación de las conductas humanas con una finalidad preventiva, evitando conductas desaprobadas por la sociedad; por ello que tiene como base la regulación de estas conductas. “Es, pues, la conducta humana el punto de partida de toda reacción jurídico-penal y el objeto al que se agregan determinados predicados (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) que convierten esa conducta en punible” (Muñoz y García, 2022, p. 199).



Según Villa (2014), “el punto de partida del derecho penal no es otro que la conducta humana que pretende regular y lo hace seleccionando de un universo indeterminado, aquel número preciso de conductas” (p. 265). Conductas que, *in extenso*, se encuentran reguladas en nuestro Código Penal y que constituyen conductas socialmente graves e incorrectas en un Estado social y democrático de Derecho.

En palabras de Zaffaroni (1981):

El derecho valora conductas, pero no las crea. En tanto que los tipos son abstractas descripciones de conducta, la conducta es lo particular y concreto y la tipicidad una de las características que la hacen delictiva. La ley no crea la conducta porque la describa o individualice: la conducta es tal, sin que la circunstancia de que un tipo penal la describa afecte en nada su ser conducta humana. (p. 43)

Por tanto, “se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad implica siempre una finalidad” (Muñoz y García, 2022, p. 201).

En ese sentido, a modo de concepto general, partimos por la concepción de acción que hace Jiménez de Asúa (1984), quien la define como “acto” y señala que es toda “manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda” (p. 210).

Por su parte Mir (2016), habla de comportamiento, señalando que “al hablar de «comportamiento», mejor que de «acción», quiero expresar que la conducta humana no importa al derecho penal como movimiento físico, sino como dotada de significado social.” (p. 195).



La acción es por ello un “comportamiento socialmente relevante” (Jescheck, 1996, citado por Villa, 2014, p. 265). Existiendo un interés teórico, por la particularidad de que dicho comportamiento sea de trascendencia jurídico-penal, porque de allí es que surge el límite a la libertad del ser humano con la imputación de un comportamiento ilícito. (Jescheck, 2014, p. 323)

En ese sentido, debemos señalar que la acción tiene dos fases como señalan Muñoz y García (2022): una interna y otra externa.

- a) En la fase interna, que sucede en la esfera del pensamiento del autor, este se propone anticipadamente la realización de un fin, por ejemplo realizar un viaje. Para llevar a cabo este fin selecciona los medios necesarios (viajar en coche, tren, avión). Esta selección solo puede hacerse a partir del fin. Es decir, solo cuando el autor está seguro de *que es lo que quiere* puede plantearse el problema de *cómo lo quiere*.
- b) La fase externa. Una vez *propuesto el fin, seleccionados los medios* para su realización y ponderados los *efectos concomitantes*, el autor procede a su realización en el mundo externo: pone en marcha, conforme a un plan, el proceso causal dominado por la finalidad y procura alcanzar la mera propuesta. (pp. 201-202)

Debiéndose tomar en cuenta que:

En la determinación del concepto de acción no es suficiente con la constatación de los aspectos puramente causales y finales de la misma, sino que es necesario situarlos en un determinado contexto intersubjetivo que es lo que le da su sentido comunicativo, social y/o jurídico, es decir, su significado. (...) el mismo no debe reducirse a simples procesos ontológicos, causales o finales, desconectados de cualquier tipo de valoraciones. (Muñoz y García, 2022, pp. 204-205)



4.4.2.1 Causas de exclusión de la acción

Como señala Villa (2014), “el elemento jurídicamente fundamentador del comportamiento humano es la voluntad, si esta falta, no existe comportamiento desde el punto de vista jurídico, aunque si se dé desde un criterio psicofisiológico” (pp. 271-272). De faltar una acción voluntaria, entonces, no habrá acción penalmente relevante (Muñoz y García, 2022, p. 205).

En ese sentido, conceptualizaremos de forma puntual los estados en que la persona humana no tiene acción o no actuado con esta voluntad, es decir, i) la fuerza física irresistible, ii) los movimientos reflejos, y iii) los estados de inconciencia.

4.4.2.1.1 Fuerza física irresistible

En este supuesto, como señala Villa (2014), se comprende a “todo estímulo externo al agente, que le imprime a su cuerpo un movimiento involuntario, no reflejo y no direccionado o, por el contrario, le impone forzosamente la inmovilidad” (p. 272).

Por su parte, Muñoz y García (2022), la conceptualizan como “una condición de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el sujeto activo. El sujeto activo opera como una masa mecánica” (p. 205). En igual sentido, para Zaffaroni (1981) consiste en “una fuerza de entidad tal que haga que al sujeto incapaz de dirigir sus movimientos, o sea, que lo haga obrar mecánicamente” (p. 136).

Para Luzón (2016):



La fuerza afecta a la parte objetiva de la conducta, es decir, a un movimiento o también a una pasividad o inmovilidad; pero, al estar violentada por fuerza irresistible, tal forma de obrar no depende en absoluto de la voluntad del sujeto, sino precisamente de la fuerza que obra sobre él (que si procede de otra persona, puede dar lugar a responsabilidad de aquélla como autor mediato). (p. 136)

Por otro lado, Fontán (1998), haciendo una diferencia de la *vis absoluta* o fuerza irresistible, con la amenaza de sufrir un mal grave e inminente (*vis compulsiva*), señala:

La diferencia entre una y otra está en que en la *vis compulsiva* el movimiento responde a una manifestación de voluntad del individuo, que lo dirige con sentido a pesar de que obra bajo amenaza; en cambio, en la *vis absoluta* el movimiento responde a la voluntad de quien ejerce la fuerza. El sujeto violentado no domina la acción; es utilizado como "cosa". (pp. 227-228)

4.4.2.1.2 Movimientos reflejos

Se comprende dentro de este tópico, el conjunto de disposiciones filogenéticas e innatas del organismo, adecuadas a su supervivencia y reguladas por el sistema nervioso superior y el bulbo raquídeo «que controla muchos procesos fisiológicos fundamentales del organismo, como respiración, frecuencia cardíaca, constricción y dilatación vascular, deglución y vomito». (Villa, 2014, p. 273)

Según Fontán (1998), los “movimientos reflejos no son expresión del psiquismo del sujeto y por ello resulta incuestionable la falta de acción” (p. 228). Así, en palabras de Muñoz y García (2022), “los movimientos reflejos, tales como las convulsiones epilépticas, no



constituyen acción, ya que el movimiento no está en estos casos controlado por la voluntad” (p. 206). En concreto:

En los “actos (o movimientos) reflejos”, (...) se producen reacciones del organismo que son transmitidas directamente a los músculos u órganos a través del sistema neurovegetativo o simpático, sin control alguno del sistema nervioso central y sin que medien por tanto órdenes cerebrales: p. ej. reacciones de dolor ante heridas, pinchazos o quemaduras inesperadas, erizamiento del cabello o castañeteo de dientes ante el frío, sudoración u otras reacciones fisiológicas ante el calor, el miedo o la ansiedad, estornudos como reacción a la introducción de partículas extrañas en las vías respiratorias. Lo mismo ocurre con los tics nerviosos o con los movimientos convulsivos de un ataque epiléptico. (Luzón, 2016, p. 139)

4.4.2.1.3 Estado de inconsciencia

Los estados de inconsciencia, tratados por lo general como situaciones de exclusión de la imputabilidad, pueden dar lugar también a falta de acción. La tónica para diferenciar cuándo juegan uno u otro papel, la da la existencia o inexistencia de una manifestación de voluntad. Los estados de *absoluta inconsciencia* a los que se llega sin participación de la voluntad, dan lugar a falta de acción. Los estados de absoluta inconsciencia o de profunda alteración de la conciencia, a los que el individuo llega con participación de la voluntad, sólo podrán ser causa de inimputabilidad, en determinados casos. (Fontán, 1998, p. 229)

Así, para Muñoz y García (2022), “en estos casos los actos que se realizan no dependen de la voluntad y, por consiguiente, no pueden considerarse acciones que puedan llegar a ser penalmente relevantes” (p. 206). En ese sentido, “no se da acción desde el punto de vista



jurídico-penal, cuando el protagonista se encuentra en estado de inconciencia natural, por sueño o sonambulismo, o en estado de inconciencia inducida por sustancias toxicas diversas” (Villa, 2014, p. 274).

4.4.3 Estructura del Delito

4.4.3.1 La Tipicidad como categoría

4.4.3.1.1 Tipo penal

4.4.3.1.1.1 Definición de tipo

Según Muñoz y García (2022), el Tipo es “la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal” (p. 232). Por su parte Zaffaroni (1981), señala que “es una figura que resulta de la imaginación del legislador” (p. 172).

El tipo penal es la creación legislativa de un conjunto de elementos del delito descritos en la ley penal y es una consecuencia del principio de legalidad. Se trata de la descripción hipotética de la conducta prohibida que realiza el legislador a través de una norma, de manera que una conducta será típica si se ajusta a esta descripción normativa. (Villavicencio, 2019, p. 65)

En general, «tipo» es una expresión que designa todo conjunto de elementos unidos por una significación común. El tipo penal, por lo tanto, es el conjunto de elementos que caracteriza a un comportamiento como contrario a la norma. (Bacigalupo, 2004, p. 212)



4.4.3.1.1.2 Funciones del Tipo

Según Muñoz y García (2022) el tipo tiene una triple función, a saber:

- a) Una *función seleccionadora* de los comportamientos humanos penalmente relevantes.
- b) Una *función de garantía*, en la medida en que solo los comportamientos subsumibles en él pueden ser sancionados penalmente.
- c) Una *función motivadora general*, ya que, con la descripción de los comportamientos en el tipo penal el legislador indica a los ciudadanos que comportamientos están prohibidos y espera que, con la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida. (p. 232)

4.4.3.1.2 Tipicidad

4.4.3.1.2.1 Definición

Según Muñoz y García (2022), “la tipicidad es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal” (p. 231), asimismo, “es la cualidad que se atribuye a un comportamiento humano (acción u omisión) cuando es subsumible en el supuesto de hecho de una norma penal” (p. 232).

Para Villavicencio (2019), “la tipicidad es la adecuación de un hecho al tipo penal. Es una operación técnica mediante la cual un hecho producido en la realidad es subsumido dentro del supuesto de hecho —tipo— que describe la ley pena” (p. 65).



Por su parte Zaffaroni (1981), haciendo una distinción entre tipo, juicio de tipicidad y tipicidad, enseña que:

El *tipo* es una figura que resulta de la imaginación del legislador; el *juicio de tipicidad* la averiguación que sobre una conducta efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador: *la tipicidad* el resultado afirmativo de ese juicio. (p. 172)

4.4.3.1.2 Tipicidad objetiva

Según Roxin (2006):

El tipo de Beling se caracteriza preferentemente por dos notas: es “objetivo” y “libre de valor (no valorativo)”. La objetividad significa la exclusión del tipo de todos los procesos subjetivos, intraanímicos, que son asignados en su totalidad a la culpabilidad. (...) Y por “carácter no valorativo” debe entenderse que el tipo no contiene ninguna valoración legal que aluda a la antijuridicidad de la actuación típica. (p. 279)

Por ello que, en palabras de Villa (2014), “el punto de partida es que todos los delitos, tratándose de conducta, «están regidos por la causalidad física y suponen indispensablemente modificaciones del mundo exterior, esto es, resultado»” (p. 297).

Como menciona Muñoz y García (2022), dentro del tipo objetivo:

Se incluyen todos aquellos elementos de naturaleza objetiva que caracterizan objetivamente el supuesto de hecho de la norma penal, o tipo penal (el sujeto activo, la conducta, las formas y medios de la acción, el resultado, la relación de causalidad y los



criterios para imputar objetivamente el resultado a la conducta, el objeto material, etc.).

(p. 245)

En concreto, de lo que se trata con la delimitación entre tipicidad objetiva y subjetiva es demostrar si la acción realizada cumple, primero objetiva y luego subjetivamente con los requisitos para hacer entrever que del juicio de tipicidad es posible atribuir el resultado típico al sujeto activo.

Este juicio de tipicidad, a nivel objetivo, se realiza mediante la denominada Teoría de la Imputación Objetiva, ello a partir de los postulados de la infracción de un riesgo jurídicamente relevante para el bien jurídico.

Esta teoría tiene su origen con el Sistema Funcionalista del Derecho Penal, siendo que los dos sistemas más importantes sobre imputación objetiva: I) Sistema de Roxin y II) Sistema de Jakobs (Villa, 2014).

La imputación objetiva no es una figura nueva del derecho penal, ni constituye tan solo un tema de modo. Su contenido corresponde a uno de los más viejos anhelos de la ciencia penal, cual es el de poder determinar con precisión cuando la lesión a un bien jurídico debe ser considerada como «la obra» de determinado sujeto, y cuando dicha afectación es solamente el producto de la simple casualidad. (Ale y Gómez, 2004, p. 63)

Con esta finalidad, conviene precisar aquí los principios que enmarca a cada sistema: (Villa, 2014):

Sistema de Roxin:



- a) Disminución de riesgo.
- b) Creación de riesgo jurídicamente relevante.
- c) Aumento de riesgo permitido.
- d) El ámbito de protección de la norma.
- e) Pertenencia del resultado al ámbito de protección de la norma.

Sistema de Jakobs, para la exclusión de responsabilidad objetiva:

- a) Existe un riesgo permitido
- b) Existe de Principio de Confianza
- c) Existe un Prohibición de regreso
- d) Existe una competencia de la víctima. (pp. 299-307

Siendo estos principios, concebidos como filtros que ayudan a clarificar un determinado comportamiento y así evidenciarlo como típico (Villegas, 2017).

Entonces, para encuadrar una conducta a un tipo-penal, es necesario comprobar la relación existente entre esta conducta y el resultado típico, confirmando con ello que una es la concreción de la otra, es decir, que exista una relación suficiente entre ellas. Ahora bien, constatada la relación de causalidad entre la acción y el resultado típico, el segundo paso, consistirá en la imputación del resultado a dicha acción. Así, pues, como vemos, el primer paso consiste en una comprobación, donde se verificará, desde un punto de vista natural, la relación de causalidad; el segundo paso será la comprobación de un vínculo jurídico entre la acción y el resultado. Este segundo aspecto no es más que el juicio normativo de la imputación objetiva. (Villegas, 2017, p. 85)



4.4.3.1.2.3 Tipicidad subjetiva

El delito tiene tanto una vertiente objetiva, denominada tipo objetivo, como una vertiente subjetiva llamado tipo subjetivo.

Así, según Villa (2014), “la tipicidad subjetiva comprende el estado psicológico concomitante al comportamiento objetivamente descrito en el tipo” (p. 307). Para Muñoz y García (2022), en el tipo subjetivo se encuentra “el contenido de la voluntad que rige la acción (fin, selección de medios y efectos concomitantes)” (p. 245).

Por ende, aquí encontraremos como presupuesto para la configuración del tipo penal, al dolo y a la culpa.

a. El dolo

El delito doloso supone, una agresión consciente contra el bien jurídico protegido, mientras que la imprudencia es solo una falta de cuidado en la que a veces el sujeto ni siquiera se plantea el posible daño al bien jurídico; por eso la realización dolosa de un delito siempre se considera más grave que la realización imprudente del mismo delito. (Muñoz y García, 2022, p. 246)

Según Bacigalupo (2004), el dolo estaría caracterizado por “el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, es decir, de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido” (p. 307).



En palabras de Ale y Gómez (2004), “el dolo tiene que ver directamente con la voluntad y conocimiento, de los elementos objetivos del tipo (elementos de acción, descriptivos, normativos, resultado, dominio del hecho, etc.). Todas estas circunstancias son representadas, mentalmente por el sujeto” (p. 66); de igual forma, Muñoz y García (2022), señalaban que se entiende “simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito” (p. 247). De ahí que, “quien conoce el peligro concreto generado por su acción riesgosa para otra persona, obra con dolo, pues sabe lo que hace” (Bacigalupo, 2004, p. 307).

b. La culpa o imprudencia

En este caso, no se trata de tipos penales dolosos, o realizados con intención y conocimiento. Si no que, al contrario, se trata de delitos en los que el autor sabía que el resultado ocurriría por su negligencia y pese a ello se mantuvo en dicha negligencia.

Así, Bacigalupo (2004), enseña que lo que fundamenta al delito “es el desprecio que el autor demuestra respecto de los bienes jurídicos ajenos, sea que no ha pensado en la lesión que causa o porque supone falsamente que su acción no causará lesión alguna” (p. 327).

La imprudencia se caracteriza como una *«forma de evitabilidad, en la que el autor carece de un conocimiento actual de lo que se debe evitar»*, es decir, que se debe apreciar imprudencia cuando un resultado típico es objetivamente imputable y el autor ha tenido un *error sobre el riesgo de su producción, a pesar de la posibilidad de conocer tal riesgo*”. (Bacigalupo, 2004, p. 331)

4.4.3.1.3 Error de tipo

El error de tipo se encuentra regulado en el Código Penal (1991), de la siguiente forma:



El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.

(Artículo 14)

Como bien señalan Muñoz y García (2022), “el autor debe conocer los elementos objetivos integrantes del tipo de injusto. Cualquier desconocimiento o error sobre la existencia de algunos de estos elementos repercute en la tipicidad porque excluye el dolo” (p. 256), caso en el que nos encontraríamos en un error de tipo.

Así, para Villa (2014), “se trata de una falsa representación que el autor hace de los hechos, de modo que al actuar no sabe que está realizando un elemento fundamental (esencial) del tipo” (p. 313).

El error significa una *discordancia entre la conciencia del agente y la realidad*, esto es, supone que el autor se represente de manera equivocada lo existente (falta la conciencia, pero la realidad existe); desde luego, el error es de tipo cuando el momento cognoscitivo del dolo no abarca el aspecto objetivo del supuesto de hecho en la forma requerida por cada figura. En otras palabras: hay error de tipo cuando no existe conocimiento de que se realiza el aspecto objetivo del tipo, por lo que la conducta deviene atípica. (Velásquez, 2022, pp. 397-398)

Por su parte, nuestra Jurisprudencia nacional, señala sobre esta figura:

El error de tipo es el desconocimiento o ignorancia de uno o todos los elementos que integran el tipo objetivo –la calidad del sujeto activo, la calidad de la víctima, el comportamiento activo u omisivo, las formas y medios de la acción, el objeto material,



el resultado, la relación de causalidad y los criterios para imputar objetivamente el resultado al comportamiento activo u omisivo-. (Recurso de Nulidad N° 2698-2013, 2013, F.J. 4)

Así, vemos que el error de tipo tiene dos variantes: el error de tipo vencible y el de tipo invencible.

a. Error de tipo vencible

Según Villa (2014), “el error esencial es vencible cuando el autor, con la debida diligencia, hubiera podido conocer los hechos y evitar el error” (p. 313). Para Ale y Gómez (2004), “un error de tipo es vencible cuando el autor aprecia erróneamente una circunstancia o elemento descriptivo del tipo penal” (p. 71).

Por su parte, para Villavicencio (2013), “existe error de tipo vencible, cuando el agente pudo haber salido del error en el que se encontraba y pudo evitar el resultado observando el cuidado debido que las circunstancias le exigen para poder evitar cualquier tipo de resultado” (p. 362).

Así, como consecuencia de este tipo de error, “el delito será sancionado como culposo, si y solo si la infracción está prevista como culposa en la ley penal” (Villa, 2014, p. 314), vale decir, el autor, de concurrir este tipo de error, responderá a título de culpa mientras el tipo penal que sancione dicha conducta establezca la posibilidad de concurrencia de la modalidad culposa.

b. Error de tipo invencible



Según Villavicencio (2013), “existe error de tipo invencible cuando el agente, habiendo observado el cuidado debido, no pudo salir del error en el que se encontraba, originando el resultado” (p. 363). En palabras de Muñoz y García (2022), se trata de “aquel que el autor no hubiera podido superar ni aun empleando una gran diligencia” (p. 256).

Por su parte, Villa (2014), explica que “el error esencial invencible elimina el dolo, pues caso es el del autor imposibilitado de conocer los elementos del tipo aun cuando hubiera actuado en la debida prudencia. La acción será atípica” (p. 313).

4.4.3.2 La Segunda categoría: Antijuridicidad

4.4.3.2.1 Definición

Según Chanamé (2016), dicho vocablo hace referencia a “todo lo contrario al derecho” (p. 107). Por su parte, como antecedente de esta categoría, García (2019) nos enseña que:

La aparición de la antijuridicidad en la teoría del delito tiene lugar propiamente con la distinción causalista entre una parte objetiva-externa y otra parte subjetiva-interna del delito. Mientras la primera estuvo constituida por un hecho objetivamente antijurídico, la segunda estaba referida a la culpabilidad del autor. En este esquema conceptual, a la antijuridicidad penal se la definió como una categoría objetiva que caracterizaba el lado externo del delito con independencia de la culpabilidad subjetiva del autor. (p. 598)

Con esa atinencia, Fontán (1998) define a la antijuridicidad de la siguiente forma:

La antijuridicidad no es una característica específica de la acción delictuosa; no toda lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tiene significación penal; la calidad de



antijurídico es una condición necesaria, pero no suficiente, para calificar el hecho de delito; la acción ha de ser típicamente antijurídica para reunir las características de un hecho punible. Esta característica sólo se logra a través de las disposiciones de la ley penal. Decimos de la ley penal y no de las figuras de la parte especial, porque la tipicidad resulta de las previsiones de la ley penal considerada como un todo orgánico. (p. 253)

En palabras de Muñoz y García (2022), “la *antijuricidad* es un predicado de la acción, el atributo con el que se califica una acción para denotar que es contraria al Ordenamiento jurídico” (p. 276). Así, Villavicencio (2019), en el mismo sentido, señala:

La antijuridicidad es un predicado de la conducta, una cualidad o propiedad que se le atribuye a la acción típica para precisar que es contraria al ordenamiento jurídico, a diferencia de lo injusto, que es un sustantivo que se utiliza para denominar a la acción típica luego de que es calificada como antijurídica: es el objeto de valoración de la antijuridicidad. (p. 115)

Ahora bien, se debe diferenciar entre antijuridicidad e injusto, para ello resulta ilustrativo lo señalado por Fontán (1998):

Las expresiones antijuridicidad e injusto son a menudo utilizadas indiferentemente. Esa indiferencia es en muchos casos intrascendente, pero en otros puede inducir a error por eso es preciso ponerse de acuerdo previamente sobre la terminología adoptada. Siguiendo a WELZEL (...) podemos decir que antijuridicidad es una característica de la acción y, por cierto, la relación que expresa un desacuerdo entre la acción y el orden jurídico. En cambio, lo injusto o el ilícito es la acción antijurídica como totalidad; por tanto, el objeto junto con su predicado de valor; es decir, la acción misma valorada y declarada antijurídica. Lo injusto es un sustantivo: la acción antijurídica; la



antijuridicidad, en cambio, solamente una relación: la característica axiológica de referencia de la acción. (pp. 253-254)

El o lo injusto es un sustantivo que se emplea para denominar la acción misma calificada ya como antijurídica; lo injusto es, por lo tanto, la conducta de la acción común a todas las ramas del Ordenamiento jurídico, el injusto (a veces también llamado *ilícito*) es una acción antijurídica determinada. (...) Por eso, se habla de injusto o ilícito penal, de injusto civil o de injusto administrativo, aunque la antijuridicidad sea unitaria para todo el Ordenamiento jurídico. (Muñoz y García, 2022, p. 276)

Asimismo es necesario su distinción con la tipicidad, siendo de igual forma Fontán (1998) quien señala que:

La antijuridicidad contiene una idea de contradicción, la tipicidad una idea de identificación: la antijuridicidad señala la relación -contradicción- entre el acto y el orden jurídico; la tipicidad la identificación del hecho ilícito vivido con la abstracción sintetizada en una figura legal. (p. 254)

4.4.3.2.2. Clases de antijuridicidad

4.4.3.2.2.1 Antijuridicidad formal

Según Fontán (1998), “fue Franz VON LISZT quien puso en debate la existencia de una dualidad antijurídica, que él distinguió en formal y material” (p. 256).

Para Chanamé (2016), la antijuridicidad formal “es la contradicción entre la conducta del ser humano y la descripción que realiza el legislador en el tipo penal” (p. 108), “Se dice que



cuando un comportamiento contradice el orden jurídico se tiene una **antijuricidad formal**” (Villa, 2014, p. 405). Por su parte Muñoz y García (2022), señalan que “a la simple contradicción entre una acción y el Ordenamiento jurídico se llama *antijuricidad formal*” (p. 276).

La condición formal de la antijuricidad tiene el inconveniente de reducir su estudio a la presencia o ausencia de una causa de justificación, teniendo inconveniente, no solo porque tal concepto impide una graduación eficaz de la lesión de bienes jurídicos y consecuentemente del injusto, sino porque impide a su vez ver la real nocividad de la agresión. (Ale y Gómez, 2004, p. 113)

4.4.3.2.2.1 Antijuricidad material

Por su parte, la antijuricidad material “es una norma que sostiene que no basta que entre en contradicción el hecho y la norma jurídica, para que se produzca la antijuricidad; sino, que el comportamiento vulnere o lesione los intereses públicos” (Chanamé, 2016, p. 108), “Si además de la mera oposición entre la acción y la norma, se añade el criterio de ofensa al bien jurídico, estamos ante una **antijuricidad material**” (Villa, 2014, p. 405). Así:

La antijuricidad no se agota, sin embargo, en esta relación de oposición entre acción y norma, sino que tiene también un contenido material reflejado en la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. Se habla en este caso de *antijuricidad material*. (Muñoz y García, 2022, pp. 276-277)

Reafirmando todo lo señalado, en palabras de Roxin (2006), una acción es materialmente antijurídica “en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos



socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales” (p. 558).

Jescheck (2014), al respecto, también señala que:

La antijuricidad no se agota en la relación entre la acción y la norma sino que también posee un significado *interno* (antijuricidad material). Una acción es antijurídica en un sentido material cuando se atiende al menoscabo del bien jurídico protegido por la norma correspondiente. (p. 345)

En ese sentido señala que esta concepción material de la antijuricidad tiene un significado práctico importante, por dos motivos:

- a) La antijuricidad material es, de un lado, el punto de orientación del legislador en la elaboración de los tipos penales y el pensamiento director de los órganos de persecución cuando buscan la disposición penal aplicable en el caso concreto. (...) La perspectiva material posibilita, asimismo, la interpretación de los tipos de acuerdo con los fines y valores que les sirven de base.
- b) Una importante consecuencia de la consideración material de la antijuricidad es también la posibilidad de aceptar la justificación de la conducta aunque la Ley no contenga ninguna causa aplicable para ello, si resulta que los fines que el legislador quería alcanzar con la prescripción de la disposición penal deben ceder en el caso concreto frente a los intereses de mayor rango. (Jescheck, 2014, pp. 346-347)



4.4.3.2.3 Causas de Justificación

El Derecho penal, supone la prohibición de supuestos facticos contrarios a derecho por cuanto busca evitar ciertos comportamientos catalogados como prohibidos y tipificados en nuestro ordenamiento penal. Sin embargo, pese a la existencia de un hecho típico, el legislador permite por razones políticas, sociales y jurídicas que dicha conducta sea permitida.

Así, estas razones permiten la creación de causas que justifican el desvalor que sugiere una norma prohibida. Por ello que Jakobs (1997) señala que, “las causas de justificación son los motivos jurídicos bien fundados para ejecutar un comportamiento en si prohibido” (p. 419).

Por su parte, para Cerezo (2008), el concepto y desarrollo de estas causas de justificación lleva implícito un precepto permisivo, “que interfiere las normas de carácter general, mandatos o prohibiciones, dando lugar a que la conducta prohibida o la no realización de la conducta ordenada, en los delitos de omisión, sea lícita” (p. 501). Se trata entonces, de conductas que se van adaptando y permitiéndose, pese a estar prohibidas, por justificaciones dadas en un determinado estadio social.

En ese sentido, según Villa (2014), “la causa de justificación en el caso específico desvirtúa el indicio de antijuricidad a que se había llegado con la realización del tipo, convirtiendo el hecho típico en algo lícito y justo” (p. 409).

Siendo el mismo autor, quien advierte sobre las consecuencias de la concurrencia de una causa de justificación:

1. Frente al acto justificado no se admite legítima defensa.
2. Verificada la causa de justificación carece de objeto el juicio de culpabilidad.



3. El beneficio de una causa de justificación se hace extensivo a los partícipes en aplicación del principio de accesoriadad limitada.
4. La extralimitación del acto justificado haría del exceso una antijuricidad, aunque nosotros planteamos por criterio de imputación objetiva una causa de atipicidad. (Villa, 2014, p. 409)

De acuerdo al contenido político criminal que buscan las causas de justificación, es que a nivel jurídico existen múltiples causas de justificación, esto dentro del Código Penal y de todo el ordenamiento jurídico (Ale y Gómez, 2004). Siendo indeterminables (Villa, 2014, p. 413).

Por dicho motivo, debemos señalar que por imperio del principio de legalidad y a nivel doctrinario, se contemplan las siguientes causas de justificación:

1. La legítima defensa; en el artículo 20 inciso 3 del CP.
2. El estado de necesidad justificante; reconocida en el artículo 20 inciso 4 del CP.
3. Obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo; en el artículo 20 inciso 8 del CP.
4. La obediencia debida; en el artículo 20 inciso 9 del CP.
5. El consentimiento; en el artículo 20 inciso 10 del CP.

4.4.3.3 La Tercera Categoría del Delito: Culpabilidad

Luego de haberse comprobado la concurrencia de una conducta típica y antijurídica, el hecho devendría en un injusto penal, esto es, un hecho desaprobado por el derecho; faltando la comprobación de si el autor del injusto, deba responder penalmente por este. A este último ejercicio de verificación en la conducta se le conoce como Culpabilidad.



Según Bramont-Arias (2008), se entiende por culpabilidad a “la posibilidad de atribuir un hecho desvalorado a su autor” (p. 297), examen que resulta de la superación de los elementos que estructuran la culpabilidad: la capacidad de comprender la ilicitud y de comportarse de acuerdo a ella; la posibilidad de conocimiento de la ilicitud y de superar la exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho (Bacigalupo, 2004, p. 403).

A efectos de ahondar más en la concepción y contenido de esta categoría del delito, será tratada en la siguiente sección.

4.5 Culpabilidad

Como se ha señalado, la culpabilidad constituye la categoría del delito a quien le atañe la atribución de responsabilidad penal por el injusto penal cometido. Es decir, constituye el juicio de reprochabilidad que se hace al autor respecto del injusto penal cometido, sea porque el agente pudo haber actuado de otra manera o pudo abstenerse de la comisión de dicho injusto; pero que sin embargo, decidió no optar por evitar dicha conducta ilícita.

Para entender el concepto de la culpabilidad, es necesario tener en consideración que su concepción ha ido variando y evolucionando según la época en que fueron concebidas y su ubicación como categoría dentro de la Teoría del Delito, por ende, para comprender su concepción es necesario señalar las diferentes aristas que existen. Estos conceptos de culpabilidad “procuran dar una respuesta a la cuestión de las condiciones bajo las cuales un autor puede ser considerado culpable de su acción típica y antijurídica” (Bacigalupo, 2004, p. 400).

A. Concepto Psicológico de culpabilidad:



Según Berdugo (1999, citado por Bramont-Arias, 2008, p. 299):

A finales del siglo XIX y durante el primer tercio del siglo XX predominaba una concepción de la culpabilidad que seguía fielmente los designios del causalismo naturalista, entendiéndose que su atribución a un sujeto requería la comprobación de un nexo psíquico con el hecho cometido, es decir una relación causa a efecto que permitiera hacerle penalmente responsable del mismo –considerarlo suyo-. Se trataba así de trasladar el esquema explicativo de la teoría de la equivalencia de las condiciones al ámbito de la culpabilidad.

En ese sentido, “la teoría psicológica entendía la culpabilidad como «la relación psicológica del autor con el hecho en su significación objetiva, es decir en el reflejo anímico de la realidad» (BELING)” (Ale y Gómez, 2004, p. 136).

Jiménez de Asúa (1984), por su parte, señalaba que los partidarios de esta teoría fundan su concepción en que “la culpabilidad halla su fundamento en la determinada situación de hecho *predominantemente psicológica*” (p. 354). En palabras de Bacigalupo (2004), esta teoría:

Importa la comprobación de que la voluntad del autor es causal del hecho ilícito. La culpabilidad implica un juicio sobre tres diversos aspectos: a) La relación causal entre la voluntad de una persona y un suceso; b) La desaprobación del hecho (su carácter indeseable o dañoso), y c) La conciencia de la contrariedad al deber en el autor. La voluntad es causal del hecho ilícito, según esta teoría, en dos casos: el dolo y la culpa. Ambos son especies de la culpabilidad y presuponen la imputabilidad del autor. (p. 401)

Como menciona Villavicencio (2019):



La concepción psicológica de la culpabilidad (sistema Liszt-Beling) postula un concepto naturalístico de la culpabilidad e intenta reconducir los conceptos jurídicos a datos empíricos. En este sentido, la culpabilidad se define como una relación subjetiva entre el acto y el autor que solo puede ser concebida psicológicamente. (p. 124)

De esta manera, en la teoría psicológica, “la culpabilidad requiere una determinada vinculación psicológica entre el autor y su hecho, sin la cual es imposible afirmar la relación causal de la voluntad con el hecho ilícito” (Bacigalupo, 2004, p. 401). Con lo que “la culpabilidad se agota en la relación psicológica y el hecho, es decir, basta con que el sujeto quiera realizar el hecho” (Bramont-Arias, 2008, p. 299).

La culpabilidad era algo que solo existía en el autor y que, además, se agotaba en una relación interna frente a la acción. En el dolo y en la culpa se veían dos especies de culpabilidad. Ya era culpabilidad el dolo o la culpa. El dolo se caracterizaba por la voluntad de resultado de parte del autor y la culpa por la ausencia de esta voluntad. (Baumann, 2021, p. 164)

Por lo que, “el verdadero núcleo de la culpabilidad sería el dolo o la imprudencia, como dos formas distintas de relación psíquica del autor con el hecho” (Stratenwerth, citado por Peña Cabrera, 2017, p. 867).

Uno de los opositores de esta teoría fue Jiménez de Asúa (1984), ya que el afirmaba que “la imputabilidad *si es psicológica*; pero, la culpabilidad *es valorativa*, puesto que su contenido es un reproche. No basta en ella, (...) lo psicológico puro” (pp. 354-355).

De igual forma, postula su crítica Baumann (2021), al señalar que:



Los trabajos de Goldschmidt y Radbruch, y especialmente los del penalista de Tubinga Frank y Beling, pusieron de manifiesto que a este concepto de culpabilidad faltaban elementos importantes. (...) Se reconoció, asimismo, que con esta concepción de la culpabilidad, no podía ser culpabilidad la culpa inconsciente, dado que ya estaba caracterizada, precisamente por la falta de una relación psíquica entre el autor y el hecho cometido por él. (p. 164)

No existe, pues, un nexo psicológico entre el autor y el resultado delictivo. Todos los intentos para explicar de un modo satisfactorio la culpa inconsciente, desde el punto de vista de la teoría psicológica, fracasaron. Ante estas dificultades, Kohlrausch en Alemania y Vannini, en Italia, llegaron a mantener la tesis de que en la culpa inconsciente no hay culpabilidad. (Cerezo, 2008, p. 740)

Sentenciando que en la actualidad ya no se sustenta el concepto psicológico de la culpabilidad, pero que sin embargo sin su pasado no sería posible comprender los demás conceptos de culpabilidad surgidos con posterioridad (Baumann, 2021).

B. Concepto normativo de culpabilidad:

Según Jiménez de Asúa (1956), “lo que caracteriza esta doctrina es el *reproche* basado en las motivaciones y el carácter del agente, a condición de que se le *pueda exigir* un comportamiento conforme a derecho” (p. 163).

Por otra parte, según Bacigalupo (2004):

El punto de partida de esta teoría es la comprobación de que la teoría dominante define el concepto de culpabilidad de tal manera que solo incluye en si los conceptos de dolo



y culpa; por el contrario, es necesario concebirlo teniendo en cuenta también las circunstancias relevantes que acompañan al hecho y la capacidad de imputación. (p. 401)

Así, de forma didáctica Jiménez de Asúa (1956), enseña que:

Para la concepción normativista de la culpabilidad esta no es pura situación psicológica (intelecto y voluntad). Representa un proceso atribuible a una motivación reprochable del agente. Es decir que, partiendo del hecho concreto psicológico, ha de examinarse la motivación que llevo al hombre a esa actitud psicológica, dolosa o culposa. No basta tampoco el examen de estos motivos, sino que es preciso deducir de ellos si el autor cometió o no un hecho reprochable. Solo podemos llegar a la reprobación de su hacer u omitir si apreciados esos motivos y el carácter del sujeto, se demuestra que se le podía exigir un comportamiento distinto al que emprendió; es decir, si le era exigible que se condujese conforme a las pretensiones del Derecho. En suma, la concepción normativa se funda en el reproche (basado en el acto psicológico, en los motivos y en la caracterología del agente) y en la exigibilidad. (p. 164)

En igual sentido, Baumann (2021), señala que:

El concepto normativo de la culpabilidad, hoy predominante y que sustituye al psicológico, ve en la relación entre el autor y su hecho tan solo un elemento de la culpabilidad. Según este criterio, también debe corresponder a la culpabilidad un elemento valorativo, o sea, normativo: la reprochabilidad de la conducta del autor. Culpabilidad es la relación reprochable entre el autor y el hecho cometido por él. Está integrada por los elementos del dolo o de la culpa y el de la reprochabilidad. (pp. 164-165)



Lo decisivo del concepto normativo de culpabilidad es, en consecuencia, la *reprochabilidad*: una conducta culpable es una conducta reprochable. Y un comportamiento antijurídico es reprochable si el autor: a) es espiritualmente normal (capaz de imputación); b) ha tenido una cierta relación concreta con respecto al hecho o la posibilidad de tenerla (dolo o culpa); y c) ha obrado en circunstancias normales (sin estar bajo presión de una situación característica de una causa de inculpabilidad). (Bacigalupo, 2004, pp. 401-402)

En resumen, “la concepción normativa de la culpabilidad (Reinhard Frank, 1966) sostiene que la culpabilidad es un reproche. Esto se basa en tres elementos del mismo rango: imputabilidad, culpa o dolo, y normalidad de las circunstancias concurrentes” (Villavicencio, 2019, p. 124).

Con el surgimiento de la teoría finalista, donde se trasladó el concepto de dolo y culpa fuera de la culpabilidad, es que se adquirió una nueva forma de concebir a la culpabilidad, esto bajo la influencia de la teoría finalista.

C. Concepto finalista de la acción de reprochabilidad:

Según Bacigalupo (2004):

Para la teoría finalista de la acción, la reprochabilidad presupone la capacidad de motivarse por la norma. El que realice una acción típica y antijurídica será culpable si podía motivarse por la norma, es decir, si podía obrar de otra manera. (p. 402)

En palabras de Peña Cabrera (2017):



La culpabilidad en el marco de la doctrina finalista, supone «reprochabilidad individual», en sentido normativo, es decir, el reproche que recae sobre la persona del autor, por haber realizado una conducta antijurídica pese a haber podido actuar de otro modo (libre albedrío = “libertad de actuar”), a lo cual anudan una serie de requisitos. (p. 866).

Por su parte Cerezo (2008), al fundamentar que la culpabilidad es reprochabilidad personal de la acción típica y antijurídica, señala que en “la culpabilidad, la reprochabilidad, es una cualidad inherente a la acción delictiva, cuya existencia aprecia el juez o el tribunal de acuerdo con las valoraciones implícitas en el ordenamiento jurídico” (p. 743).

Desde la perspectiva de Baumann (2021), el concepto normativo de la culpabilidad que propugna la teoría de la acción finalista se opone radicalmente al concepto psicológico, así señala que: “En el concepto psicológico de la culpabilidad la culpabilidad está en la cabeza del autor y en el concepto simplemente normativo, tan solo en la cabeza de quienes juzgan, los jueces” (p. 166).

Según esta concepción, la culpabilidad es el reproche de culpabilidad, la valoración de la conducta del autor. Para la teoría de la acción finalista, el dolo no es un elemento de la culpabilidad (y tampoco culpabilidad, contrariamente a lo que sustentaba la teoría psicológica), sino elemento de la acción. Tampoco la culpa pertenece a los elementos de la culpabilidad; es, de todos modos elemento del tipo de lo injusto. (Baumann, 2021, p. 166)

Se agrega aquí el elemento de la motivación. Si el sujeto es motivado por la norma y a pesar de ello realiza el acto prohibido, entonces es reprochable. De esta afirmación se deduce que el sujeto que no puede ser motivado no puede ser culpable, por ejemplo: el



loco. (...) La culpabilidad, de acuerdo a esta teoría, se vuelve graduable por la motivación que puede ejercer la norma. (...) en ningún caso sería reprochable el actuar de una persona jurídica, dado que no puede ser motivada por la norma. (Bramont-Arias, 2008, pp. 301-302)

Finalmente, menciona Baumann (2021), que la culpabilidad propuesta por la teoría finalista, está integrada por los siguientes elementos:

- a) La relación del autor frente al hecho que ha cometido (lo que se reprocha: dolo o culpa);
- b) La capacidad de culpabilidad (imputabilidad) (la posibilidad de valorar); y
- c) La falta de causas de exclusión de la culpabilidad (la posibilidad del autor de actuar de acuerdo con su valoración). (pp. 167-168)

Pudiendo existir acciones típicas y antijurídicas no culpables, cuando concurra alguna causa de inimputabilidad (de exclusión de la capacidad de culpabilidad) o de inculpabilidad, pero no una acción culpable que no sea típica y antijurídica (Cerezo, 2008, p. 732).

A. Concepto funcionalista de la culpabilidad

Según Villavicencio (2019):

La concepción funcionalista de la culpabilidad postula el libre albedrío y libera la culpabilidad de cualquier consideración metafísica. Niega la relación libre albedrío-reproche-retribución como fundamento de la misma y, por el contrario, se basa en consideraciones político-criminales. Se reconocen dos modelos de estructura: 1) La responsabilidad, basada en la actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad



normativa (Roxin, 1999); y 2) La infidelidad al derecho, que es un menoscabo a la confianza que se tiene en la norma (prevención general positiva). Este es un concepto funcional de la culpabilidad (Jakobs, 1995). (p. 124)

Por su parte, según refiere Peña Cabrera (2017):

En la posición «funcionalista», destaca el autor alemán Günther Jakobs, para quien la Culpabilidad se describe a partir de los fines de la prevención general positiva, esto es, el quebrantamiento de la norma por parte del autor genera una desconfianza hacia la facticidad del orden jurídico, cuyo restablecimiento está implícito en la pena; quiere decir, que la Culpabilidad en esta concepción es absorbida plenamente por fines cognitivos de recuperabilidad sensitiva, donde el autor se convierte en un centro de atribución de expectativas sociológicas y cognitivas. (p. 870)

Así, de acuerdo con los postulados de Jakobs, la culpabilidad en sentido funcionalista se expresa de la siguiente forma:

En el marco de una perspectiva funcional-social, el derecho penal solo garantiza una cosa: que se va a contradecir toda expresión de sentido (probada en un procedimiento propio de un Estado de Derecho) que manifieste que la norma carece de validez. Como consecuencia de esta afirmación, una expresión de sentido de cometido defectuoso es una expresión que conlleva responsabilidad. (Bramont-Arias, 2008, p. 303)

D. Concepto material de culpabilidad

Según Roxin (2006), “el concepto normativo de culpabilidad solo afirma que una conducta culpable ha de ser “reprochable”. Pero el mismo es de naturaleza completamente



formal y no responde a la cuestión relativa a de que presupuestos materiales depende la reprochabilidad” (p. 798). Cerezo (2008), por su parte se pregunta: ¿Por qué se le reprocha al sujeto la realización de la acción típica y antijurídica? La respuesta a esta pregunta, dice este autor, nos la da el problema que plantea el concepto material de culpabilidad (p. 744).

De ahí que, conforme lo advierten los referidos autores, surge el concepto material de la culpabilidad, para dar respuesta a esa cuestión específica.

Según Muñoz y García (2022), desarrollando el concepto de reprochabilidad en la culpabilidad, señalan que:

El concepto de culpabilidad es, pues, también un principio organizativo de atribución de la responsabilidad individual característico de las sociedades modernas, en las que, dentro de las distintas esferas de su competencia (política, profesional, ciudadano común, etc.) cada uno es responsable por lo que hace (o no hace). La particularidad que presenta la culpabilidad en Derecho penal es que el legislador describe determinadas situaciones (minoría de edad, anomalía mental, error de prohibición, no exigibilidad) en las que renuncia a imponer una pena (aunque no siempre a otro tipo de sanciones, como las medidas de seguridad), cuando alguien que se encuentra en una de esas situaciones comete un hecho típico y antijurídico. (p. 330)

Por su parte para Jescheck (2014):

El concepto material de culpabilidad puede ser estructurado de acuerdo con las exigencias de la Ética o de la seguridad pública, conforme a la particularidad del control de los impulsos por la persona o el fin de la pena y, en este último caso, particularmente en relación con la prevención general. El concepto material de culpabilidad permite



tomar la decisión de sobre qué elementos del hecho o del autor puede basar el *legislador* el juicio de culpabilidad. (p. 621)

Ahora bien, resulta importante la advertencia que hace Cerezo (2008), al señalar que:

Según la opinión dominante en la Ciencia del Derecho Penal española y alemana, el fundamento de la reprochabilidad se halla en la capacidad del sujeto de obrar de otro modo. (...) Una acción típica y antijurídica solo es culpable si el sujeto, en la situación concreta en que se hallaba, podía haber obrado conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. (pp. 744-745)

Este concepto material de culpabilidad entro en crisis en la moderna Ciencia del Derecho penal española y alemana por considerarse que es imposible la comprobación empírica de si el delincuente, en la situación concreta en que se hallaba, podía haber obrado o no de otro modo. (Cerezo, 2008, p. 745)

4.5.1 Definición de culpabilidad

Luego de analizar los diferentes conceptos que se ha tenido de la Culpabilidad, nuestra postura se inclina a la concepción que de acuerdo a un estado democrático de Derecho, no solo admita la imposición de una sanción penal para la persona reprochable que cuenta con una capacidad de autodeterminación, sino que responda a una finalidad preventiva en función de las motivaciones que impulsaron la agresión al bien jurídico protegido.

Así, debemos compartir la postura de Zaffaroni (1999), quien enseña:



La culpabilidad o reprochabilidad se funda en la disposición interna contraria a la norma que revela el individuo, puesto que, pese haberse podido conducir de modo adecuado a la norma y motivado en ella, no lo hizo. Cuanto mayor sea la posibilidad de motivarse conforme a lo prescrito por la norma, mayor será la posibilidad que tiene de decidirse en forma adecuada a derecho, o sea que tendrá un mayor ámbito de autonomía de decisión. (p. 73)

De igual forma, resulta acertada la definición que hiciera al respecto Jiménez de Asúa (1956):

La culpabilidad es el reproche que se hace al autor de un concreto acto punible, al que le liga un nexo psicológico motivado, pretendiendo con su comportamiento un fin, o cuyo alcance le era conocido o conocible, siempre que pudiera exigírsele un proceder conforme a las normas. (p. 92)

En ese sentido, el concepto de culpabilidad puede y debe contemplarse desde la perspectiva de la exigibilidad. (...) culpabilidad es exigibilidad. Actúa culpablemente la persona a la que puede exigírsele actuar conforme a las normas. El grado concreto de exigibilidad resultara de la conflictiva relación surgida, por un lado, de las necesidades preventivas, que abonarían el establecimiento de mayores niveles de exigencia, y, por otro lado, de los argumentos utilitaristas de intervención mínima, así como de los criterios humanitarios, garantísticos, en suma, que apoyarían su reducción. (Silva Sánchez, 2012, p. 666)

Por otro lado, nos adscribimos a la perspectiva moderna que de forma similar enseña Shünemann (2002), para quien la culpabilidad:



En nuestro Derecho penal moderno, tiene como base principal no la idea de retribución, sino la idea de prevención, (...) por tanto, actúa no como fundamentadora de la pena, sino como limitadora de la misma (formulado de otra manera: en el que la culpabilidad no hace necesaria la pena, sino que tan sólo legitima = justifica su imposición al autor).
(Citado por Peña Cabrera, 2017, p. 870)

4.5.2 Culpabilidad por el autor y culpabilidad por el hecho

Señala Villavicencio (2013), respecto de estos dos conceptos, que “el Derecho Penal de autor es incompatible con el Estado social y democrático de Derecho; en ese sentido, solo resulta compatible un Derecho Penal de Acto” (p. 113).

Por lo que, adelantando nuestra postura señalamos que nuestro sistema penal se rige por un Derecho Penal de hecho o de acto; conforme lo señalado por el artículo 2 numeral 24 inciso d) nuestra Constitución Política del Estado, que alude a que la sanción será solo por acto u omisión.

4.5.2.1 Culpabilidad por el autor o por el modo de vida

Según Roxin (2006), conceptualizando esta desfasada forma de condición para encontrar culpabilidad en el autor, señala: “se tratará de un Derecho penal de autor cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asocialidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción” (p. 176).

Por su parte Bockelmann (1939, citado por Roxin, 2006) refiere que “lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho, sino que sólo el que el autor sea “tal” se convierte en objeto de la censura legal” (p. 177).



Según Villavicencio (2013), el derecho penal de autor, “le da mayor importancia a las características personales del autor” (p. 10). Así, Bustos (2004), evidencia que:

A un Derecho Penal de hecho se opone un Derecho Penal de autor, propio de regímenes autoritarios, donde el juicio de culpabilidad se hace exclusivamente en relación al sujeto con prescindencia de un comportamiento concreto que todo lo más puede servir de referencia para el juicio de culpabilidad. El fundamento del castigo en un Derecho Penal de autor es el autor mismo y las valoraciones abstractas que se puedan hacer sobre ese autor. Así será castigado porque es peligroso o es traidor o inmoral, de una entina diferente, etc. (p. 1100)

Para Jescheck (2014) esta forma de entender a la culpabilidad, si bien ahora no es aceptada, su formulación tiene en la actualidad un papel importante, así, reflexiona indicando:

De todas formas, sigue subsistiendo la idea de que en la mayoría de las ocasiones la culpabilidad por el hecho no puede ser explicada tan solo a partir de las circunstancias concurrentes en el momento del hecho, sino que la actual actitud interna del autor se encuentra estrechamente conectada con su trayectoria vital. De ahí que la jurisprudencia en repetidas ocasiones también haya recurrido a los antecedentes del autor en el enjuiciamiento de los factores concretos de su culpabilidad; así sucede, por ejemplo, en relación con la cuestión de si el autor habría podido evitar un error de prohibición (...) o si estaba en situación de dominar el arrebató. (p. 623)

4.5.2.2 Culpabilidad por el hecho o de acto

Como enseña el maestro Bustos (2004):



El juicio de culpabilidad ha estado predominantemente referido al hecho de que el sujeto ha llevado a cabo, a un hecho al cual él se encuentra vinculado personalmente bien sea por dolo o porque ha sido el producto de su imprudencia, en definitiva, a un hecho del que se puede decir con propiedad que es *su hecho* porque él ha sido el que le ha dado sentido y significación y, en él, el sujeto ha reflejado su personalidad social (...). Es sobre ese hecho que el sujeto actuante responde y no por otra cosa, como podría ser su modo de vida, sus opciones políticas, religiosas, sexuales, etc. En definitiva, se trata de un juicio de culpabilidad por el hecho realizado por el sujeto. De estas premisas, surge un principio garantista fundamental que informa al Derecho Penal moderno: *el principio de culpabilidad por el hecho*. (pp. 1099-1100)

Según Villavicencio (2013), en el derecho penal de acto “lo principal es la lesión al orden jurídico o al orden social y otorga menor importancia a las características personales del autor, las mismas que son consideradas por si solas insuficientes para aplicar una pena” (p. 10).

Por su parte, Villa (2014), señala que:

El derecho penal de acto implica que el sistema punitivo se activa sólo a partir y como consecuencia de la comisión, quedando intacta, precisado y comprobado el acto, la referencia al autor tanto para lo que le favorece cuanto para lo que le perjudica. (p. 143)

En palabras de Roxin (2006):

Por Derecho penal de hecho se entiende una regulación legal, en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente (o a lo sumo varias acciones de este tipo) y la sanción representa solo la respuesta al hecho individual, y no



a toda la conducción de la vida del autor o a los peligros que en el futuro se esperan del mismo. (p. 176)

La culpabilidad personal se basa en las características personales del sujeto para atribuir responsabilidad, dejando de lado sus acciones. La culpabilidad por el hecho atribuye responsabilidad al sujeto en relación a la conducta, al hecho cometido por él, dejando de lado cualquier característica personal. (Villavicencio, 2019, p. 125)

Ahora bien, desde la perspectiva de García (2019), la pena “requiere “la responsabilidad penal del autor”, eso debe entenderse como la exigencia de una culpabilidad del autor por un hecho propio (Derecho penal de acto) y no como culpabilidad por su modo de vida (Derecho penal de autor)” (p. 177). Finalmente, compartimos la postura de Roxin (2006) al señalar que:

Solo la culpabilidad existente durante la misma realización del tipo (cfr. El tenor literal del § 20) puede convertirse en fundamento de la responsabilidad jurídico penal. Si falta, no es lícito recurrir en vez de ella a una “culpabilidad por la conducción de la vida” o “culpabilidad por la decisión de la vida” existente en el pasado, y que ha convertido al sujeto, por su propia conducta equivocada, en lo que es hoy. Pues una conducción “culpable” de la vida no es una realización culpable del tipo, y sólo esta es punible. (p. 817)

4.5.2.3 Problemática e influencia de la Culpabilidad de autor y de acto al interior de las instituciones y tipos penales del Código Penal: Reflexiones de Roxin

Por su parte, si bien actualmente la concepción mayoritaria y asentada en nuestro ordenamiento penal es el Derecho Penal de acto, en la parte especial se ven serios problemas que inclusive ha sido advertido en otros ordenamientos penales a nivel de doctrina.



Así, un primer problema se encontraría con los delitos cualificados por la condición del agente, donde pareciera que a través de su profesión, oficio, etc. es que se busca encontrar responsabilidad en el sujeto; para solucionar ello Roxin (2006) citando al maestro Shmidhauser (1958), señala que: “la cualificación de la comisión cuasi profesional no es aún suficiente para fundamentar un Derecho penal de autor, sino que para ello deberá añadirse la atención a elementos especiales de la personalidad, que no se da en estos casos” (p. 185).

Por otro lado, evidencia Roxin (2006) que, “existe actualmente un amplio acuerdo en que también se deben interpretar conforme al Derecho penal de hecho, y no de autor, los tipos que atienden a determinados motivos o actitudes internas del sujeto activo” (p. 185), poniendo como ejemplo los casos de homicidio por conductas “cruelles” o asesinatos donde medie “codicia o alevosía”, señalando que esa actitud interna del sujeto como es la crueldad y la alevosía no radica en el autor en su forma de ser, mucho menos forma parte de su comportamiento, por lo que estos tipos penales no hacen suponer que el autor por haber realizado esa conducta sea codicioso o alevoso, ya que ese rasgo solo se presentó en dicho acto ilícito (Roxin, 2006).

De igual forma, Roxin (2006), advierte otro problema esta vez en la imputabilidad disminuida, en la que, a decir de los fundamentos y fórmulas legales plasmadas en su ordenamiento, se señala que: “la pena puede”, pero no “tiene que” atenuarse. Situación que evidencia un problema al dejar en facultades discrecionales tal reducción de pena, esto es, a través de ella se hace entrever que existe un derecho penal de autor al considerar que la personalidad del autor, a veces, produce que no sea posible la aplicación de una atenuación por la misma redacción de la norma.



Sin embargo, como bien señala el Roxin, la interpretación correcta de esta norma es la de entenderla conforme a los alcances del Derecho Penal de hecho, donde la solución surge de considerar que normalmente existirá una disminución, pero de acuerdo al caso en concreto no procederá una atenuación cuando dicha disminución de la capacidad se vea compensada por un aumento de circunstancias que incrementen la culpabilidad del autor. Así, señala que:

El clásico supuesto de este tipo es el de que el sujeto se emborrache imprudentemente por beber alcohol sin límites y a continuación cometa delitos en ese estado; en tal caso la disminución de la capacidad de culpabilidad al cometer el hecho es compensada por la culpabilidad que implica el hecho de embriagarse. (Roxin, 2006, p. 186)

Supone también una manifestación del Derecho Penal de autor las posturas doctrinarias que recurren a la sanción *ex ante* del autor. Señalando Roxin (2006) que dentro de ellos podría considerarse a la imprudencia, al vencimiento del error de prohibición y a las alteraciones de la conciencia; advirtiendo que la interpretación para estos casos surge de la siguiente manera:

Del mismo modo, la vencibilidad del error de prohibición (§ 17) tampoco se debe basar en una culpabilidad por la conducción de la vida, que podría consistir en que alguien no se ha educado para ser una persona que piense de modo jurídico. En vez de ello, hay que considerar que un error de prohibición solo es vencible si en relación con el hecho concreto el sujeto ha tenido algún motivo (p.ej. al asumir una determinada ocupación) para cerciorarse de la licitud de su conducta (detalladamente § 21, núm. 45 ss.). Y asimismo las alteraciones profundas de la conciencia debidas a un estado pasional provocado culposamente y la figura de la *actio libera in causa* también pueden tratarse adecuadamente sobre la base de un puro derecho penal de hecho, sin necesidad de acudir a la culpabilidad por la condición de la vida. (p. 187)



Finalmente, conforme a todo las problemáticas advertidas, debemos resaltar la precisión que hace Roxin (2006), respecto a las formulaciones legales que vienen elaborando los legisladores y las interpretaciones doctrinarias actuales, señalando que:

Pese al reconocimiento general del principio de culpabilidad por el hecho individual, es sin embargo, dudoso y discutible si la práctica y la doctrina científica en determinadas constelaciones especiales no recurren con todo conscientemente o de modo oculto, para la fundamentación de la punibilidad, a construcciones que se alejan del principio de culpabilidad por el hecho. (p. 818)

4.5.3 Elementos de la Culpabilidad

Según Villa (2014), el estudio de la culpabilidad nos acercará a entender tres hechos:

- a) Que el autor del injusto se encontraba en capacidad psicológica suficiente (media) de comportarse y motivarse.
- b) Que el autor conocía la antijuricidad del acto por el protagonizado; y
- c) Que el actor se encuentra en condiciones psicofísicas, morales y circunstanciales de actuar de manera diferente a como lo hizo por serle exigible. (p. 437)

Por lo que, a partir de ello se podrá decir que son tres los elementos fundamentales que conforman a la culpabilidad:

- a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad
- b) El conocimiento de la Antijuricidad.
- c) La exigencia del comportamiento.



4.5.3.1 La imputabilidad o capacidad de culpabilidad

Según Villa (2014):

La conducta protagonizada –típica y antijurídica- puede entonces no resultar punible cuando su titular adolecía de alguna (y severa se entiende) perturbación psicológica o psiquiátrica que impidió comprender el injusto de su conducta o entendiendo el carácter injusto (típica y antijurídica) de la misma, no pudiendo inhibirse como lo ordena la norma. (p. 438)

Por su parte, Muñoz y García (2022), señalan que “la culpabilidad se basa en que el autor de la infracción penal, del hecho típico y antijurídico, tenga las facultades psíquicas y el grado de madurez suficiente para poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos” (p. 335).

En palabras de Jiménez de Asúa (1984), la imputabilidad vendría formulada de la siguiente manera:

Imputar un hecho a un individuo es atribuírselo, para hacerle sufrir las consecuencias; es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable. La culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la imputabilidad, que las tres ideas son a menudo consideradas como equivalentes y las tres palabras como sinónimas. (pp. 325-326)

Por lo que, “al conjunto de estas facultades mínimas requeridas para considerar a un sujeto culpable por haber hecho algo típico y antijurídico se le llama imputabilidad o, más modernamente, capacidad de culpabilidad” (Muñoz y García, 2022, p. 335).



La imputabilidad tiene como efecto la posesión intacta por el sujeto imputable de las facultades y capacidades psíquicas humanas en el hecho, fundamentalmente la posesión o disposición de los presupuestos intelectual y volitivo de la accesibilidad a la norma penal y de la posibilidad normal de motivación por la misma; en el aspecto intelectual, la capacidad individual de conciencia y comprensión de la antijuridicidad y sus presupuestos (en cambio, la efectiva conciencia de ambas cosas pertenece a la conciencia de la antijuridicidad como otro elemento de la culpabilidad y la conciencia de los presupuestos de la prohibición pertenece al dolo); y en el volitivo, la capacidad de controlar los impulsos y decidir libremente conforme a la comprensión de la norma. (Luzón, 2016, p. 501)

Villa (2014), define a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, como “el conjunto de cualidad psicológicas y fisiológicas por virtud de las cuales un sujeto conoce la trascendencia interpersonal y social de sus actos” (p. 454).

“En ese orden de ideas tenemos que la capacidad de culpabilidad -imputabilidad- es el requisito fundamental de la atribuibilidad, puesto que el autor penalmente lo es sólo en la medida en que pueda responder como tal” (Villa, 2014, p. 455). Por tanto, la capacidad de culpabilidad de la persona, “es la capacidad que este tiene para responder a la exigencia de que comprenda la antijuridicidad y que adecue su conducta a esta comprensión” (Zaffaroni, 1999, p. 110).

Para la imputabilidad penal resulta necesario solamente que el autor cuente al momento del hecho con las capacidades de percepción, de comprensión y de determinación que le permitan evitar la realización del injusto penal. Por lo tanto, la merma en alguna de



estas capacidades que no le impida aún actuar conforme a Derecho, no excluirá la imputabilidad penal. (García, 2019, p. 675)

Finalmente, concluiremos este apartado, con lo que señala Jescheck (2014), para quien “únicamente quien ha alcanzado una edad determinada y no padece graves anomalías psíquicas posee el grado mínimo de capacidad de autodeterminación que es exigido por el Ordenamiento jurídico para la responsabilidad penal” (p. 638)

4.5.3.2 El conocimiento de la antijuridicidad del hecho cometido

Respecto de este supuesto, Villa (2014) señala que:

El autor no puede ser reprochado (culpado) cuando desconoce inevitablemente la prohibición contenida de la norma, creyendo por «error de prohibición» obrar autorizado y lícitamente. Tal hipótesis se da, v.g., cuando por ser extranjero se cree equivocadamente permitido un acto a la manera de lo que ocurre en su país de origen, o cuando además de la naturaleza compleja de la norma, recibe información equivocada de su abogado. (p. 438)

Por su parte, Muñoz y García (2022) señalan que “el conocimiento de la antijuridicidad, (...) es también un concepto que requiere del juez una valoración de los diversos componentes, psicológicos y sociales que inciden en el comportamiento” (p. 354).

Ahora bien, si el agente desconoce de la antijuridicidad de su conducta, se encontrará inmerso dentro de un error de prohibición.

Finalmente para Donna (2013):



La capacidad de culpabilidad es la cualidad de la persona de asimilar, entender y llevar adelante la acción conforme a la norma, lo que puede llamarse capacidad de comprensión y capacidad de dirección de las acciones. Esto requiere la posibilidad y la actualidad de conocimiento del injusto. Cuando estas condiciones faltan, esto es, el entendimiento o la dirección de las acciones, en la formación o en la puesta en práctica debe descartarse la culpabilidad, por incapacidad de culpabilidad. (p. 212)

4.5.3.3 La no exigibilidad de la conducta

Según Villa (2014), por este elemento de la culpabilidad:

El legislador desaprueba su conducta como injusto penal, pero, a pesar de ello, renuncia a formularle un reproche de culpabilidad, porque el Estado requiere de los ciudadanos un comportamiento conforme a derecho en los casos normales, pero no puede exigir comportamientos heroicos en situaciones excepcionales. (p. 439)

Sobre este punto, Donna (2013), menciona que “la dirección de las acciones significa que el sujeto debe tener la capacidad para poder dirigir sus actos, ser señor de ellos de acuerdo a valor, esto es, a la comprensión de la norma” (p. 212). Por su parte, para Muñoz y García (2022):

En culpabilidad dicha idea obliga a comprobar, antes de formular el juicio completo de culpabilidad, si el autor, que con capacidad de culpabilidad y con conocimiento de la antijuricidad de su hacer realizó un hecho típico y antijurídico, se encontraba en alguna situación tan extrema que no fuera aconsejable, desde el punto de vista de los fines de la pena, imponerle una sanción penal. (p. 360)



Por lo que, dentro de este elemento de la culpabilidad podremos encontrar unos supuestos, taxativos, en los que es posible no sancionar la comisión de un ilícito penal:

- a. El estado de necesidad disculpante
- b. Auxilio necesario
- c. Fuerza física irresistible
- d. Miedo insuperable
- e. Obediencia jerárquica disculpante
- f. El estado de necesidad disculpante

4.6 La Inimputabilidad como causa de exclusión de Culpabilidad

Hemos señalado que para que una persona pueda ser sometida a un juicio de culpabilidad, requiere de la presencia de tres elementos:

- a) *La inimputabilidad o capacidad de culpabilidad.* Bajo este término se incluyen aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse (edad, salud mental, etc.) Es evidente que si no se tienen las facultades psíquicas suficientes para poder ser motivado racionalmente, no puede haber culpabilidad.
- b) *El conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido.* La norma penal solo puede motivar al individuo en la medida en que este pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones. Si el sujeto no sabe que su hacer está prohibido, no tiene ninguna razón para abstenerse de su realización; la norma no le motiva y su infracción, si bien es típica y antijurídica, no puede considerarse culpable.



c) *La exigibilidad de un comportamiento distinto*. El derecho ni puede exigir comportamientos heroicos; toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia, fuera del cual no puede exigirse responsabilidad alguna. Esta exigibilidad, aunque se rija por patrones objetivos, es, en última instancia, un problema individual: es el autor concreto, en el caso concreto, quien tiene que comportarse de un modo u otro. (Muñoz y García, 2022, pp. 331-332)

Toca ahora abordar en este apartado lo concerniente a la falta de concurrencia del primer elemento, vale decir, la inimputabilidad o falta de capacidad para ser reprochable jurídico-penalmente.

Por lo que, debemos empezar definiendo a la inimputabilidad, partiendo de la definición que nos otorga Jiménez de Asúa (1984), para quien “es inimputable: *el enajenado y el que se halle en trastorno mental transitorio, cuando no pueda discriminar la naturaleza ilícita de sus acciones o inhibir sus impulsos delictivos*” (p. 351).

Por su parte, para García (2019):

La inimputabilidad es una causa de exclusión de la culpabilidad que se presenta cuando quien realiza el injusto penal no reúne las condiciones constitutivas para ser sujeto de una imputación penal. La exclusión de la culpabilidad se sustenta en una situación de déficit que hacen al agente incapaz de poder comunicar, mediante un acto, un hecho penalmente relevante. Para determinar la inimputabilidad del autor se sigue un modelo mixto que vincula una deficiencia biológica con un grado de perturbación en la percepción o en el juicio. (p. 686)

Ahora bien, según Muñoz y García (2022):



Quien carece de esta capacidad, bien por no tener la madurez suficiente, bien por sufrir de trastornos mentales, no puede ser declarado culpable y, por consiguiente, no puede ser responsable penalmente de sus actos, por más que estos sean típicos. (...) es, pues, un tamiz que sirve para filtrar aquellos hechos antijurídicos que pueden ser atribuidos a su autor y permite que, en consecuencia, este pueda responder por ellos. (p. 335)

Por lo tanto, será inimputable quien no posea los señoríos necesarios para conocer un hecho en la forma y la extensión que requiere la Ley, esto para que su conducta sea sancionable; por encontrarse imposibilitado de dirigir sus acciones hacia un actuar lícito, por no tener capacidad para conocerlo o por no poder dirigir de otro modo estos conocimientos, si es que los tuviera (Creus y Basflica, 2020, p. 336).

4.6.1 Causas de Inimputabilidad

En palabras de Jiménez de Asúa (1984):

Son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber; esto es, aquellas causas en las que, si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró. (p. 339)

Según Villa (2014), “las causas de inimputabilidad son: la Minoría de edad; la anomalía psíquica permanente; el trastorno mental transitorio; la deficiencia mental; la alteración de los sentidos o de la percepción en el sentido sensorial de la palabra” (p. 459).

a. La minoría de edad



Según García (2019):

Esta exclusión de responsabilidad penal se sustenta en el hecho de que los menores de edad no tienen la suficiente madurez o experiencia de vida como para poder sopesar el orden jurídico-penal y actuar responsablemente en el ámbito social correspondiente. Sus actuaciones lesivas no tienen, por ello, el sentido comunicativo de defraudar la confianza en la vigencia de la norma, por lo que no se requiere un restablecimiento normativo por medio de la imposición de una pena. (p. 687)

b. La anomalía psíquica

Según Villavicencio (2019):

La anomalía psíquica se presenta ante los procesos psíquicos patológicos corporales, tanto en el ámbito emocional como intelectual. En este sentido, se entiende por psicosis a las alteraciones profundas de las funciones psíquicas, que pueden ser endógenas -que provienen de factores constitucionales como la esquizofrenia, el trastorno bipolar- o exógenas -psicosis traumática (lesiones cerebrales), psicosis por intoxicación (embriaguez), psicosis por infección (parálisis progresiva), epilepsia, arterioesclerosis cerebral, etcétera-.

También se acepta que la oligofrenia grave y la psicopatía -personalidad anormal o trastornos de la personalidad- se encuentran dentro de los supuestos de inimputabilidad, puesto que estas condiciones generan una grave distorsión en la afectividad, que repercute en la esfera individual. (p. 127)



Por su parte García (2019), advierte que “las exposiciones doctrinales incluyen dentro del término “anomalía psíquica” a la psicosis, las oligofrenias, la demencia, las psicopatías y las neurosis” (p. 689). En estos casos les son aplicable las medidas de seguridad que reconoce nuestro Código Penal (1991) en sus artículos 71 y siguientes.

c. Grave alteración de la conciencia

Como señala Villavicencio (2019):

Los sujetos que padecen de una grave alteración de la conciencia también están exentos de responsabilidad penal, porque no tienen la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto debido a que existe una profunda perturbación de la conciencia de sí mismo o del mundo exterior que afecta su voluntad. Este estado se puede manifestar a través de perturbaciones fisiológicas y psicológicas, entre ellas hipnosis, sonambulismo, agotamiento, emociones intensas, embriaguez absoluta, etcétera. (p. 127)

Así, para García (2019):

(...) no se trata de una situación de inconsciencia que excluiría la acción, sino de una reducción sustancial del grado de conciencia que afecta el contacto adecuado con el mundo exterior. Lo que sucede no es captado plenamente por el sujeto y, por lo tanto, no se le puede imputar personalmente la realización de un injusto penal. (p. 691)

d. La alteración de la percepción



Respecto de esta causa de exclusión, según Villavicencio (2019), esta “se fundamenta en el criterio biológico natural que evalúa las dimensiones biológicas de los sentidos. En un primer momento se limitó al habla y a la audición, ahora se admite la alteración de todos los sentidos” (p. 128)

4.6.2 El Estado de grave alteración de la consciencia

Nuestro Código Penal (1991) reconoce a esta causa de exclusión en el numeral 1 del artículo 20, que dispone:

Está exento de responsabilidad penal:

1. El que, por (...) grave alteración de la consciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión Están exentos de responsabilidad penal el que por una grave alteración de la consciencia no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso. (Artículo 20)

Al respecto, Villa (2014), señala que “la grave alteración de la consciencia acarrea inimputabilidad cuando comprende una suerte de perturbación cognitiva que hace que el actor pierda su capacidad intelectual de percatarse del carácter delictuoso de sus actos” (p. 476).

Por su parte, García (2019) señala que:

Dentro de la causa de inimputabilidad de la grave alteración de la consciencia, se agrupan los casos en los que el autor actúa sin una correspondencia subjetiva respecto de lo que sucede en la realidad. Se produce una disociación entre la realidad y la comprensión interna del sujeto. (p. 691)



Por otro lado, para Villavicencio (2013), “la inimputabilidad puede ser consecuencia no solo de ciertos estados patológicos permanentes (anomalía psíquica) sino también de ciertos estados anormales pasajeros” (p. 603).

En palabras de Bacigalupo (2004):

Estos casos deben distinguirse de aquellos que importan una pérdida total de la conciencia y que tiene el efecto de excluir ya la realización de una acción. «Perturbación de la conciencia es perturbación de la relación normal entre la conciencia del yo (autoconciencia) y la conciencia del mundo exterior y, por tanto, una lesión de la autodeterminación». (p. 428)

Sobre esta distinción entre pérdida total de la conciencia (por anomalía psíquica) y la grave alteración de la conciencia (perturbación de la conciencia), Pérez (2016) argumenta que:

La alteración de conciencia, a diferencia de la anomalía psíquica, carece de origen patológico y puede derivarse de diferentes circunstancias, como son: el agotamiento, los estados intermedios de ebriedad, el exceso de fatiga, el sopor, las acciones bajo hipnosis o los estados post-hipnóticos, determinados estados pasionales o afectivos, etc. Estos trastornos deben ser profundos y se pueden presentar también producto de sustancias exógenas susceptibles de alterar las facultades psicomotrices del individuo como es el caso del alcohol, drogas, fármacos, sustancias psicotrópicas, etc. (p. 29)

Así, en palabras de Berdugo Gómez (p.248, citado por Bramont-Arias, 2008, p. 310), la grave alteración de la conciencia “se caracteriza y se diferencia de la anomalía psíquica en la brevedad de su duración temporal”.



A diferencia de la Anomalía Psíquica -que es producto de elementos endógenos estructurados en la esfera orgánica del individuo- este cuadro se presenta producto de sustancias exógenas, como: el alcohol, drogas, fármacos, sustancias psicotrópicas, etc.; todas aquellas sustancias susceptibles de alterar las facultades psico-motrices del individuo. (Peña Cabrera, 2017, 899)

No siendo las únicas causales en las que una persona se encuentre con insuficiencia de facultades mentales, considerando Nardiello (2015) dentro estas causales, a la intoxicación y a su momento anterior, la abstinencia (p. 337)

Según Hurtado (2016), con relación a la grave alteración de la consciencia señala que:

El profano, si bien no puede dar una definición de la conciencia, parte de la idea que el ser humano está dotado de cierto poder de reflexión; este poder significa que el hombre obra sabiendo lo que hace. Si circunstancias particulares perturban esta reflexión, que no le permite darse cuenta de lo que hace en el momento que actúa, existirá una perturbación de su conciencia; es decir, de su propia conciencia o de la conciencia de los hechos exteriores. (p. 271)

La grave alteración de la conciencia debe haber existido en el momento del hecho en grado de suficiente para haberle impedido comprender lo injusto del hecho (falta de capacidad de comprensión) o de actuar según esta comprensión (falta de encauzamiento). Lo que excluye la imputabilidad no es el hecho, por ejemplo, de haber actuado ebrio, sino el hecho de que el alcohol condujo al agente a un estado de grave alteración de la conciencia que lo puso en una situación de incapacidad psíquica para comprender lo injusto del hecho o de actuar según esta comprensión. (Bramont-Arias, 2008, p. 311)



Por último, como advierte Peña Cabrera (2017), si bien el grado de inconsciencia debe adquirir tal grado de magnitud; sin embargo, es exigible un mínimo de participación anímica; ello en razón a que la ausencia o exclusión de la conciencia deviene en irrelevante jurídico-penalmente al convertirse en falta de “acción”, lo que no interesa al Derecho penal. Los llamados estados de inconsciencia son casos de ausencia de acción mientras que la consecuencia en una perturbación de la conciencia es un estado de inculpabilidad (p. 900). Por ello que “el legislador emplea con justeza la expresión “grave alteración de la conciencia” y no la de “ausencia total de conciencia”, pues en este último caso simplemente no hay acción por no existir voluntad” (Hurtado, 2016, p. 271).

4.6.3 La denominación correcta: El trastorno mental transitorio.

A decir de Villa (2014), el trastorno mental transitorio constituiría una subvariedad del estado de grave alteración de la conciencia, y es que la misma se distingue básicamente por su carácter primariamente orgánico-cerebral derivado de disfunciones fisiológicas endógenas (por ejemplo, delirio febril) o exógenas (embriaguez) pasajeras. No requiriéndose en el caso del trastorno mental transitorio explicar su padecimiento con base patológica permanente como sucede en la grave alteración de la conciencia (pp. 480-481).

Entonces, se entiende a esta figura como una situación de afectación psíquico-orgánica que no parte del análisis de lo permanente, por ello que se le vincula más con la conciencia actual, ya que en una conciencia alterada más podría hablarse de ausencia de conciencia.

Por su parte, Jakobs (p. 693 citado por Villa, 2014, p. 481) entiende que:

En el trastorno de la conciencia no se produce la comprobación del planeamiento que el autor tiene ante sí sobre el conglomerado de intereses de la persona, ya que «se ha



privado provisionalmente de virtualidad al metaplaneamiento en otro caso presente en la consciencia con sus “competencias rectoras” normadoras e impregnadas valorativamente». La alteración es, una desorientación, que sin embargo no anula la consciencia, sino que la deja restringida; no es la consciencia lo que se pierde (...), sino el discernimiento. (p. 693)

Siendo de la misma opinión Creus y Basíllica (2020) para quienes esta situación se considera constituye un problema en debate, señalando:

Otro tema debatido ha sido el del llamado *trastorno mental transitorio*, denominación está que se propuso para sustituir la de estado de inconsciencia, a fin de distinguir perfectamente tales supuestos de los de enajenación, considerando que estos tenían un carácter más permanente, y para evitar la referencia a la noción de "inconsciencia", de suyo imprecisa, más si se considera que, por lo menos desde el punto de vista de la imputabilidad, no hay estados de inconsciencia "puros". (p. 338)

Al respecto precisa Jiménez de Asúa (1951) que esta situación de transitoriedad del estado de inconsciencia, motivó a que la denominación de “inconsciencia”, sea considerada actualmente, de forma correcta, como “trastorno mental transitorio” (p. 633). Considerándose así, actualmente, al estado de grave alteración de la consciencia en la ciencia penal española, entendiéndose a este trastorno mental transitorio como “una plena anormalidad en el conocimiento de la situación o en las condiciones de autocontrol del sujeto” (Villavicencio, 2013, p. 603).

El trastorno debe producirse en el momento del hecho y tener un carácter transitorio, es decir, sin secuelas posteriores, y deberse a factores exógenos. No es necesario que tenga



una base patológica, (...) siendo lo importante el efecto y su transitoriedad en razón de su carácter exógeno. (Bustos, 2004, 1146)

En conclusión, podemos definir al trastorno mental transitorio con las palabras de Velásquez (p. 515, citado por Villa, 2014) quien la define como:

Aquella causa de inimputabilidad o atenuante de la responsabilidad que acarrea una perturbación pasajera de la actividad psíquico-orgánica, producida por causa endógena o exógena que pueden o no dejar secuelas las cuales, en caso de presentarse desaparecen por la curación sin dejar huella. (p. 481)

Requiriéndose junto a estos requisitos propios del trastorno mental transitorio, que “no hubiese sido provocada por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión” (Bustos, 2004, p. 1146).

4.6.4 La inimputabilidad incompleta o disminuida

Se puede advertir en la realidad que la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, pueden, muchas veces, no llegar a ser de una magnitud tal que provoque en el agente una situación de inimputabilidad, situación en la que nos encontraremos frente a lo que nuestro Código Penal (1991), denomina “responsabilidad restringida”, cuya redacción legal señala: “En los casos del artículo 20, cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el Juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal” (artículo 21).

En palabras de Hurtado (2016):



La imputabilidad disminuida, no es una categoría intermedia entre la imputabilidad y la inimputabilidad. Por el contrario, los delincuentes limitados en su imputabilidad son capaces de obrar culpablemente y pueden pues, ser castigados como los autores considerados imputables. Pero, el Juez debe tener en consideración que su capacidad de resistir a los impulsos criminales es más débil que la de los individuos normales. (p. 275)

Respecto a esta posición, García (2019), señala que:

No es que el sujeto pierda la capacidad de recibir imputaciones penales, sino que concurren factores que, sin impedirle caer en cuenta sobre lo que está haciendo, no le permiten realizar una completa ponderación de las consecuencias de su proceder. En estos casos, por lo tanto, el sujeto es penalmente imputable, sólo que se encuentra en una situación tal que se reduce la severidad del juicio de reproche de culpabilidad. Esta disminución del reproche puede tener lugar tanto en el componente de la edad, como en el componente de la salud física y mental. (p. 676)

En palabras de Roxin (2006):

No es una forma automática de “semiimputabilidad” que se hable entre la imputabilidad y la inimputabilidad, sino un caso de imputabilidad, pues el sujeto es (aun) capaz de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme esa comprensión. No obstante, la capacidad de control es un concepto graduable: a la persona le puede costar más o menos poderse motivar por la norma. (p. 839)

Como menciona Villavicencio (2013), “en verdad, lo que aquí se encuentra disminuida es la capacidad de autocontrolarse, es decir, al sujeto le puede costar más o menos



esfuerzo el comportarse de acuerdo a la norma, se debe tener una fuerza de voluntad mucho mayor que el individuo normal” (pp. 606-607).

Por su parte Jescheck (2014) señala que en este caso:

La *diferencia* radica en los *elementos psicológicos*: la capacidad de comprensión o de acción no está en verdad excluida, pero si considerablemente disminuida. Aquí no se trata del poco claro escalón intermedio de la “semiimputabilidad” a caballo entre la plena responsabilidad penal y la incapacidad de culpabilidad. Antes bien, el autor tiene tal aptitud; sin embargo, a causa de la limitación de su capacidad de comprensión o de autocontrol la pena puede ser atenuada. (p. 652)

Sin embargo, en estos supuestos es menester tener en cuenta la siguiente advertencia:

El Juez *puede* atenuar la pena, pero no está obligado a ello porque la disminución de la capacidad de culpabilidad puede estar compensada con circunstancias que agravan la culpabilidad, especialmente por medio de ocasionamiento culpable del trastorno psíquico (embriaguez). (...) Se fundamenta en que la culpabilidad, frente al caso normal del § 21, puede estar notablemente incrementada por el hecho de que el autor haya originado culpablemente el trastorno psíquico y, por ende, pudo haber previsto el peligro de la comisión del delito. (Jescheck, 2014, p. 653)

Se trata, entonces, en estas situaciones, de un caso de imputabilidad, que genera la culpabilidad de su conducta, pues la persona es capaz de comprender el injusto personal de su hecho y pasible de poder actuar conforme a esa comprensión, claro está que a la persona le puede costar más o menos motivarse por la norma (Roxin, 2006, p. 839), pero todavía es capaz de evitar la comisión del delito (Villavicencio, 2013, p. 606).



De este modo, se admite la existencia de personas cuya capacidad de culpabilidad no está excluida y que contrario al estar plenamente en uso de sus capacidades, su capacidad simplemente se encontraría disminuida (Cerezo, 2008, p. 821); siendo en estos casos, la única diferencia en relación a los presupuestos de la inimputabilidad completa, los elementos psicológicos de la culpabilidad, esto significa, en buen romance, que la capacidad de comprensión del ilícito y la autodeterminación no están excluidos del sujeto, sino que están reducidos considerablemente (Jescheck, 2014, p. 652).

Así pues, frente a esta precisión, evidencia Jiménez de Asúa (1984), que esta resultaría absurda o aun incompleta en su forma de argumentación por tratarla como atenuante, ello en razón a que:

Se somete a una pena disminuida a aquellos hombres que por no ser enteramente locos son más peligrosos, porque resisten a los impulsos perversos menos que los hombres enteramente sanos, y saben escoger los medios y las ocasiones para realizar sus propósitos. En efecto, (...) puesto que el defectuoso, menos responsable, puede ser, al mismo tiempo, el más peligroso, la imposición de una pena reducida comprometería el orden público. (pp. 335-336)

En igual sentido opina Hurtado (2016), quien advierte que:

Esta solución era conforme a los principios de la doctrina clásica que consideraba la pena como una pura retribución, y fundaba su aplicación en el libre albedrío. (...) En la práctica, estas ideas dejaban a la sociedad sin protección frente a individuos que constituyen, precisamente, a causa de su anormalidad, un peligro social más grave que los individuos normales. La solución clásica era inaceptable desde un punto de vista de política criminal.



Con lo que se advierte una fuerte crítica en considerar automáticamente como atenuante la conducta ilícita desplegada en un estado de inimputabilidad disminuida, cuando de los hechos, estos pueden llegar a ser inclusive mucho más lesivos para el bien jurídico por tratarse de personas más agresivas. Situación que merece un análisis más detenido a fin de evitar un retorno del derecho fundamentado en el peligro.

4.6.5 El Estado de ebriedad y/o embriaguez como causa de un supuesto de inimputabilidad

4.6.5.1 Concepto de ebriedad

Según, la Real Academia Española (s.f), la embriaguez hace referencia a la “turbación pasajera de las potencias, exceso con que se ha bebido vino o licor”, así como a un “enajenamiento del ánimo”.

Por su parte para nuestra jurisprudencia, “la embriaguez se refiere a un estado de alteración orgánica y psíquica ocasionado por alcohol etílico y sicotrópicos” (Recurso de Casación N° 2039-2019-ANCASH, 2021, p. 7).

Ahora bien, a decir de Carrara (1996), esta embriaguez constituye un aspecto proteiforme, que se evidencian a través de aspectos fisiológicos, con manifestaciones objetivas y materiales; y psicológicos, cuando el alcohol influye en la voluntad de la persona, llegando incluso a niveles altos donde extingue momentáneamente todas las capacidades del ebrio.



4.6.5.2 El estado de ebriedad en la doctrina

En palabras de Bacigalupo (2004, citado por Peña, 2022, p. 703), “la embriaguez alcohólica es el trastorno psíquico temporal de carácter toxico que altera los procesos cognoscitivos y disminuye el control voluntario de los actos”.

A decir de Fontán (1998):

Es común asignar a la ebriedad el carácter de una causa de inimputabilidad. Sin embargo, tan pronto como se piense que un individuo en estado de ebriedad puede responder por delitos dolosos y culposos, se comprende que ese individuo tiene que ser un autor imputable, es decir, capaz de culpa. (pp. 364-365)

Para Jakobs (1997):

El fundamento de punición de la embriaguez plena no reside en el hecho realizado en embriaguez, sino en el embriagarse, la regulación (...) tiene, con razón, su lugar en la Parte Especial; la finalidad del precepto –asegurar la imputación- remite como se pondría de manifiesto, a la Parte General. (p. 607)

Por lo que, “el embriagarse constituye injusto por el peligro concreto o abstracto de que el autor, debido a la embriaguez, se desligue de las ataduras –que suelen haber llegado a ser habituales mediante la socialización- con la norma” (Jakobs, 1997, p. 607).

Según Peña Cabrera (2017):

En el caso de la embriaguez, únicamente la letárgica puede producir inconsciencia, que excluya el comportamiento humano, al contrario de las otras manifestaciones de



embriaguez que habrá que evaluarlas a nivel de la capacidad de responsabilidad penal, en el plano de la imputación individual, el reproche de imputabilidad en sentido estricto. (p. 366)

Ahora bien, aquí también debemos precisar los conceptos referidos a la intoxicación y la abstinencia, por estar directamente relacionados con el estado de ebriedad, siendo de discusión si este último da lugar al trastorno mental transitorio o si constituye una verdadera enfermedad encuadrable en la enajenación (Mir, 2016, p. 609).

Por lo que, en palabras de Nardiello (2015), “la intoxicación se produce por la ingesta brusca y abundante de alcohol o algún alcaloide acarreado un conjunto de perturbaciones somáticas y psíquicas determinadas por esta intoxicación. Obviamente ambas ingestas se producen para provocar estados de euforia y placer” (p. 337). Ahora bien, la situación anterior a este estado o su negación prolongada en caso de personas dependientes, se conoce como síndrome de abstinencia y viene a constituirse un estado asociado con la suspensión de una droga usada habitualmente, que se expresa con manifestaciones graves, como el *delirium tremens* en el caso del alcohol, u otras formas que se caracterizan generalmente por temblores, convulsiones, ansiedad, inquietud, trastornos gastrointestinales, desorientaciones y alteración de la memoria. Asimismo, puede manifestarse, dependiendo de la droga que se abstiene, con pensamientos suicidas (Nardiello, 2015).

4.6.5.3 Tipos de embriaguez

Luego de haber descrito la concepción doctrinaria e implicancias que suscita la ebriedad en una persona, se debe precisar que “los efectos de la embriaguez sobre la voluntad son siempre proporcionales a sus efectos sobre el organismo corporal” (Carrara, 1996, p. 232).



Partiendo de ello la ebriedad puede ser clasificada de diferente manera, siendo una en razón a los efectos que producen en el cuerpo, así tenemos:

- a. La embriaguez alegre, o simple alborozo, que ejerce influjo sobre la voluntad, haciéndola más precipitada e irreflexiva.
- b. La embriaguez furiosa, que ejerce su acción sobre el entendimiento, ofuscándolo de tal modo, que le quita la capacidad de percibir y de juzgar rectamente. Al igual que la manía con delirio, puede suprimir por completo la imputación. Imputarle un hecho al que no tiene consciencia de los propios actos, es someter a la ley penal la sola materia. Ni valdría objetar que el hombre se ha colocado por su propio querer en ese estado de enajenación mental transitoria, embriagándose voluntariamente.
- c. La embriaguez letárgica, cuando asume las formas de coma, paraliza tanto las fuerzas del alma como las fuerzas del cuerpo, y a semejanza del sueño, también debe eximir toda responsabilidad. La justicia no permite hacer imputable al hombre que se ha convertido en autómeta. (Carrara, 1996, pp. 232-233)

Asimismo, la embriaguez puede considerarse en razón a su gradualidad, apreciada por juristas como completa o plena e incompleta o semiplena, según deje un destello de inteligencia, y, ahí, cierta posibilidad de consciencia (Carrara, 1996, p. 235).

Por otro lado, se considera también la clasificación de la ebriedad en razón a la causa que la produce, manifestándose de la siguiente forma:

- a) *embriaguez accidental*; es decir, la que padece quien, sin beber inmoderadamente, llega a ella por deficiencias orgánicas o por cualidades propias del licor, circunstancias que han de serle todas ellas desconocidas a quien se embriagó, o por la acción engañosa o violenta de un tercero; b) *embriaguez involuntaria*, adquirida por quien bebe sin



continencia, aunque sin haberse propuesto llegar a embriagarse; c) *embriaguez voluntaria*, la del que bebió con el propósito de llegar a la beodez, pero no de cometer delitos; d) *embriaguez estudiada (pre ordenada o premeditada)*, que es aquella en que se coloca el agente para cometer un delito, con el fin de cobrar ánimo, vencer sus escrúpulos o preparar una excusa. (Carrara, 1996, citado por Fontán, 1998, p. 365)

Siendo importante advertir en los resultados de cada tipo, la circunstancia que rodea a tal efecto. Por lo que, se debe tomar en cuenta lo señalado por Carrara (1996) respecto de estas circunstancias:

Si la embriaguez fue preordenada al delito, o, como se dice, estudiada, con razón podrá castigarse al culpable por lo que realizó en estado mental sano, cuando con lúcida previsión y firme voluntad se convirtió a sí mismo en futuro instrumento del delito a que tendía. La imputación en contra suya se hace radicar en tal instante; lo que ocurre después es consecuencia de su acto doloso; no se imputa lo que hizo el ebrio, sino lo que hizo el hombre en sus cabales, al cual, como a causa única, le es atribuible el delito. (pp. 233-234)

Concluyendo el profesor italiano:

La embriaguez estudiada, no es nunca motivo de excusa. La involuntaria y la voluntaria, si son completas quitan toda la imputación en razón de dolo, dejándola subsistir, sin embargo, en razón de culpa; si son incompletas, solo producen una minoración. La embriaguez accidental o fortuita excluye toda responsabilidad. (Carrara, 1996, citado por Fontán, 1998, p. 365)



Por otro lado, igualmente tenemos la clasificación hecha por el profesor Español Santiago Mir (2016), quien distinguía a la embriaguez en dos tipos, según su intensidad y su origen, señalando así:

a) Por su intensidad o grado, la embriaguez puede ser letárgica, plena, semiplena o productora de simple excitación. La embriaguez *letárgica* constituye el grado máximo y da lugar a un estado de inconsciencia o sueño que excluye la propia presencia de un comportamiento humano voluntario. La embriaguez *plena* produce una perturbación total de la conciencia que excluye la imputabilidad, mientras que la *semiplena* supone una perturbación parcial que disminuye la imputabilidad. Por último, la simple *excitación* se considera irrelevante a efectos penales.

b) Por su origen, se habla de embriaguez preordenada al delito, embriaguez voluntaria simple, culposa y fortuita. La embriaguez *preordenada* a delinquir es la que se provoca para cometer un delito determinado –por ejemplo, para infundirse el valor necesario para realizarlo-. Las demás clases de embriaguez mencionadas se definen con relación al carácter voluntario, imprudente o fortuito de la embriaguez –no del delito-. Así, la embriaguez *voluntaria* supone solo que la embriaguez se ha buscado voluntariamente, y la embriaguez *culposa* es la que se produce imprudentemente, a diferencia de lo que sucede con la embriaguez *fortuita*, la cual no es atribuible a imprudencia alguna –así puede suceder en el caso de embriaguez patológica, en que por efecto de una anomalía en el sujeto una pequeña dosis de alcohol produce la embriaguez-. (pp. 606-607)

De lo cual se advierte que, de cometerse un delito en un estado de embriaguez voluntaria: simple, culposa o fortuita; estas no hacen entrever que el delito haya sido previamente premeditado, y es que así lo aclara el mismo profesor al señalar que:



Que el sujeto se haya embriagado voluntariamente o por imprudencia no significa que, si delinque en tal estado, haya querido el hecho ni que éste fuera previsible, pues puede quererse o preverse la embriaguez sin quererse ni ser previsible que vaya a producir la lesión de un bien jurídico. (Mir, 2016, p. 607)

Tenemos también la clasificación hecha por Peña (2022), quien clasifica a la embriaguez como:

- *Fortuita o involuntaria*, que es la ingestión de una o varias copas de alcohol, pero que para la naturaleza del sujeto es excesiva, razón por la que cae en embriaguez aguda. Es eximente.
- *Plena o completa*, que es pleno estado de confusión donde el ebrio está privado totalmente de la inteligencia y carente completamente de la voluntad.
- *Semiplena o incompleta*, en donde aún tiene capacidad de querer y comprender aunque no lúcidamente. (p. 703)

Señalando el autor que si la embriaguez es fortuita y plena, constituye una eximente; si se está ante una embriaguez semiplena, es una atenuante; si la embriaguez es culposa, se responde a título de culpa y de ser dolosa, responde a título doloso (Peña, 2022, p. 703).

Finalmente, luego de esbozar esta clasificación, conviene precisar los principios que deben cumplirse en cada caso, siendo perfectamente aplicables estos en nuestra normativa penal:

Primero: En lo que al grado se refiere, solo tiene significado la ebriedad que causa una profunda alteración de la conciencia, porque en ella radica el fundamento de la eximente de pena.



Segundo: Los delitos cometidos en estado de ebriedad, cuando exista el designio anterior de cometerlos (ebriedad preordenada), responsabilizan al autor a título de dolo. Sobre este punto puede decirse que existe unanimidad para todas las doctrinas.

Tercero: Los hechos ejecutados en estado de ebriedad fortuita, no son punibles a título alguno. Falta en el caso la posibilidad de prever o la evitabilidad. También sobre esto puede decirse que hay uniformidad de criterio entre los intérpretes de nuestra ley.

Cuarto: Las acciones típicas cumplidas en los demás estados de ebriedad a los que se ha llevado voluntaria o involuntariamente, son regidos por los principios de la *actio liberae in causa*, aplicando las normas de la culpabilidad al momento de la manifestación de voluntad. (Fontán, 1998, p. 367)

4.7 La doctrina de la Actio Libera In Causa

4.7.1 Origen y concepto de la Actio Libera In Causa

Como se señaló en el punto anterior, para que el trastorno mental transitorio pueda desplegar sus efectos jurídicos (eximente o atenuante) requiere que este estado no le sea imputable al autor, puesto que de lo contrario estaríamos en la figura denominada *actio libera in causa*.

Según Donna (2013), el tema de la *actio libera in causa*, es uno de los más complejos que existe en la teoría de la imputación penal, ya que si bien se concibe como autor a una persona que cometió el ilícito en el momento del hecho, a partir de esta figura, la imputación se haría ya no en ese momento, sino en uno anterior.



Como es sabido, “la inimputabilidad del autor se determina en el momento del acto. Esta regla se aplica sin excepción en el Derecho Penal moderno” (Hurtado, 2016, p. 272). Siendo de la misma postura Jiménez de Asúa (1984), para quien resulta “ineludible que la imputabilidad debe existir en el momento del acto, y también la culpabilidad que tiene aquella como presupuesto” (p. 336), constituyendo, la *actio libera in causa*, en ese sentido, en una excepción aparente.

En palabras de Muñoz y García (2022):

La *actio libera in causa* constituye (...) una excepción a este principio. En este caso, se considera también imputable al sujeto que al tiempo de cometer el hecho no lo era, pero sí en el momento en que ideó cometerlo o puso en marcha el proceso causal que desembocó en la acción típica. (p. 349)

A decir de Joshi (1992, citada por Pérez, 2016, p. 40) la *actio libera in causa* surge como una construcción doctrinal que busca resolver la problemática existente en aquellas situaciones en las que un sujeto ha realizado un hecho antijurídico en estado de ausencia de libertad o anormalidad motivacional, estado este que con anterioridad el mismo habría provocado.

Según Mir (2016):

Aplicando esta construcción en estos supuestos nos hallamos, en efecto, frente a un hecho que, si bien no obedece de forma inmediata a un comportamiento humano, es «libre» en su causa o, más precisamente, ha sido causado por una conducta humana anterior a la cual puede atribuirse jurídico-penalmente. (p. 2013)



Sin embargo, como refiere Bustos (2004):

Resulta difícil encajar la *actio libera in causa* en la teoría del delito sin que este pierda su coherencia interna. (...) Esta fórmula de imputación extraordinaria representa una excepción al *principio de coincidencia o simultaneidad*, conforme al cual todos los elementos del delito, o una modalidad de autoría mediata en la que el autor se utiliza a sí mismo como instrumento. (p. 1147)

Ahora bien, Bustos (2004), haciendo un recuento histórico acerca de la *actio libera in causa*, señala que:

Esta institución con origen en el derecho común, permitía imputar hechos realizados en situación de inimputabilidad en aquellos casos en que el sujeto se hubiese colocado en esa situación, bien sea con el propósito de delinquir o bien si no tenía ese propósito, cuando era previsible que en ese estado cometiera un hecho punible. En principio, tales acciones no podrían ser imputadas a su autor ya que faltaba al momento de la realización del hecho el elemento voluntariedad, la *actio no era libera in se* pero sí lo era *in causa*. (p. 1146-1147)

Para Hormazábal (2003, citado por Pérez, 2016) por el contrario, con más precisión señala que esta figura “nace en el derecho canónico medieval con un fin práctico, el de resolver el problema de la imputación de los hechos punibles realizados en estado de embriaguez alcohólica” (p. 40). En igual sentido, para Nardiello (2015) “el origen de la teoría se remonta a la Edad Media, en la época de los prácticos, quienes fueron los primeros que detenidamente analizaron esta cuestión, la cual, vale destacar, se hallaba circunscripta a los casos de embriaguez voluntaria”.



Por su parte para Hruschka (1974, citado por Ujala, 1992):

La doctrina de la *actio libera in causa* surgió para hacer frente a una situación determinada –los delitos cometidos por personas en estado de embriaguez-, y consistía en imputar al mencionado sujeto la acción que había realizado siendo inimputable –estando ausente su libertad-, siempre que hubiera un cierto nexo con la acción anterior, llamada también, a veces, acción precedente. (pp. 32-33)

Por lo que, con base en esta regla de excepción y finalidad teleológica que se advierte, podemos señalar que:

Con el termino *actio libera in causa*, la doctrina hace referencia (...) a aquellas situaciones caracterizadas por el hecho de que un sujeto realiza un hecho típico en estado de «ausencia de libertad» (o de anormalidad motivacional, según la concepción que se defiende) –es decir, de inculpabilidad. (Ujala, 1992, p. 28)

Para Villa (2014), “llamada también trastorno mental pre-ordenado en atención a que el agente de modo premeditado se coloca en la situación de inimputabilidad para delinquir” (p. 481).

En ese sentido, según Ujala (1992):

La expresión *actio libera in causa* hace referencia a aquellas situaciones en las que el sujeto lesiona un bien jurídico siendo penalmente irresponsable (generalmente, inimputable o incapaz de acción). Sucede, no obstante, que con anterioridad a la lesión del bien jurídico él mismo ha provocado la situación de exención que le beneficia. (p. 13)



Por su parte, Donna (1995) señala que por *actio libera in causa* se debe entender a una “acción cuya causa decisiva ha sido puesta por el autor en condición de libertad e imputabilidad, pero que, en cuanto a su resultado típico, opera en un momento en que el autor es incapaz de culpabilidad” (p. 250).

Para Bramont-Arias (2008):

La figura del: “*actio libera in causa*” surge cuando el sujeto activo se coloca en una situación de imputabilidad restringida o inimputabilidad, para de esta forma obtener la aplicación de una pena inferior. Cuando se comprueba, la pena no se rebaja, por ejemplo: cuando una persona se embriaga con el propósito de darse valor para cometer un delito de homicidio y, efectivamente lo realiza, responde como si no hubiese tomado alcohol. (p. 318)

Así, según Jimenez de Asua (1984)

Estas se presentan cuando se produce un resultado contrario a Derecho, por un acto o una omisión en estado de inimputabilidad, si bien esta conducta fue ocasionada por un acto (acción u omisión) doloso o culposo cometido en estado de imputabilidad. (p. 336)

Dicho en otras palabras “cuando la situación de inimputabilidad (o de imputabilidad atenuada o disminuida) haya sido buscada de propósito para delinquir, o el sujeto hubiera previsto o debido prever su comisión, no podrá invocarse la respectiva eximente” (Muñoz y García, 2022, p. 350).

En opinión de Luzón (2016) la doctrina de la *actio libera in causa*:



Se aplica sobre todo a la resolución de los supuestos en los que en el momento de realizarse la acción que directamente produce la consumación del hecho típico hay un estado de inimputabilidad -o hay una imputabilidad disminuida- en el sujeto, pero en un momento anterior éste en estado de plena imputabilidad ha provocado precisamente con su conducta de modo doloso o al menos imprudente su posterior inimputabilidad o semiimputabilidad que le lleva a cometer el hecho típico. (pp. 517-518)

Ahora bien, desde la perspectiva nacional, se señala que esta figura:

Surge cuando el sujeto activo se coloca en una situación de imputabilidad restringida o inimputabilidad, para de esta forma obtener la aplicación de una pena inferior. Cuando esto se comprueba, la pena no se rebaja, por ejemplo: cuando una persona se embriaga con el propósito de darse valor para cometer un delito de homicidio y, efectivamente lo realiza, responde como si no hubiera tomado alcohol. Es claro, que los casos de inmadurez psicológica y de trastorno mental patológico (permanente o transitorio) no puede ser predisuestos por la voluntad, por lo cual el *actio liberae in causa* solo se puede referir al trastorno mental transitorio no patológico. (Bramtont-Arias, 2008, p. 318)

Finalmente, pese a la amplia conceptualización de parte de la doctrina nacional y extranjera, debemos evidenciar que esta teoría pese a las dificultades que ha superado a lo largo de varios años, sigue manteniendo dentro de su formulación conceptual una lesión al principio de culpabilidad lo que preocupa desde antaño para su aceptación en varios ordenamientos penales. Esta preocupación también la evidencia el funcionalista Gunther Jakobs (2004), quien señala que:



Precisamente el comportamiento del incapaz de culpabilidad no se puede pronosticar de acuerdo con los planes del capaz de culpabilidad; en cualquier caso, no existe regla alguna que permita afirmar que el incapaz vaya a llevar a cabo lo que, anteriormente, haya deseado el capaz de culpabilidad. (pp. 212-213)

Si bien en un principio esta doctrina sirve para no dejar impunes conductas delictivas de inimputables o semi-inimputables que preordenaron esta conducta; empero, la *actio libera in causa*, genera una colisión con regla al principio de culpabilidad.

Frente a esta problemática aún vigente, distintos doctrinarios han intentado darle solución a través de los denominados modelos de la excepción y del tipo y/o de la autoría mediata (Villavicencio, 2013, p. 604-605), sin embargo, el tema aún se mantiene en discusión.

4.7.2 Estructura de la Actio Libera In Causa

Es la profesora Joshi (1992), quien evidencia la estructura de la ALIC, formulándola de la siguiente manera:

Entendemos por *alic* (...) aquellas situaciones caracterizadas por el hecho de que un sujeto ataca o pone en peligro a un bien jurídico siendo inimputable o faltándole la capacidad de acción (tiempo dos $-t^2$), habiendo él mismo provocado (o pudiendo prever) en un tiempo anterior (tiempo uno $-t^1$) que en este estado defectuoso de ausencia de imputabilidad o de acción lesionaría o pondría en peligro un determinado bien jurídico. (p. 122)



4.7.3 Actio Libera In Causa dolosa y culposa

Según [la] doctrina [de la *actio libera in causa*], el ilícito penal cometido en estado de no libertad puede realizarse con dolo directo, eventual o culpa; habrá dolo directo cada vez que el autor se ponga en estado de incapacidad para realizar el delito (...); habrá dolo eventual, cuando el autor se represente el resultado como probable y no tome ninguna precaución para evitarlo, por ejemplo: cuando el agente se represente como probable que en estado de inimputabilidad vencerá por la fuerza la resistencia de una mujer con la que quiere yacer y continua bebiendo sin tomar ninguna precaución para evitar la violación; y por último, estaremos en el caso del llamado *actio libera in causa culposa*, cuando el autor haya debido o podido prever que en el estado de inimputabilidad cometería el delito o cuando sabía que tenía que afrontar un deber para cuyo cumplimiento necesitaba de todas sus facultades, las que no mantiene. (Pérez, 2016, pp. 40-41)

a. Actio libera in causa dolosa

Según, Villa (2014):

El *actio liberae in causa* puede ser de naturaleza dolosa cuando el actor se coloca consciente y voluntariamente en estado de inimputabilidad, con lo que tenemos (...) que ya con el inicio de la acción destinada a colocarse en el estado de irresponsabilidad se habría dado inicio a la ejecución del delito con lo que, en vía de excepción, el tiempo del delito no se corresponde con el del tiempo de la acción, en vista que los actos preparatorios de ordinario carecen de índole delictiva. (p. 481)



Por su parte Baumann (2021), señala que “se da un *actio libera in causa dolosa* si el autor se pone conscientemente en un estado de inimputabilidad para cometer después, en este estado, una acción típica” (p. 173). Para Villavicencio (2013): “Es dolosa cuando es preordenada a la comisión del delito. Aquí se sitúa la autoría mediata al momento en el que el sujeto decide la privación de la conciencia” (p. 605).

b. Actio libera in causa culposa

Las acciones *liberae in causa* «culposas» ocurren cuando el agente, sin proponérselo directamente, pero sabiendo y previendo que bajo estado de inimputabilidad procurada, de ordinario puede desencadenar un resultado dañoso, se coloca en dicho estado. El ejemplo paradigmático es el de quien imprudentemente, se embriaga a sabiendas que luego va a manejar su automóvil de regreso a su casa. (Villa, 2014, p. 482)

Según Villavicencio (2013): “La forma culposa se presenta cuando el sujeto «hubiera previsto o debido prever» la comisión del delito. El autor no reconoce y tampoco quiere esta conducta posterior, pero habría podido conocerla y preverla si hubiera tenido algún cuidado” (p. 605). En ese sentido, “hay *actio libera in causa culposa* si A no conoce y tampoco quiere esta conducta posterior [de homicidio], pero habría podido conocerla y preverla si hubiera tenido algún cuidado” (Baumann, 2021, p. 173).

4.7.4 Actio Libera in Causa: Modelos de legitimación

Una de las cuestiones más discutidas es la relativa al significado y fundamento del castigo en el *actio libera in causa*, donde pueden distinguirse dos posiciones doctrinales fundamentales que intentan responder al fundamento de la punición en su configuración.



Sin embargo, pese a las soluciones que ambas posiciones quieran brindar, como señala Quintero Olivares (2000, citado por Villavicencio, 2013, p. 605): “ambas construcciones tienen indudables ventajas e inconvenientes, pero puede convenirse en que tienden a forzar los conceptos”

En primer desde la primera postura, están aquellos autores para los cuales el recurso a la *actio libera in causa* comporta necesariamente que su configuración se solucione de una determinada manera, concretamente, que la *actio libera in causa* castigue la acción cometida en estado defectuoso. En segundo lugar, otros autores por el contrario, entienden que la estructura de la *actio libera in causa* implica castigar al sujeto por la acción precedente.

Por lo demás, esta figura se refiere “sin lugar a dudas a la provocación dolosa por el sujeto en un momento anterior al ataque al bien jurídico de su propia inimputabilidad” (Demetrio, 2020, p. 135)

4.7.4.1 Modelo de la Excepción para fundamentar la Actio Libera In Causa

Para entender a este modelo de fundamentación del castigo en la *actio libera in causa*, debemos partir de lo señalado por Hruschka, para quien:

El fundamento para el castigo de la *actio libera in causa*, está en primera línea en la conformación del dolo en un estado libre de incapacidad, pero que es determinante que el dolo haya salido de las meras reflexiones no vinculantes y se haya transformado en voluntad realizadora del delito; (...) en estos casos no hay que ver una lesión del principio de culpabilidad ya que de acuerdo con este principio, la culpa del autor tiene que comprender el injusto del hecho y que esta congruencia entre injusto y la culpabilidad se da en la *actio libera in causa*



pues en todo su comportamiento el autor ha comprendido todas las modalidades de la conducción del hecho. (Pérez, 2016, p. 44)

Según Ujala (1992):

Para estos autores se produce aquí una situación excepcional, cuya principal característica consiste en que, en estos casos, no es necesario que injusto y culpabilidad coincidan temporalmente (*problemas de la excepción al principio de coincidencia entre injusto y culpabilidad*). Su solución se basa en hacer responsable al sujeto por la acción que de forma más inmediata ha producido la lesión del bien jurídico, aunque esta haya sido resultado de un comportamiento no culpable. (p. 129)

Según los defensores del modelo de la excepción, consideran que en estos supuestos sucede una situación excepcional donde no se necesita de la coincidencia temporal de injusto y culpabilidad, recurriendo para fundamentar ello a los supuesto de autoría mediata, otros defensores por su parte señalan que existe una costumbre por parte de los tribunales que permite dejar sin efecto el principio de coincidencia entre injusto y culpabilidad. A decir de Pérez (2016), “en el modelo de la excepción se recurre a un sistema de imputación extraordinaria consistente en atribuir al sujeto la acción realizada en estado de incapacidad de acción o de culpabilidad (la acción precedente es típicamente neutra)” (p. 44).

El modelo de la excepción se orienta por el momento de la ejecución del delito en estado de incapacidad, pero enfrenta un obstáculo insalvable, que es el de justificar la emisión de un juicio de responsabilidad personal sobre una persona que en aquel momento era incapaz de motivarse de conformidad con la norma. (Villavicencio, 2013, p. 604)

Así, Roxin (2006) enseña que:



Según el modelo de la excepción, que Hruschka ha sido el primero en desarrollar con el máximo énfasis, la punibilidad de la a.l.i.c. representa una excepción justificada por el derecho consuetudinario al principio (...) de que el sujeto ha de ser imputable “durante la comisión del hecho”. Se le castiga por tanto por su conducta durante la embriaguez, pese a que no era imputable en ese momento. (p. 851)

En igual sentido opina Demetrio (2020), para quien mediante este modelo se propone sancionar la conducta cometida en estado de inimputabilidad, esto es, de forma excepcional, considera que se debe sancionar la acción en estado defectuoso, pese a tratarse de un comportamiento no culpable.

Pese a toda la fundamentación que nos ofrecen los partidarios de este modelo, debemos señalar que este no sería el adecuado.

Así lo ha evidenciado Bustos (2004), señalando que:

Al modelo de la tipicidad se opone el modelo de la excepción conforme al cual la *actio libera in causa* constituiría una excepción al principio de coincidencia o simultaneidad consagrada por el derecho consuetudinario. Como dice con gracia Roxin (1988,23), el modelo de la excepción «resuelve todas estas dificultades de un plumazo, pero al precio de infringir el principio de culpabilidad y la ley escrita». (p. 1147)

En efecto, los postulados de este modelo constituirían una violación flagrante al principio de culpabilidad. Esto, porque es totalmente inconcebible el reproche por un hecho cometido en ausencia de capacidad de culpabilidad, pese a que esta teoría pretende que la conducta ejecutiva tenga un subrogado en lugar del elemento faltante (Pérez, 2016, p. 44); no



es posible reemplazar dicho elemento por ser elemental en la formulación de la imputación y construcción doctrinal.

En palabras de Roxin (2006):

Este modelo sería insostenible puesto que atenta contra el *principio de nullum crimen sine lege*, (...) atenta contra el principio de culpabilidad, pues si se prescinde de la conexión causal de la conducta previa con el resultado como base de la imputación el dolo y la imprudencia pierden su relación con el hecho y ya no pueden fundamentar un reproche de culpabilidad por el hecho. (p. 851)

El autor de una alic si bien no infringe ningún deber, puesto que es en el momento decisivo inimputable o incapaz de acción, sí que infringe una obligación, a saber, la obligación de conservar su capacidad de dirección y de comprensión. Por ello se le puede imputar la acción defectuosa. (Según Ujala, 1992, p. 161)

A manera de conclusión, diremos que las críticas más resaltantes a este modelo se detallan de la siguiente manera:

Presenta como escollo insalvable el atentar contra el principio de identidad; (...) la autoría mediata presupone la existencia de al menos dos personas, el autor inmediato o ejecutor y el autor mediato u hombre de atrás, en la actio libera in causa es una única persona tomada simultáneamente como dos, la que realiza el hecho. Con respecto a la tesis de la existencia de una costumbre (...), se plantea el problema de la admisibilidad de la costumbre en el Derecho Penal, en particular la que va en contra del reo. (...) también tiene problemas frente a la culpabilidad por el hecho; el hecho punible se realiza cuando la capacidad de culpabilidad no existe y referida a una capacidad de culpabilidad



anterior cuando el hecho no se ha realizado. El modelo de excepción requiere una justificación material de la renuncia al principio de coincidencia. (Pérez, 2016, p. 45)

4.7.4.2 Modelo del Tipo o del Injusto Típico para legitimar la Actio Libera In Causa

Contrariamente a Hruschka, se recurre al modelo del tipo, según esta postura siguiendo los planteamientos de Hirsch y Roxin:

El fundamento de la a.l.i.c. se encuentra en poder conciliarla con el principio de culpabilidad. (...) Para ello afirma que: “es evidente que la causalidad por sí sola no puede ofrecer todavía una aclaración de que el injusto típico del hecho comience ya con el hecho de embriagarse. Con el recurso a la causalidad podría englobarse en la tipicidad cualquier posible acción perteneciente al campo previo. Se precisa por tanto una aclaración y ordenación dogmática más precisa”. (Donna, 2013, p. 435)

[Así, a través de] este modelo se retrotrae el comienzo de la ejecución del hecho al momento en que el autor era responsable; descansando en el carácter típico de la *actio praecedens* (acción precedente); esto significa que la culpabilidad precede a la tipicidad y a la antijuricidad; por lo tanto, lo punible según este modelo, sería colocarse en estado de incapacidad de culpabilidad, lo que no es equiparable a una acción típica. (Pérez, 2016, p. 42)

De acuerdo con esta solución se considera que la conducta en estado de incapacidad no es el fundamento de la punibilidad, sino el haber determinado dicho estado, dado que este comportamiento anterior es causal de la realización del tipo. En este sentido se trata de un supuesto de *autoría mediata* en el que el propio sujeto actúa como instrumento de sí mismo. (Bacigalupo, 2004, p. 432)



Según Ujala (1992):

[En este modelo] al autor se le imputará como acción típica aquella que provoca «el defecto» o, en otras palabras, la realizada en situación de capacidad de culpabilidad o de inacción, siempre que se trate de la acción más cercana a la lesión del bien jurídico. (p. 167)

En este modelo la acción precedente es una condición de la producción del resultado típico, la segunda acción, de realización inmediata del tipo penal es simplemente un factor más de la cadena causal que termina en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido; la *actio praecedens* al ser una condición necesaria del resultado se constituiría al mismo tiempo en el punto de apoyo de la punibilidad, pasándose del estadio del acto preparatorio al de la tentativa. (Pérez, 2016, p. 42)

Sin embargo, al igual que el modelo de la excepción los fundamentos del modelo del tipo serían insostenibles pues no vendrían en socorrer el problema presente en la *actio libera in causa*; puesto que, si bien el modelo de la tipicidad salvaguarda el Principio de culpabilidad, afecta al Principio de certeza, ya que este modelo considera al estado de ebriedad como una acción típica en sí misma, pues no es posible inferir, en supuestos de inimputabilidad, que la acción ejecutiva sea la misma acción típica precedente. Según Villavicencio (2013) este modelo “pretende anticipar el inicio de la ejecución del delito a una fase en la que no se puede demostrar empíricamente cualquier peligro o lesión al bien jurídico” (p. 605).

Al sancionar la conducta precedente, se ocasionan serios problemas con el momento ejecutivo del delito, en específico, con la Tentativa, puesto que se busca sancionar los actos preparatorios, que en nuestro sistema no son punibles, al mismo tiempo, que se homologa la



Tentativa con la autoría mediata, para encontrar identidad en la conducta, pero esta es rechazada por la simple razón que no se trataría de los mismos sujetos (Pérez, 2016, pp. 43-44).

Finalmente, en palabras de Bustos (2004):

Resulta difícil sostener dogmáticamente y con consecuencia que la acción de embriagarse constituye una tentativa de delito o que es posible una autoría mediata en que el propio sujeto se autoutilice como instrumento. Resulta más convincente sostener que es una excepción real al principio de culpabilidad, fundamentada no en el derecho consuetudinario, lo que sería inadmisibles, sino en el abuso del derecho. La invocación de la *actio libera in causa* constituye un abuso del derecho en la medida que realmente no se dan los fundamentos materiales generales de exigibilidad de responsabilidad, ya que la conciencia social manifestada en el actuar del sujeto, la comisión del delito que se proponía cometer en estado de embriagarse, es incompatible con el ordenamiento jurídico. (pp. 1147-1148)

4.7.4.3 La solución que surge de su interpretación restrictiva y limitada a supuestos de Inimputabilidad incompleta

Lo advertido en los modelos de solución antes descritos, no fue ajeno a los maestros Eser y Burkhardt (p. 353 citados por Donna, 2013, p. 442) quienes frente a ello afirmaron lo siguiente:

Estamos frente a un trilema, en donde hay tres posibles soluciones que son todas insatisfactorias: el modelo de excepción, que entra en abierta contradicción con el principio de legalidad; la doctrina del adelantamiento, que tiene problemas en cuanto al tema de la autoría y de la tentativa, y la teoría de la autoría mediata.



Y es que como ha señalado Pérez (2016), en un estado de inimputabilidad la persona que infringe la ley no sabe lo que hace, por ende, no existirá un supuesto de dominio del hecho por la persona en el momento precedente, ya que esta persona no sabrá lo que hará o sucederá una vez se encuentre en estado de inimputabilidad, consecuentemente, al faltar el dominio del hecho faltará la tipicidad (Zaffaroni, 1981).

Así, enseña Zaffaroni (1981) que:

Nadie podría sostener que quien se sienta en una taberna y comienza a beber, realiza con ello un “comienzo de la ejecución de un homicidio”, por mucho que sea su ánimo de embriagarse para matar a otro, ni tampoco puede afirmarse que la conducta de yacer con una mujer casada sea el comienzo de ejecución de un homicidio, por mucho que sea el ánimo del codelincuente de la adúltera de que el marido le sorprenda y le ponga en situación de tener que matarle para salvar su vida. (pp. 440-441)

Nadie duda que si el ebrio, en lugar de matar a su rival de amores, le abraza y le dice que se quede con la novia, o si el marido engañado felicita al amante y le cede a la esposa, a nadie se le ocurriría condenar la conducta del ebrio y del amante como tentativa de homicidio. (Zaffaroni, 1981, p.443)

Enseña este autor, que a lo largo de la historia ha existido una reacción primitiva frente a los casos de inculpabilidad provocada, que negaban la inculpabilidad de una persona, esta teoría era la denominada *versari*, que fundamentaba el reproche a la persona a título doloso, como si de un hombre sano de espíritu también se tratara; su principal argumento fue que la persona sabía las consecuencias que traía el hecho de embriagarse, por lo que, aplicando el *versari* señalaba que “quien quiso la causa quiso el efecto” (Zaffaroni, 1981, pp. 434-435).



Por ende a partir de allí, conviene precisar lo señalado Hurtado Pozo (2016), para quien la *actio libera in causa* posibilitaría de manera extraordinaria la imputación y consecuente sanción a una persona que ha actuado en estado de inimputabilidad o de inimputabilidad restringida, con la intención de cometer una infracción penal.

A partir de allí, vemos que es insostenible la fundamentación de la *actio libera in causa* a supuestos de inimputabilidad completa; y es que, todos los fundamentos que buscan salvar a dicha doctrina, fracasan en sus postulados, principalmente por el quiebre en el principio de legalidad y culpabilidad.

Lo contrario sucedería en la *actio libera in causa*, cuando el estado defectuoso no elimina la capacidad en el sujeto, sino que se mantiene aunque disminuida. Como señala Roxin (2006), en estas situaciones se trata de un caso de imputabilidad, que genera la culpabilidad de su conducta, pues la persona es capaz de comprender el injusto personal de su hecho y pasible de poder actuar conforme a esa comprensión, claro está que a la persona le puede costar más o menos motivarse por la norma (p. 839), pero todavía es capaz de evitar la comisión del delito (Villavicencio, 2013, p. 606).

Por ende, entendemos a partir de estos postulados la plena sostenibilidad y solidez para respecto de la aplicación de la *actio libera in causa* en casos que configuren un ataque al bien jurídico, de forma dolosa, en estados defectuosos donde medio aún consciencia en el sujeto. Pues, no se trataría en dicho caso de un supuesto de aminoración de pena, sino al contrario un supuesto de agravación del espectro punitivo.



4.7.5 Situación actual: La doctrina de la Actio Libera In Causa en el Código Penal vigente de 1991

Actualmente nuestra legislación, comprende a la embriaguez de manera indirecta inmersa dentro de los supuestos del artículo 20° del Código Penal (1991) vigente, esto es, comprendido dentro del supuesto de grave alteración de la consciencia; no existiendo regulación ni tratamiento específico de la embriaguez en su Parte General. De igual forma, nuestro código no contiene de forma directa la regulación de la *actio libera in causa*, por lo menos a nivel de su estructura dogmática, como lo hacían los códigos penales peruanos anteriores a la entrada en vigencia del Código Penal de 1924.

Empero, con las recientes modificatorias a nuestro Código vigente, se ha incorporado como circunstancias agravantes el Estado de Ebriedad presente al momento de la comisión de los delitos de Femicidio, Lesiones graves, Lesiones Leves, Violación Sexual, Conducción vehicular y delitos de peligro común; situación está obliga a una interpretación de estos tipos penales agravados conforme a la doctrina de la *actio libera in causa*. Así lo evidencia Hurtado (2016): “al señalar que nuestro código no contiene disposición alguna sobre la *actio libera in causa*. Sin embargo el conjunto de sus artículos permite resolver el problema en el sentido que venimos explicando” (p. 273)

Ahora bien, debido a las serias implicancias y problemas con las instituciones y principios que rigen nuestro Sistema Penal (principio de culpabilidad, principio de coincidencia, principio de simultaneidad); sin una delimitación y regulación cuidadosa respetuosa de la Constitución y nuestro Sistema, no es posible su aplicación práctica en estos términos.



4.7.6 Legislación comparada sobre el tratamiento de la Actio Libera In Causa en los Códigos penales de Iberoamérica

4.7.6.1 Argentina

Actualmente el Código Penal de Argentina, regula en el artículo 34 inciso 1, lo siguiente:

Artículo 34.- No son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

En caso de enajenación, el tribunal podrá ordenar la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. (Código Penal de Argentina, 1984)

En ese sentido, de esta legislación, es posible advertir que si bien se comprende dentro del estado de inconciencia al estado de ebriedad, de su descripción no se advierte la regulación de un supuesto de *actio libera in causa*. Peor aún, de una regulación que la haga entrever como una circunstancia que agrave la culpabilidad del sujeto activo del delito.

4.7.6.2 Chile

En la legislación penal Chilena, se tiene dentro de su Código lo descrito en el artículo 10 inciso 1, que taxativamente señala:



Art. 10.- Están exentos de responsabilidad criminal

1. ° El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón.
(Código Penal de Chile, 1874)

De esta regulación, si bien no se comprende al estado de ebriedad taxativamente en esta norma, la misma se encontraría inmersa en el término “y el que por cualquier causa independiente de su voluntad”; de igual forma, no se advierte la presencia de una estructura de *actio libera in causa*.

4.7.6.3 Bolivia

El Código Penal de Bolivia, de 1972, regula en su artículo 19, bajo el título de Actio Libera in Causa, lo siguiente:

Art. 19°.- (ACTIO LIBERA IN CAUSA).- El que voluntariamente provoque su incapacidad para cometer un delito será sancionado con la pena prevista para el delito doloso; si debía haber previsto la realización del tipo penal, será sancionado con la pena del delito culposo. (Código Penal de Bolivia, 1972)

Conforme se evidencia, esta legislación comprende regulación taxativa de una *actio libera in causa*, nombrándola así y configurando su estructura dentro de la norma penal general; siendo importante que resuelve su castigo o punición como un delito culposo. Demás está decir, que dentro de esta figura se comprende al estado de ebriedad inmerso dentro de los supuestos de incapacidad.



4.7.6.4 El Salvador

El Código Penal de El Salvador, en su Capítulo II, denominado “de las causas que excluyen la responsabilidad penal”, concretamente en el artículo 27 numeral 24, regula las circunstancias de exención de responsabilidad:

Artículo 27.- No es responsable penalmente:

(...) 4) Quien en el momento de ejecutar el hecho, no estuviere en situación de comprender lo ilícito de su acción u omisión o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, por cualquiera de los motivos siguientes:

- a) enajenación mental;
- b) grave perturbación de la conciencia; y,
- c) desarrollo psíquico retardado o incompleto. (Código Penal de El Salvador, 2002)

Aquí, se ubica al estado de ebriedad dentro del supuesto del literal b) de la legislación penal de El Salvador. Asimismo, se advierte que esta legislación comprende un supuesto *actio libera in causa*, regulado en el artículo 28-A, donde señala:

Acción libre en su causa

Artículo 28.-A.- No podrá ser excluido de responsabilidad penal aquel que haya buscado colocarse en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas u otras sustancias que produzcan efectos análogos, con el propósito de cometer un delito



o cuando se hubiese previsto la comisión del mismo. (Código Penal de El Salvador, 2002)

La solución que otorga la Legislación salvadoreña, respecto del fundamento de la punición de la *actio libera in causa*, es la exclusión de su conducta como supuesto de atenuación o de exención de responsabilidad penal, pudiendo, en todo caso, ser sancionada a título doloso o culposo. No se advierte su regulación como circunstancia agravante.

4.7.6.5 Colombia

La legislación de Colombia, refiere sobre la inimputabilidad en su artículo 33, lo siguiente:

Artículo 33. Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental. Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. (Código Penal de Colombia, 2000)

Aquí, se advierte la consideración a la ebriedad como un trastorno mental; siendo aplicable el supuesto de *actio libera in causa* para evitar la exención de responsabilidad penal por la comisión en estado de inimputabilidad.



4.7.6.6 Costa Rica

El Código Penal de Costa Rica, regula la figura de la *actio libera in causa* denominándola en su legislación como: “perturbación provocada”, así señala en su artículo 44:

Perturbación provocada.

Artículo 44.- Cuando el agente haya provocado la perturbación de la conciencia a que se refieren los artículos anteriores, responderá del hecho cometido por el dolo o culpa en que se hallare en el momento de colocarse en tal estado y aún podrá agravarse la respectiva pena si el propósito del agente hubiera sido facilitar su realización o procurarse una excusa. (Código Penal de Costa Rica, 1970)

Aquí, resulta relevante el tratamiento a la *actio libera in causa* por la legislación de Costa Rica, donde se castiga su presencia como una circunstancia agravante.

4.7.6.7 Republica Dominicana

Según el Código Penal de Republica Dominicana, el estado de ebriedad se encuentra comprendido en el artículo 15, así describe que:

Artículo 15. Excepción de imputación penal. No se podrá imputar a quien, al momento de cometer la infracción, está afectado de alguna perturbación síquica o trastorno mental que anule por completo su discernimiento o el control de sus actos. (...) Si la perturbación síquica o el trastorno mental afecta de manera parcial a la persona que comete la infracción, el tribunal tomará en cuenta esta situación al momento de imponer la pena que le corresponda. La perturbación síquica o el trastorno mental transitorio no



eximirá de pena si dicha perturbación o trastorno ha sido provocado por el mismo culpable para la comisión de la infracción. (Código Penal de República Dominicana, 2004)

También en esta legislación se advierte la presencia de la regulación de la *actio libera in causa* en su última parte, siendo la consecuencia la no aplicación de una exención de responsabilidad penal por la conducta realizada.

4.7.6.8 Ecuador

El Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, regula al estado de ebriedad premeditado como una circunstancia agravante, ello en su artículo 37 inciso 4, al señalar:

Art. 37. – Tratándose de la embriaguez del sujeto activo de la infracción, o de intoxicación por sustancias estupefacientes, se observarán las siguientes reglas:

1a. Si la embriaguez que derive de caso fortuito o fuerza mayor, privo del conocimiento al autor, en el momento en que cometió el acto, no habrá responsabilidad;

2a. Si la embriaguez no era completa, pero disminuía grandemente el conocimiento, habrá responsabilidad atenuada;

3a. La embriaguez no derivada de caso fortuito o fuerza mayor, ni excluye, ni atenúa, ni agrava la responsabilidad;

4a. La embriaguez premeditada, con el fin de cometer la infracción, o de preparar una disculpa, es agravante; y,



5a. La embriaguez habitual es agravante. Se considera ebrio habitual a quien se entrega al uso de bebidas alcohólicas, o anda frecuentemente en estado de embriaguez. (Código Penal de Ecuador, 2014)

De esta legislación se advierte una amplia descripción de la embriaguez, sustentando la norma, si la comisión de un delito en embriaguez, no fue fortuita deberá ser sancionada como una conducta en estado sobrio. Al mismo tiempo que, la premeditación en la conducta, *actio libera in causa*, se castiga como circunstancia agravante. Resalta para fines criminológicos, el tratamiento que se le da al ebrio habitual, donde su conducta *per se* de la comisión de un ilícito ya es una agravante, siendo esto una clara manifestación de derecho penal de autor.

4.7.6.9 Guatemala

La legislación penal Guatemalteca, señala en el artículo 27 de su Código Penal un supuesto de *actio libera in causa*, sancionándose su configuración como circunstancia agravante, señalando que:

Artículo 27. Son circunstancias agravantes:

(...) Embriaguez: Embriagarse el delincuente o intoxicarse, deliberadamente para ejecutar el delito. (Código Penal de Guatemala, 1973)

4.7.6.10 Honduras

Por su parte, el Código Penal de Honduras, advierte también la presencia de la embriaguez y la *actio libera in causa*, en su regulación. Así se desprende del artículo 30 inciso 1, que señala:



Artículo 30.- Son causas de exención de la responsabilidad penal las siguientes:

1) Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión y como consecuencia de anomalía o alteración psíquica, alteración en la percepción o de intoxicación plena, no posee la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión, así como el menor de doce (12) años. El trastorno mental no exime de responsabilidad cuando haya sido procurado con el propósito de cometer un delito o se hubiera previsto o debido prever su comisión. (Código Penal de Honduras, 2017)

No se advierte una consecuencia que haga entrever su sanción como circunstancia agravante, solo se señala su exclusión como causa de exención de responsabilidad penal.

4.7.6.11 México

Por su parte el Código Penal de México para el Distrito Federal, advierte en su Título II, Capítulo V, artículo 29 literal C, la referencia al estado de ebriedad y la presencia de la *actio libera in causa*:

Artículo 29. (Causas de exclusión). - El delito se excluye cuando concurra una causa de atipicidad, causas de justificación o causas de inculpabilidad.

A.- (...)

C.- Habrá causas de inculpabilidad, cuando:

...II.- (Inimputabilidad y acción libre en su causa).- Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de



conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado. Cuando la capacidad a que se refiere el párrafo anterior se encuentre considerablemente disminuida, se estará a lo dispuesto en el artículo 65 de este Código. (Acción libre en su causa). No procederá la inculpabilidad, cuando el agente al momento de realizar el hecho típico, hubiese provocado su trastorno mental para en ese estado cometer el hecho, en cuyo caso responderá por el resultado típico producido en tal situación. (Código Penal de México, 2002)

La consecuencia es una sanción como si de un hombre en estado medio se tratará, esto es a título de dolo o culpa; no se aprecia su regulación como agravante.

4.7.6.12 Nicaragua

Esta legislación también reconoce la figura de la *actio libera in causa*, aplicable a supuestos de trastornos mentales transitorios, así se desprende de su artículo 34, que señala:

Art. 34. Eximentes de responsabilidad penal

Está exento de responsabilidad penal quien:

1. Al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier alteración psíquica permanente o transitoria, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.



2. Al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de perturbación que le impida apreciar y comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, siempre que el estado de perturbación no haya sido buscado con el propósito de cometer un delito o hubiera previsto o debido prever su comisión. (Código Penal de Nicaragua, 2007)

La consecuencia es la exclusión como supuesto de exención de responsabilidad penal.

4.7.6.13 Panamá

La legislación de Panamá, le dedica un amplio desarrollo a la institución denominada inimputabilidad, requiriendo para ello la descripción de varios artículos, siendo estos del artículo 35 al 38, que comprende todo su Capítulo V, para entender de forma palmaria su posición y justificación con respecto a la *actio libera in causa* y su sanción como una circunstancia agravante. Así señala:

Artículo 35. Para que un procesado sea declarado culpable por un hecho previsto como punible en la ley, es necesario que sea imputable. Se presume la imputabilidad del procesado.

Artículo 36. No es imputable quien, al momento de cometer el hecho punible, no tenga la capacidad de comprender su ilicitud o, en caso de comprenderla, de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión.

Artículo 37. Si el estado de perturbación mental del imputado en el momento del hecho punible proviene de embriaguez, se seguirán las reglas siguientes: 1. Si el estado de perturbación mental del imputado en el momento de perpetrar el hecho punible proviene



de embriaguez fortuita, será declarado inimputable si la embriaguez es total. 2. Si el agente se embriagara con el designio de cometer un hecho punible o procurarse una excusa, la sanción deberá agravarse, según las normas de este Código. Los intoxicados por drogas o estupefacientes de cualquier índole que cometan un hecho punible serán declarados imputables o inimputables conforme a las reglas dadas para el embriagado.

Artículo 38. Actúa con imputabilidad disminuida quien, en el momento de la acción u omisión, no posea completa capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho. (Código Penal de Panamá, 2007)

Lo relevante de esos artículos es que en el primero se hace mención a una presunción de imputabilidad, siendo la carga de la prueba para quien postule un supuesto de inimputabilidad.

4.7.6.14 Paraguay

De la regulación que propone Paraguay, no se advierte presencia de una estructura de *actio libera in causa* en su legislación penal; solo se hace referencia al trastorno mental, donde está presente el estado de ebriedad, considerándose esta como una atenuante; así lo advierte en el artículo 23:

Artículo 23.- Trastorno mental

1° No es reprochable el que en el momento de la acción u omisión, por causa de trastorno mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, fuera incapaz de conocer la antijuridicidad del hecho o de determinarse conforme a ese conocimiento.



2° Cuando por las razones señaladas en el inciso anterior el autor haya obrado con una considerable disminución de su capacidad de conocer la antijuridicidad del hecho o de determinarse conforme a este conocimiento, la pena será atenuada con arreglo al artículo 67. (Código Penal de Paraguay, 1997)

4.7.6.15 Uruguay

La redacción que importa aquí se encuentra en el artículo 46 del Código Penal de Uruguay, que señala que:

Artículo 46. Atenuán el delito cuando no hubieran sido especialmente contempladas por la ley al determinar la infracción, las siguientes:

1. (...) 4. (La embriaguez voluntaria y la culpable). La embriaguez voluntaria que no fuere premeditada para cometer el delito, y la culpable plena, y la producida por fuerza mayor o caso fortuito, semiplena. (Código Penal de Uruguay, 1933)

De esta redacción se desprende que la reducción de pena surge para todos los delitos a condición de que la embriaguez no haya sido premeditada para cometer el delito.

4.7.6.16 Venezuela

El Código Penal de Venezuela, regula los supuestos de *actio libera in causa*, bajo la denominación de “provocador y pendenciero”, así analizando la embriaguez como perturbación mental, señala:

Artículo 64.- Si el estado de perturbación mental del encausado en el momento del delito proviniere de embriaguez, se seguirán las reglas siguientes:



1.- Si se probare que, con el fin de facilitarse la perpetración del delito, o preparar una excusa, el acusado había hecho uso del licor, se aumentará la pena que debiera aplicársele de un quinto a un tercio, con tal que la totalidad no exceda del máximo fijado por la ley a este género de pena. Si la pena que debiere imponérsele fuere la de presidio, se mantendrá esta.

2.- Si resultare probado que el procesado sabia y era notorio entre sus relaciones que la embriaguez le hacía provocador y pendenciero, se le aplicaran sin atenuación las penas que para el delito cometido establece este Código.

3.- Si no probada ninguna de las dos circunstancias de los dos números anteriores, resultare demostrada la perturbación mental por causa de la embriaguez, las penas se reducirán a los dos tercios, sustituyéndose la prisión al presidio.

4.- Si la embriaguez fuere habitual, la pena corporal que deba sufrirse podrá mandarse cumplir en un establecimiento especial de corrección.

5.- Si la embriaguez fuere enteramente casual o excepcional, que no tenga precedente, las penas en que haya incurrido el encausado se reducirán de la mitad a un cuarto, en su duración, sustituyéndose la pena de presidio con la de prisión. (Código Penal de Venezuela, 2000)

De igual forma, establece como una circunstancia agravante cuando el autor al momento de ejecutar el delito se embriega deliberadamente, conforme lo reconoce en su artículo 77 inciso 18.

Artículo 77.- Son circunstancias agravantes de todo hecho punible las siguientes:



1. – (...) 18.- Que el autor, con ocasión de ejecutar el hecho y para prepararse a perpetrarlo, se hubiere embriagado deliberadamente, conforme se establece en la regla 1 del artículo 64. (Código Penal de Venezuela, 2000)

De las legislaciones aquí esbozadas a modo descriptivo, podemos advertir que las legislaciones de Argentina, Chile y Paraguay, no regulan dentro de su normativa una estructura de *actio libera in causa*; lo contrario sucede con las legislaciones de Bolivia, El Salvador, Colombia, República Dominicana, Honduras, México, Nicaragua y Uruguay, donde si se regula dentro de su ordenamiento jurídico penal una estructura propia de la doctrina de la *actio libera in causa*, sin embargo la consecuencia de su configuración es la no aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad penal siendo sancionado el delincuente como si de un delito doloso o culposo se tratará, cabe resaltar que se aprecia de estas legislaciones la única regulación por parte del país de Ecuador del tratamiento de la ebriedad como una manifestación clara de derecho penal de autor en el que se presume su culpabilidad, aspecto que no se replica en otras legislaciones. Finalmente, se advierte la consideración como circunstancia agravante en una estructura propia de la *actio libera in causa*, en las legislaciones de Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Panama y Venezuela.

Este estudio descriptivo en la legislación comparada coadyuva a evidenciar el margen punitivo de otros ordenamientos jurídicos, los mismos que han venido en realizar un tratamiento amplio del estado de ebriedad que sirve de base intelectual para el presente estudio al analizar distintos sistemas jurídicos que ayudan a analizar el nuestro.



4.7.7 Legislación comparada sobre tratamiento de la Actio Libera In Causa en los códigos penales de la Unión Europea. Caso Alemania y España.

4.7.7.1 Legislación de Alemania

Al respecto, en el Código Penal del Reich, le ha otorgado el tratamiento a la ebriedad a forma de delito independiente, regulado en el artículo 320a, señalando:

§ 323a. Embriaguez total

(1) Quien se embriague dolosamente o culposamente por medio de bebidas alcohólicas u otros medios embriagantes será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa, si él en este estado comete un hecho antijurídico y por causa de ello no puede ser castigado porque él como consecuencia de la embriaguez era incapaz de culpabilidad o porque esto no se excluya.

(2) El castigo no puede ser mayor que el que amenace para el hecho cometido en estado de embriaguez.

(3) El hecho sólo será perseguido con base en una solicitud, con autorización o por querrela, cuando el hecho de la embriaguez solo pueda ser perseguido por solicitud, con autorización o con querrela. (López, 1999, p. 114)

Con lo que, se evidencia el tratamiento que sugiere en la Parte Especial del Código Penal Alemán, el hecho de ingerir bebidas alcohólicas de forma total.



Asimismo, no se observa dentro de las causales de exención de responsabilidad penal (§ 20), una circunstancia de *actio libera in causa*, pero si se reconoce como causa de exención al trastorno mental y a la conciencia alterada, dentro de las cuales se ubica el estado de ebriedad.

Por su parte, la doctrina ha convenido en diferenciar esta estructura de la *actio libera in causa*, señalando que su principal diferencia radica en la necesidad de previsibilidad en la conducta doloso del agente, cuando el tipo penal de la parte especial hace alusión a un delito de peligro abstracto con ocasión de una acción imprudente.

4.7.7.2 Legislación de España

Conforme se desprende del Código Penal de España (1995), señala en su artículo 20 las causas que eximen de responsabilidad pena, señalándose: “El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión” (artículo 20 inciso 1).

Más adelante, en el segundo párrafo del inciso 1, se advierte la regulación de la figura de la *actio libera in causa*, señalando que: “el trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión” (Código Penal de España, 1995, artículo 20).

Con lo cual se advierte que el Código Penal Español reconoce la figura de la *actio libera in causa* dentro de su ordenamiento penal. No siendo una agravante sino que le otorga un tratamiento con sanción de responsabilidad penal.



4.8 El Método Widmark

4.8.1 Aproximación conceptual

En 1922, la eliminación del alcohol en el cuerpo humano fue estudiada por el químico sueco Erik Mattes Prochet Widmark, quien desarrolló un método para determinar la concentración de alcohol en la sangre y concluyó que la desaparición del etanol se da a un ritmo de 0,15 g/l por hora (Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, 2015), esto es, determinó el ritmo en el que va desapareciendo el alcohol en la sangre de una persona que ingirió bebidas alcohólicas.

Fue el primer científico que sistemáticamente midió la absorción, distribución y eliminación de alcohol en el cuerpo humano explorado, y sus resultados los plasmó en fórmulas matemáticas. El Método Widmark: " $C_o = C_r + 13 \times T$ " es ampliamente utilizado con fines forenses, principalmente se aplica para: i) Estimar la cantidad de bebida alcohólica ingerida a partir del conocimiento de la concentración etílica en la sangre. ii) Conocer el tenor de alcohol en la sangre en un tiempo anterior a la toma de muestra (cálculo retrospectivo). iii) Efectuar proyecciones sobre la cantidad en la sangre según las cantidades de etanol ingeridas. (Recurso de Nulidad N° 1377-2014/Ancash, 2015, F.J. 3.7)

Así, de forma ilustrativa la fórmula del Método Widmark se expresa así:



Tabla 2.

Fórmula del Método Widmark

MÉTODO WIDMAR: $C_o = C_r + \beta \cdot T$
Donde:
C_o es igual a la concentración de alcohol en sangre al momento de la realización del hecho en concreto.
C_r es el grado de alcoholemia que se advierte en la toma de muestra que se plasma en la prueba de dosaje etílico.
B es el coeficiente de etiloxidación, pérdida de alcohol en la sangre (0.15 g/l por hora – 0.0025 g/l por minuto)
T es el tiempo transcurrido entre el momento del hecho en concreto y el momento de la toma de la muestra.

Fuente: Elaboración propia a partir del R.N. N° 1377-2014.

Formula que actualmente es utilizada para determinar la cantidad de alcohol en sangre del imputado al momento de la comisión del ilícito penal, siendo en estos casos, aconsejable anotar la hora en que ocurrieron los hechos y el momento en que se efectúa el examen toxicológico (Casación N° 2039-2019-Ancash, 2021, F.J. 6).

En ese sentido, esta fórmula en el campo forense resulta de gran utilidad porque ayuda a establecer la cantidad de alcohol que el agente tenía en el instante de la comisión del delito.



Así, el uso del método Widmark sirve también para sancionar al imputado que pone a su víctima bajo una condición de vulnerabilidad; por ejemplo, para cometer abusos sexuales y después alegar en su defensa que la víctima consintió tales actos, argumento de defensa que constituiría, y así lo ha determinado nuestra jurisprudencia nacional, una falacia puesto que en dicho estado, al practicarse el examen retrospectivo a la víctima, esta no estaría en condiciones de brindar su consentimiento y de existir ella esta sería invalida. Siendo importante en dicho tipo penal, la manifestación de voluntad pero que bajo los alcances obtenidos del examen retrospectivo.

En consecuencia, cuando se investigue un delito en el que se alegue o se haya encontrado al imputado o la víctima con indicios de haber consumido bebidas alcohólicas, es de suma importancia disponer que se practique un dosaje etílico de manera inmediata lo cual como es lógico resultará del momento actual, pero ello será correcto en tanto y en cuanto se le haya intervenido en flagrancia delictiva en estricto; empero, si se interviene tiempo después de los hechos con base al resultado de dicha prueba, se tendrá que, obligatoriamente, acudir al método Widmark y de forma retrospectiva determinar la cantidad de concentración de alcohol que tenía el imputado o la víctima al momento de los actos delictivos.

4.8.2 Regulación legal

Con la reforma de los artículos 111, 124 y 274 del Código Penal, referidos a homicidio culposo, lesiones culposas y conducción en estado de ebriedad; aprobado mediante Ley 27753, se ha venido en consolidar la técnica denominada “método Widmark”, el cual estableció que los niveles de estado de ebriedad son los siguientes:

Tabla 3.

Niveles de Alcholemia



TABLA DE ALCOHOLEMIA

Primer periodo: 0.1 a 0.5 g/l: subclínico

No existen síntomas o signos clínicos, pero las pruebas psicométricas muestran una prolongación en los tiempos de respuesta al estímulo y posibilidad de accidentes.

No tiene relevancia administrativa ni penal.

Segundo periodo: 0.5 a 1.5 g/l: ebriedad

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

Tercer periodo: 1.5 a 2.5 g/l: ebriedad absoluta

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

Cuarto periodo: 2.5 a 3.5 g/l: grave alteración de la consciencia

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

Quinto periodo: niveles mayores de 3.5 g/l: coma

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

Fuente: Ley N° 27753.



A partir de allí, la jurisprudencia ha intentado, siempre tomando en cuenta el método científico, exponer de forma adecuada, la fórmula retroactiva en el cuadro de Alcoholemia, el mismo que conforme lo ha señalado la Casación N° 460-2019-Huanuco (2020), es referencial.

Señalando así que:

La constatación del estado de ebriedad plena o absoluta –de verificación fundamentalmente médico legal– no es determinante ni conclusiva; es referencial y debe ser valorada en el contexto de las circunstancias concretas del caso y de las condiciones personales del agente. (F.J. 13)

Pronunciamiento que guarda relación con lo señalado por la Ley 27753 (2002), en su artículo 4: “Incorporase como anexo la tabla de alcoholemia cuyo valor es referencial y forma parte de la presente Ley”.

4.8.3 Naturaleza del Método Widmark

Como se puede determinar de lo dicho en los puntos precedentes, el método Widmark, es de suma importancia, siendo que inclusive sus resultados han obtenido fiabilidad científica.

En tal sentido, los jueces y fiscales que acuden al uso de este método científico es porque no son omniscientes; por ende para la evaluación o valoración de los hechos litigiosos, es necesario recurrir a peritos expertos en las diversas ramas del conocimiento para obtener un conocimiento técnico y científico bastante para decidir el asunto con arreglo a ley. (Código Procesal Penal, 2004, artículos 178 y 181)

En relación a ello, y por los fundamentos del Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, Casación N° 460-2019-Huanuco, entre otras ejecutorias supremas; podemos concluir que dicho



método tiene naturaleza científica y por ende válido en la investigación no solo en el campo penal, sino también administrativo o civil.

4.8.4 La curva de alcoholemia o de Widmark

Según, Espinoza y Asanza (2016), “la curva de Widmark nos describe el comportamiento del alcohol etílico en el organismo humano, desde su ingreso hasta la eliminación del mismo. Esto se comprende de 4 etapas o fases: absorción, distribución, metabolismo y eliminación” (p. 3).

Por su parte, Cabrera Martin (2021) señala:

La curva de alcoholemia de Widmark muestra cómo varía la concentración de alcohol en la sangre a lo largo del tiempo. Fue el químico sueco Erik M. P. Widmark, de ahí su nombre, quien desarrolló la fórmula para determinar la concentración de alcohol en la sangre. (párr. 1)

Así, para Espinoza y Asanza (2016), estas fases de ingesta y posterior eliminación que se denomina curva de Widmark se pueden conceptualizar de la siguiente manera:

- La fase de absorción es el paso del alcohol hacia la sangre, la absorción del alcohol es rápida por el estómago y alcanza mayores concentraciones a partir de los 30 minutos desde que se ingiere.
- La fase de distribución comienza a partir de que se ha absorbido todo el alcohol y se distribuye uniformemente por todo el organismo a través de la sangre. Entre 30 a 90 minutos tras finalizar la ingesta de alcohol se reflejan los niveles más altos de alcoholemia o concentración de gramos de alcohol por litro de sangre.



- La fase de metabolismo consiste en el conjunto de reacciones químicas en el organismo que destruyen, degrada o simplifica las moléculas de etanol para así poder eliminarse y evitar que el alcohol esté en el organismo por tiempo indefinido.
- La fase de eliminación del alcohol ingerido se da por distintas maneras, una parte la hace el hígado pero éste órgano no puede expulsar todo el alcohol ingerido por tal se elimina por algunas secreciones corporales como el sudor, la orina y el aire espirado procedente de los pulmones. (p. 4)

[Así] el alcohol puede empezar a detectarse en la sangre a los 5 minutos de haberlo ingerido y alcanza su pico de máximo nivel entre los 30 y 90 minutos siguientes. Desde ese momento, tras alcanzar el pico máximo, comienza a desaparecer de la sangre lentamente hasta su completa eliminación. (Cabrera Martin, 2021, párr. 2)

Al mismo tiempo, se debe tener en consideración que la tasa de alcohol tardará más o menos tiempo en desaparecer ello en función a distintos factores, siendo ellos: La cantidad y rapidez con la que se ingiere la bebida, las características que tenga la bebida ingerida, si se tiene el estómago lleno o vacío, la edad, sexo, el peso del consumidor, el estado anímico, la hora del día y/o la combinación de esta sustancia con otras (drogas, medicamentos, etc.) (Cabrera Martin, 2021).

4.8.5 Análisis Jurisprudencial sobre el Estado de Ebriedad y el Método Widmark

En nuestra realidad práctica, las altas cortes del Sistema de Justicia Penal Peruano, se han pronunciado a través de múltiples ejecutorias supremas respecto de la comisión de un ilícito penal en circunstancias de ingesta de bebidas alcohólicas, vale decir, cuando el sujeto activo – agente- o sujeto pasivo –agraviado- se ha encontrado en Estado de Ebriedad. Es importante



resaltar los aportes críticos que al respecto han aportado sobre el estado de Ebriedad, el Método Widmark y, en algunos casos, respecto de la Doctrina de la *actio libera in causa*.

Por lo que, es preciso comentar y realizar un análisis de dichas Ejecutorias Supremas.

a. Recurso de Nulidad N° 3482-2008 Callao

El recurso de nulidad interpuesto por el encausado contra la sentencia de fecha veintiuno de mayo de dos mil ocho, en el extremo que lo condena a quince años de pena privativa de libertad como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud en la modalidad de homicidio calificado – asesinato (Recurso de Nulidad 3482-2008-Callao, 2009).

Los hechos por los cuales se ha venido en acusar el sentenciado fueron:

El día veintitrés de junio de dos mil seis, a las dieciséis horas, cuando el agraviado regaba el césped del parque Ramón Castilla en el frontis de su domicilio sito en el Callao, advirtió la presencia de tres desconocidos quienes se disponían a consumir drogas, por lo que el agraviado los echó del lugar; empero, estos se retiraron del lugar profiriéndole amenazas, y al cabo de diez minutos retornaron acompañados de aproximadamente diez sujetos, premunidos de palos, lampas, cadenas y escobas, y atacaron verbal y físicamente al agraviado, saliendo sus hijos Patricia Yolanda Castillo Elías y Jimmy Jhon Castillo Gonzales, así como su nieta Denis Alexandra Muñoz Castillo, en su defensa. Posteriormente, alrededor de las veintiún horas y treinta minutos de ese mismo día, cuando el agraviado se encontraba en su domicilio acompañado de su familia, sorpresivamente los procesados llegaron a bordo de un vehículo, quienes premunidos de un arma de fuego realizaron un disparo al aire y patearon la puerta del predio, reclamando la presencia del agraviado, atribuyéndole haber lesionado a su familiar; por lo que el agraviado salió y les reclamó su mal proceder, mientras que los antes mencionados a



viva voz gritaban “mátalo”, “mátalo”, circunstancias en que el encausado disparó a la altura de la cabeza del agraviado para luego proceder a huir en el vehículo citado (Recurso de Nulidad 3482-2008-Callao, 2009, F.J. 2).

Conforme se desprende del fundamento jurídico cuarto, el Colegiado Supremo establece que el cuestionamiento se centra principalmente en la existencia o no de una causa de justificación y la errónea tipificación de los hechos como homicidio calificado y no como homicidio simple.

En relación a ello, el fundamento que aporta valiosa información para efecto de nuestra investigación se centra en el fundamento jurídico quinto, donde señala:

Para que la embriaguez pueda dar lugar a un trastorno mental transitorio con eficacia de eximente, esta debe producir en el sujeto una plena exclusión de la imputabilidad, se exige así que sea fortuita, de grado pleno (gran intensidad) y total en cuanto al efecto en la conciencia; asimismo, para que se verifique la eximente incompleta con los consecuentes efectos atenuantes, en la que la ingesta alcohólica contribuye a la minoración de las facultades mentales del sujeto esta debe haber logrado trastornos en la conciencia que sobrepasen el límite de lo normal; por lo que queda claro que no toda ingesta alcohólica da lugar a la aplicación de la eximente por grave alteración a la conciencia. (Recurso de Nulidad 3482-2008-Callao, 2009, F.J. 5)

Advirtiendo el Colegiado Supremo, que no se encuentra probado que la conducta del encausado se fuera producto de una grave alteración de la conciencia por la ingesta de bebidas alcohólicas, pues solo existió declaraciones de sus coimputados señalando el olor a licor, sumado a que no existe prueba de pericia toxicológica para determinar objetivamente la intensidad de su intoxicación.



En relación a los fundamentos de la presente ejecutoria, debemos precisar que la afectación que produce la ingesta de alcohol y que afecta la conciencia, no constituye una causal de justificación sino una causa de exclusión de la culpabilidad. Asimismo, debemos advertir que para aplicar la eximente completa o incompleta de responsabilidad, es necesario estar amparado en pruebas objetivas y circundantes a los hechos, sumado al peritaje toxicológico; aspecto que no se advirtió en el agente y por ende negaron declararon no haber nulidad de la sentencia que lo condeno.

b. Recurso de Nulidad N° 1377-2014 Lima

Se trata del Recuso de Nulidad, emitido por la Sala Penal Transitoria en fecha 09 de julio de 2015. Interpuesto por el encausado contra la Sentencia de Vista, emitida por la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel, de la Corte Superior de Justicia de Lima, que condenó al recurrente, como autor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado; impendiéndosele doce años de pena privativa de libertad (Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, 2015).

Sobre los hechos facticos, se tiene que:

El veinte de octubre de dos mil doce, cuando el agraviado se encontraba en una tienda (establecimiento de venta de alimentos al menudeo) ubicada en el Asentamiento Humano San Fernando, en el distrito de San Juan de Lurigancho, a dos calles de su domicilio; fue interceptado por el encausado quien lo sujeto por el cuello bajo la modalidad de “cogoteo”, y con un trozo o pico de botella lo amenazó y lo sacó de la tienda, conjuntamente con la persona conocida con el apodo de “Pollo”. Entre ambos lo condujeron a su vivienda (de Cataquispe Valerio, ubicada a dos puertas de la tienda); allí lo despojaron de su celular marca Nokia y amenazaron para que no denuncie el



hecho; después lo expulsaron a la calle; por tal motivo, el agraviado optó por dirigirse a su domicilio y posteriormente denunció el robo en la dependencia policial. (Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, 2015, p. 2)

Los argumentos más importantes de esta Ejecutoria Suprema, para efectos de nuestra investigación, son:

En el considerando 3.4, se señala que: “La inimputabilidad puede ser consecuencia no solo de ciertos estados patológicos permanentes (anomalía psíquica) sino también de ciertos estados anormales pasajeros” (Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, 2015, F.J. 3.4), estableciendo una diferencia entre estos, al señalar en el considerando 3.5:

A diferencia de la anomalía psíquica, la grave alteración de la conciencia se presenta como producto de sustancias exógenas, como el alcohol, drogas, fármacos, etc. Este trastorno mental debe adquirir tal profundidad que afecte gravemente las facultades cognoscitivas y volitivas del agente; deben incidir en la misma magnitud que las causas de anomalía psíquica. (Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, 2015)

Se advierte que, en este caso, en el Certificado de Dosaje Etílico la muestra fue obtenida después de 07 horas y 47 minutos y obtuvo como resultado 1.58 g/l de alcohol por litro en la sangre (Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, 2015).

De otro lado, es importante destacar el aporte conceptual y bibliográfico que nos brinda el Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima (2015), cuando señala que:

La eliminación del alcohol en el cuerpo humano fue estudiada por el químico sueco Erik Widmark, que en mil novecientos veintidós desarrolló un método para determinar la



concentración de alcohol en la sangre y concluyó que la desaparición del etanol en la sangre se da a un ritmo de 0.15 g/l por hora. (...) El Método Widmark: “ $Co = Cr + \beta + T$ ” es ampliamente utilizado con fines forenses, principalmente se aplica para: i) Estimar la cantidad de bebida alcohólica ingerida a partir del conocimiento de la concentración etílica en la sangre. ii) Conocer el tenor de alcohol en la sangre en un tiempo anterior a la toma de muestra (cálculo retrospectivo). iii) Efectuar proyecciones sobre la cantidad en la sangre según las cantidades de etanol ingeridas. (F.J. 3.7)

Por lo que, teniendo en cuenta el nivel de alcohol que presentaba el encausado al momento de la muestra, fue posible aplicar el cálculo retrospectivo para determinar su grado de alcoholemia al momento de los hechos, esto por Método Widmark, “cuya validez científica es inobjetable” (Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, 2015, F.J. 3.8), dando como resultado aproximado 2.74 g/l de alcohol por litro de sangre, que de acuerdo a la Tabla de Alcoholemia es considerado en el cuarto periodo de 2.5 a 3.5 g/l como grave alteración de la conciencia.

Se encontraba sumamente embriagado, lo que le produjo alteración de la conciencia, que fue en la gravedad que establece el citado numeral primero, del artículo veinte. Lo que excluye la imputabilidad no es que el procesado estuvo ebrio en el momento del hecho, sino que la cantidad de alcohol ingerido fue de tal volumen que la intoxicación lo condujo a un estado de grave alteración de la conciencia. (Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, 2015, F.J. 3.9)

Más aun, el Colegiado Supremo, señala en el considerando 3.12 su pronunciamiento respecto de la figura denominada *actio libera in causa*, señalando:

Cabe resaltar que no hay base suficiente para sostener que el encausado se hubiera colocado en tal condición para delinquir (supuesto de *actio libera in causa*) o que se



encontraba incapacitado para distinguir el mal del bien, por no haber tenido ni la conciencia ni el dominio de los propios impulsos, por ello, al ser inasequible frente a la prohibición penal deviene en inimputable y está exento de responsabilidad, por lo que debe ser absuelto de la acusación fiscal. (Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, 2015, F.J. 3.12)

Finalmente, debemos de señalar que en la presente ejecutoria se advierte la presencia de una causal de inimputabilidad -grave alteración de la conciencia- producto de la ingesta de bebida alcohólica por el agente, lo que fue corroborado con el Certificado de Dosaje Etílico y aplicando el Método Widmark, resaltando el razonamiento del Colegiado Supremo, que no solo consideró a dicho medio probatorio para sustentar dicha causal de inimputabilidad, sino que esto fue ratificado por otro medio de prueba -el testimonio de un efectivo policial-; circunstancia que consideramos adecuada, pero no suficiente. Para la decisión sobre exención de responsabilidad penal por grave alteración de la conciencia es necesario ahondar más en el caudal probatorio, así como tomar en consideración otras circunstancias que rodeen los hechos. También consideramos muy importante y adecuada el cuestionamiento y análisis que se hace respecto de la *actio libera in causa*, para descartar su presencia en los hechos, aspecto muy importante y cuyo análisis debería efectuarse en las sentencias.

c. Recurso de Nulidad N° 1053-2018 Huancavelica

Se trata de los recursos de casación interpuestos por la defensa de la madre de la víctima y el representante de la Segunda Fiscalía Superior Penal de Huancavelica, contra la sentencia emitida por la Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, que absolvió al encausado de la presunta comisión del delito contra la vida – parricidio en grado de tentativa (Recurso de Nulidad N° 1053-2018-Huancavelica, 2018).



Los hechos imputados son:

El siete de noviembre de dos mil catorce, aproximadamente a las cero horas con treinta minutos, el procesado intentó acabar con la vida de su menor hijo de cinco meses de edad, quien yacía en el segundo piso del interior del domicilio de su madre. Para ello, empleó un arma punzocortante –cortaúñas–. Cuando el menor se encontraba durmiendo con su madre, el imputado ingresó acompañado de dos menores de edad de iniciales J. F. E. S. y H. G. R. S., quienes tenían los rostros cubiertos a fin de no ser reconocidos y portando cada uno un palo. Dentro de la casa, el acusado ordenó al menor J. F. E. S. que se quedara en el primer piso del inmueble con el fin de cuidar la puerta del cuarto del abuelo del menor agraviado, para lo cual amarró la puerta con un alambre; mientras que el acusado y el menor H. G. R. S. se fueron al segundo piso, donde encontraron al menor agraviado con su madre. Al verlos, el acusado se fue donde su hijo, y el menor H. G. R. S. se dirigió hacia la madre, a fin de impedir que cogiera a su vástago. Entonces, el procesado cogió del cuello a la madre del menor agraviado y, a la vez, le propinó golpes; pero, como la señora no soltaba a su hijo, el procesado sacó de su bolsillo un cortaúñas y con la parte del cuchillo agredió al menor agraviado, introduciendo dicho objeto en diferentes partes de su cuerpo. Este se puso a llorar por el dolor generado, circunstancia en la que su abuelo, abrió la puerta de su habitación, la cual había sido cerrada con un alambre. El abuelo vio a un sujeto desconocido –quien era el menor J. F. E. S– y, al increparle qué hacía allí, fue golpeado en el rostro con un objeto contundente –palo–. Cuando se percataron de ello, el acusado y el menor H. G. R. S. salieron de la habitación del menor agraviado, y junto con el otro menor huyeron del lugar. Posteriormente, la madre del menor agraviado, al percatarse de que su hijo presentaba cortes y sangrado en el cuerpo, procedió a trasladarlo a la posta del salud del lugar, y al no encontrar a



nadie lo llevaron al centro de salud de Moya, donde suturaron las heridas del menor agraviado. (Recurso de Nulidad N° 1053-2018-Huancavelica, 2018, pp. 4-5)

Respecto a los fundamentos importantes en esta ejecutoria, se advierte que el considerando tercero, específicamente el numeral 3.9, donde se analiza el estado de ebriedad del procesado, señalando:

El mencionado estado implicaría evaluar un supuesto de actio libera in causa en el que se habría colocado el procesado. Sin embargo, en el expediente no obran declaraciones que manifiesten que el día de los hechos se hubiesen emborrachado deliberadamente con la finalidad de situarse en un estado de inimputabilidad. Asimismo, alegar el estado de ebriedad para situarse en tal eximente tampoco es propio, puesto que el reconocimiento en la planificación de los hechos tendientes a arrebatar al menor de los cuidados de su madre denota comprensión espacio-temporal y, por tanto, conciencia en los actos que realizan. En ese sentido, no se considera relevante la ebriedad alegada en la ejecución del hecho. (Recurso de Nulidad N° 1053-2018-Huancavelica, 2018, F.J. 3.9)

Una vez más, es rescatable los pronunciamientos que hace la Sala Suprema, respecto de la Actio Libera in causa, cuando se advierte o analiza un supuesto de ingesta de bebidas alcohólicas.

d. Recurso de Nulidad N° 840-2018 Lima

Se planteó Recuso de Nulidad por el representante del Ministerio Público contra la sentencia condenatoria que impuso los procesados la pena de cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, por el delito contra el patrimonio,



en la modalidad de tentativa de robo con agravantes. Ponencia que estuvo a cargo del Juez Supremo Prado Saldarriaga (Recurso de Nulidad 840-2018-Lima, 2019).

Por su parte los hechos esgrimidos en la acusación relatan que:

El uno de noviembre de dos mil once, a las quince horas con treinta minutos, aproximadamente, los encausados, abordaron al menor de diecisiete años de edad, quien se encontraba sentado en la vereda de la cuadra cuatro de la avenida El Bosque, en San Juan de Lurigancho. El encausado Calle Gutiérrez lo hincó a la altura del cuello con un objeto con punta, mientras que Castillo Gonzales y Enríquez Villanueva le rebuscaban los bolsillos, sustrayéndole su celular marca LG y dinero; seguidamente, se dieron a la fuga. En estas circunstancias un patrullero que circulaba por las inmediaciones auxilió al menor e intervino a los procesados a unas cuadras del lugar del evento delictivo, quienes fueron identificados por el menor agraviado. (Recurso de Nulidad 840-2018-Lima, 2019, pp. 2-3)

El representante del Ministerio Público, fundamentalmente alegó en su recurso que se cuestiona el extremo punitivo de la pena solicitando se incremente la misma, puesto que el dictamen pericial arrojó que el estado de los encausados era normal.

Así, tenemos como los principales fundamentos de la presente ejecutoria:

En el considerando sexto, se señala que:

La sala superior justificó el estado de embriaguez en una mera presunción ex ante (en el literal b, del fundamento jurídico 7.9 de la sentencia, se señaló: después de seis horas y media los encausados metabolizaron parte del alcohol consumido; por lo que al



momento de ocurrido el evento delictivo debieron encontrarse en estado de ebriedad para reducir la pena por límites aun inferiores a los que correspondía por la aplicación del artículo dieciséis del Código Penal. (Recurso de Nulidad 840-2018-Lima, 2019, F.J. 6)

No tomándose en cuenta que, resultaba posible la determinación del nivel de alcohol en la sangre de los encausados, ello a través del Método Widmark, que determina la eliminación del alcohol a un ritmo de 0.15 g/l por hora (Recurso de Nulidad 840-2018-Lima, 2019, F.J. 7).

Consiguientemente, los resultados calculados retrospectivamente a los acusados, se ubican dentro del segundo periodo, eso es, 0.5 a 1.5 g/l ebriedad; por tanto, “su capacidad de control no se hallaba sustancialmente reducida, como hubiera ocurrido de haberse encontrado en los periodos más elevados” (Recurso de Nulidad 840-2018-Lima, 2019, F.J. 7).

Aunado a ello, el Colegiado Supremo, en el considerando séptimo, precisa que:

El legislador exige: i) La presencia de una grave alteración de la conciencia para eximir de responsabilidad penal al agente. ii) La disminución de la perturbación de la conciencia debe ser relativamente importante para disminuir la pena hasta límites inferiores al mínimo legal. (Recurso de Nulidad 840-2018-Lima, 2019, F.J. 7)

Por lo que el Colegiado Supremo aprecia que la pena impuesta a los encausados no se ajusta a derecho, esto es, no debió aplicárseles la disminución de pena por inimputabilidad atenuada o eximente imperfecta, pues los encausados no tenían reducida sustancialmente su capacidad de control. Advirtiéndole que solo debe determinarse la pena concreta con aplicación exclusiva del artículo dieciséis del Código Penal, por Tentativa.



Por nuestra parte, advertimos con esta importante ejecutoria suprema, que parece se quiere dejar por sentado que los estados de ebriedad en el agente que generan exención de responsabilidad por grave alteración de la conciencia se dan cuando el grado de alcohol alcanza el cuarto periodo y, se atenúan o concurre una eximente imperfecta cuando la persona se ubica el tercer periodo (ebriedad absoluta); siendo el primer y segundo periodo, supuestos en los que no cabe aplicar ninguna reducción de pena.

e. Recurso de Nulidad N° 2131-2018 Lima Sur

El presente Recurso de Nulidad fue emitido por la Sala Penal Transitoria en fecha 17 de octubre de 2019. Interpuesto por el encausado y el Fiscal de la primera Fiscalía Superior Penal del Distrito Fiscal de Lima Sur, contra la Sentencia de Vista, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, que lo condenó como autor del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo con agravantes, a siete años de pena privativa de libertad efectiva (Recurso de Nulidad 2131-2018-Lima Sur, 2019).

Los hechos que fueron materia de acusación, refieren que:

El trece de febrero de dos mil ocho, a las diez horas con cincuenta y cinco minutos de la mañana, cuando el agraviado se encontraba al interior de su vehículo mototaxi, estacionado en el paradero ubicado en la intersección de las calles Venus y Unificación, del distrito de Lurín, provincia y departamento de Lima, fue interceptado por el sentenciado, quien bajo amenaza, con un cuchillo, le solicitó que le entregue su dinero. El agraviado opuso resistencia, ante lo cual, el sentenciado intentó lesionarlo y cortó el plástico que cubre la parte posterior de la mototaxi, acto seguido, le reiteró la amenaza con el cuchillo; por lo que la víctima le entregó cincuenta céntimos y el sentenciado se retiró del lugar. Posteriormente, el agraviado avisó lo ocurrido a la policía, quienes



finalmente intervinieron al sentenciado. (Recurso de Nulidad 2131-2018-Lima Sur, 2019, p. 2)

Como agravios la defensa del sentenciado, señalo principalmente que su patrocinado no recordaba los hechos acusados porque se encontraba bajo los efectos del alcohol, que se corrobora con la declaración del agraviado, la ocurrencia policial donde se advierte que presentaba signos de haber ingerido alcohol, así como que fue intervenido a escasos metros de su casa, a plena luz del día y se expuso a su identificación y ubicación, lo que no es habitual en la ejecución de este tipo de delitos (Recurso de Nulidad 2131-2018-Lima Sur, 2019, F.J. 3.1).

Por su parte la Fiscalía, señalo que no debió reducirse la pena al sentenciado aplicándose el artículo 21, responsabilidad atenuada; ya que el resultado de dosaje etílico practicado al sentenciado arrojó como resultado estado normal (Recurso de Nulidad 2131-2018-Lima Sur, 2019, F.J. 4.1).

Dentro de los argumentos más importantes plasmados en esta Ejecutoria, tenemos al fundamento jurídico séptimo, donde el Colegiado Supremo señala:

La grave alteración de la conciencia se presenta como producto de sustancias exógenas, como el alcohol, drogas, fármacos, etc. Este trastorno mental debe adquirir tal profundidad que afecte gravemente las facultades cognoscitivas y voluntarias del agente; deben incidir en la misma magnitud que las causas de anomalía psíquica. (Recurso de Nulidad 2131-2018-Lima Sur, 2019, F.J. 7)

Por consiguiente, según el Recurso de Nulidad 2131-2018-Lima Sur (2019):



No basta con que se encuentre en estado de ebriedad para que se configure dicha eximente sino que se requiere que posea un nivel de ingesta de alcohol en la sangre que lo conduzca a dicho estado, el cual, conforme con la tabla de alcoholemia incorporada como anexo de la Ley N° 27753, se sitúa a partir de los 2,5 gramos de alcohol por litro de sangre a más. (F.J. 11)

Ahora bien, existe prueba pericial que señala que las muestras fueron extraídas doce horas y veinticinco minutos después de sucedido los hechos, que se corrobora con la declaración del agraviado y la ocurrencia policial que evidencian que el encausado al momento de los hechos se encontraba ebrio, que debe ser considerado atenuante de pena y por el contrario no evidencian con certeza un estado de grave alteración de la conciencia, puesto que conforme el método de Widmark la desaparición del etanol en la sangre se da a un ritmo de 0,15 g/l por hora; en consecuencia, desde la hora de los hechos hasta el momento de la extracción de muestras a lo máximo hubiera alcanzado 1,95 g/l, cantidad inferior a los 2,5 g/l necesaria para la configuración de la eximente de responsabilidad penal (Recurso de Nulidad 2131-2018-Lima Sur, 2019, F.J. 13).

En conclusión a modo de comentario, es importante la concepción que se hace en esta Ejecutoria del concepto de grave alteración de la conciencia y que el nivel de alcohol tiene que adquirir un nivel de profundidad tal que afecte gravemente las facultades cognoscitivas y voluntarias del agente. De igual forma, se ratifica en esta ejecutoria que la eximente de responsabilidad penal estaría ubicada en una cantidad superior a 2.5 gramos por litro de alcohol en la sangre, conforme al anexo de la ley 27753.

f. Casación 460-2019 Huánuco



Recurso de Casación, que fue interpuesto por la defensa del sentenciado, contra la sentencia de vista, emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, que confirmó la sentencia de primera instancia, que lo condena a un año y seis meses de pena privativa de libertad como autor del delito de violencia contra funcionario público – impedimento del ejercicio de sus funciones y por el delito de conducción de vehículo en estado de ebriedad a diez meses y nueve días de pena privativa de libertad, extremo último que no fue impugnado (Casación N° 460-2019-Huánuco, 2020)

La defensa del encausado fundamenta sus agravios, principalmente en que su patrocinado es inimputable frente a la acusación, por encontrarse con alteración de la percepción producto de la ingesta de bebidas alcohólicas. Solicitando la exención de responsabilidad penal.

Desde ya, dejamos zanjado que la ingesta de bebidas alcohólicas, produce una alteración en la conciencia y no en la percepción.

Los aportes de la presente ejecutoria los encontramos a partir del considerando noveno, en el que se advierte las semejanzas entre la alteración de la conciencia y la percepción, señalando que:

Ambos supuestos tienen los siguientes denominadores comunes: (1) la alteración de la conciencia o la percepción debe ser concomitante al tiempo del acto; (2) las alteraciones deben ser de una especial intensidad -grave alteración o afectación-; la intensidad de la alteración no debe llegar al grado de la pérdida total de la conciencia o la percepción, pues estos estados podrían implicar incluso la ausencia de acción; (3) a causa del estado de alteración en la capacidad cognitiva o perceptiva se disminuye sustancialmente la facultad de comprender el carácter delictuoso del acto –aspecto cognitivo o sensorial–;



(4) o alternatively, el estado psicofisiológico incide negativamente en la facultad de determinar la voluntad según esa comprensión – aspecto volitivo–. (Casación N° 460-2019-Huanuco, 2020, F.J. 9)

Por el contrario, en el considerando decimo empieza a delimitar cuales vendrían a ser los rasgos característicos de la alteración de la conciencia y de la percepción.

La grave alteración de la conciencia, a diferencia de una anomalía psíquica, se caracteriza por su transitoriedad, esto es, el estado de incapacidad para reflexionar y relacionarse con el mundo circundante se debe a un factor exógeno que incide en la disminución de esa capacidad reflexiva; desaparecido dicho factor distorsionante desaparece la alteración cognitiva. (Casación N° 460-2019-Huanuco, 2020, F.J. 10)

En cambio, en la alteración de la percepción, la exclusión de la imputabilidad está relacionada con la pérdida de la capacidad de “captar por uno de los sentidos las imágenes, impresiones o sensaciones externas. (...) La alteración de la percepción, que afecta gravemente el concepto de la realidad, se encuentra ligada a la carencia de los sentidos, sea de manera patológica o producto de un accidente, cuya incidencia radique en la no comprensión adecuada de la realidad sensorialmente captada del mundo exterior. (...) no debe tener una duración efímera. Esta afección debe ser permanente, pues si esta es transitoria puede incluirse dentro la causal anterior. (Casación N° 460-2019-Huanuco, 2020, F.J. 11)

Ahora bien, la ingesta de alcohol actúa como un factor de limitación a la imputabilidad, donde sus efectos se evidencian en la Tabla de Alcholeemia, regulada legalmente mediante Ley 27753 (Casación N° 460-2019-Huanuco, 2020, F.J. 12).



Así, según el Colegiado Supremo, esta tabla al haber sido establecida a través de los conocimientos de la ciencia, “constituye una de las reglas de apreciación de los medios de prueba” (Casación N° 460-2019-Huanuco, 2020, F.J. 12), ello de conformidad con lo dispuesto por el artículo 393 del Código Procesal Penal.

Siendo que los efectos que genera el alcohol en cada cuerpo, “se encuentran ligados con la disminución de la operatividad eficiente de la mente y el cuerpo de quien lo ingiere” (Casación N° 460-2019-Huanuco, 2020, F.J. 12).

Los cambios psicofisiológicos que genera dicho estado inciden no solo en los sentidos sino que, en general, se expresan en una pérdida sustancial de la capacidad de reflexión y de los frenos inhibitorios, pero asociados a un factor exógeno –el consumo de alcohol–, de carácter transitorio. (Casación N° 460-2019-Huanuco, 2020, F.J. 13)

Así, tal como refiere la ley 27753, los valores de la Tabla de Alcoholemia son referenciales, así lo señala la Casación N° 460-2019-Huanuco (2020):

La constatación del estado de ebriedad plena o absoluta –de verificación fundamentalmente médico legal– no es determinante ni conclusiva; es referencial y debe ser valorada en el contexto de las circunstancias concretas del caso y de las condiciones personales del agente. (F.J. 13)

Estableciendo por ello, que deban verificarse el dosaje etílico con otros medios probatorios, así a criterio del Colegiado Supremo (Casación N° 460-2019-Huanuco, 2020, F.J. 13):



Es fundamental el examen del perito toxicológico para dar luces no solo del rango de ebriedad en la que se encontraba el imputado al momento del hecho, sino también de otras circunstancias -tiempo transcurrido desde el examen, contextura física, estado físico, tipo de sustancia consumida, estado de salud, etc.

En función de los datos que aporte el experto y otros medios de prueba complementarios, como las declaraciones testimoniales, la valoración de esta información es eminentemente normativa, a cargo del juez; esto es, la exclusión o disminución de la imputabilidad puede determinarse en la situación concreta, sea como disminución sustancial de la facultad de comprensión del carácter delictuoso del acto realizado, sea como disminución sensible de la capacidad de dirigir la voluntad de acuerdo con dicha comprensión.

Por lo que, la causal de exclusión de responsabilidad por grave alteración de la conciencia debe ser acreditada en dos niveles: “primero, en el nivel psicofisiológico -determinación y grado del estado de intoxicación de la persona- y, luego, en el nivel normativo -determinación de la incidencia concreta de dicho estado en la capacidad de culpabilidad-” (Casación N° 460-2019-Huanuco, 2020, F.J. 13).

Siendo imprescindible la concepción que nos da la presente ejecutoria suprema, de estos conceptos:

La diferencia entre la grave alteración en la percepción y la grave alteración de la conciencia radica en que esta última no tiene un origen patológico y su presencia se debe a factores volátiles que decaen con el transcurrir del tiempo (estado de embriaguez o profunda fatiga, entre otros), volviendo a su estado normal luego de que este cese. En la grave alteración en la percepción, la afección es permanente y forma parte del sujeto que la padece. (Casación N° 460-2019-Huanuco, 2020, F.J 14)



De esta manera, el Colegiado Supremo señala que el estado étílico se habría obtenido producto del Certificado de Dosaje Étílico, el Informe Pericial de Toxicología forense y el Informe Pericial de parte; analizando más adelante, también, la declaración de dos testigos, del agraviado, el acta de intervención y la resistencia que puso el encausado al momento de ser trasladado a la comisaria. Concluyendo que, si bien el encausado estaba en estado de ebriedad no se encontraba en un estado de incapacidad de reconocer la realidad de las cosas, por consiguiente debe aplicarse la eximente incompleta de responsabilidad.

A modo de comentario, la presente ejecutoria esgrime argumentos muy importantes para, en primer lugar, diferenciar la alteración de la conciencia de la alteración de la percepción; asimismo, conceptualiza de manera muy didáctica el concepto de la alteración de la conciencia y cuando podría configurarse. Por sobre todo, resaltamos los fundamentos decimosegundo y decimotercero, en los que advierte de manera muy amplia que existen varios factores a tomarse en cuenta al momento de analizar la concurrencia de la alteración de la conciencia, postura a la que nos adherimos.

g. Recurso de Nulidad N° 1799-2019 Callao

El presente recurso de nulidad fue interpuesto por el encausado contra la sentencia que lo condeno a catorce años de pena privativa de libertad, como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud – feminicidio, en grado de tentativa (Recurso de Nulidad N° 1799-2019-Callao, 2021).

La imputación esgrimida en la acusación señala:

Se le atribuye al imputado, el haber intentado dar muerte a la agraviada, madre de sus dos menores hijos, el día 17 de abril de 2017 a las 22:00 horas aproximadamente, en



circunstancias que la agraviada se encontraba al interior de su domicilio, en compañía de sus dos hijos, momento en que hizo su aparición el aludido encausado, quien intentó abrazar a la agraviada, pero ante la negativa de esta, y además de insultarla, utilizando para ello palabras que van contra la dignidad de la mujer, cogió un cuchillo y comenzó a perseguirla, sin embargo, visualizado el ataque la agraviada intentó escapar, a la vez que solicitaba ayuda, no obstante, ésta recibió tres hincos en la espalda por parte del acusado, causándole trauma torácico abierto por arma blanca, pero no conforme con ello y, al advertir que la agraviada tenía incrustado el cuchillo en la espalda, el acusado logró cogerla de los cabellos, arrastrándola hasta las escaleras con el fin de lanzarla hacia abajo (debiendo tener en cuenta que ellos se encontraban en el cuarto piso); sin embargo, la agraviada logró escapar y refugiarse en el cuarto de una vecina que tenía la puerta abierta para que luego de ello, el aludido encausado huyera del lugar, posteriormente, se procedió a la búsqueda del acusado, siendo intervenido cuando intentaba darse a la fuga. (Recurso de Nulidad N° 1799-2019-Callao, 2021, pp. 1-2)

Asimismo, el encausado, entre otros agravios, alega que no se aplicó la eximente incompleta de reducción de pena, pese a que al momento de los hechos se encontraba en estado de ebriedad.

En ese sentido, de esta ejecutoria suprema debemos precisar que el fundamento relevante para nuestro estudio, es el decimotercero, que en el punto 2 señala que no se consideró la eximente de responsabilidad por encontrarse en estado de ebriedad, debido a que no existe prueba idónea para acreditar que en el momento de la comisión del ilícito penal se hubiera encontrado ebrio, así mismo, ello se desprende del contenido del informe toxicológico presentado por el mismo encausado, adicional a que el testigo efectivo policial señaló que al



acusado no se le notaba ebrio, hablaba normal (Recurso de Nulidad N° 1799-2019-Callao, 2021)

Asimismo, el pronunciamiento del Colegiado Supremo, sobre el acto libera in causa, señalando que: “no siempre la ingesta de alcohol o drogas constituye un atenuante puesto que también puede ser un elemento que contribuye al comportamiento delictivo en forma deliberada (actio libera in causa)” (Recurso de Nulidad N° 1799-2019-Callao, 2021, F.J. 13.2).

De esta ejecutoria, advertimos la importancia de la prueba de dosaje etílico para efectuar el análisis retrospectivo al momento de alegar la eximente de reducción de pena. De manera adecuada, se ha venido en pronunciar sobre la posible concurrencia de un supuesto de actio libera in causa, con lo que se ratifica el reconocimiento jurisprudencial de esta figura penal.

h. Recurso de Nulidad N° 1690-2021 Lima Sur

Recurso de nulidad que fue interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia conformada emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, que condenó al encausado a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de tres años, como autor del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado, en grado de tentativa. (Recurso de Nulidad N° 1690-2021-Lima Sur, 2022)

Los hechos materia de acusación, se circunscriben en que:

El 9 de diciembre de 2012, aproximadamente a las 06:55 horas, el agraviado se dirigía a su domicilio ubicado a la altura de Lurín. En esas circunstancias, fue interceptado por el procesado, conocido como "Pelao", quien estaba en compañía de otras dos personas



("Oso" o "Yogui" y el otro conocido como "Chato"). Estos portaban fierros, se mostraron agresivos y violentos contra el agraviado, a quien lo amenazaron con causarle daño si se oponía al robo de sus pertenencias, situación en la que el procesado procedió a rebuscarle los bolsillos de su pantalón, despojándole de su billetera que contenía dinero ascendente a S/26,00 (veintiséis soles) y su documento de identidad personal.

En ese momento, el agraviado aprovechó un descuido del imputado y sus acompañantes y corrió hacia la panadería "Melcocha", para llamar a su esposa, quien pidió apoyo al personal de Serenazgo de la Municipalidad de Lurín, los mismos que se apersonaron al lugar; sin embargo, los mencionados facinerosos emprendieron su huida, arrojando, uno de ellos, un fierro (ángulo) de aproximadamente un metro, empero el propio agraviado logró aprehender al imputado, quien portaba una vara plegable y las pertenencias sustraídas; motivo por el cual fue trasladado a la comisaría del sector para las investigaciones del caso. (Recurso de Nulidad N° 1690-2021-Lima Sur, 2022, pp. 1-2)

El representante del Ministerio Público, formuló sus agravios principalmente en el quantum de la pena impuesta, ello porque se trató de un proceso en conclusión anticipada, arguyendo que el delito quedó en grado de tentativa acabada (ya consumada) y que se efectuó una doble reducción por el estado de ebriedad del sujeto, manifestando adicionalmente que la alteración en la capacidad de culpabilidad del imputado no fue lo suficiente para impedirle comprender la ilicitud de su acto y autodeterminarse según esta comprensión (Recurso de Nulidad N° 1690-2021-Lima Sur, 2022, F.J. 2).

Para efectos de nuestra investigación y, en específico, la circunscripción de los hechos con la ingesta de bebidas alcohólicas debemos manifestar que los fundamentos que aquí nos interesan van del fundamento 16 al 19.



Concretamente, el Colegiado Supremo, ha señalado en la ejecutoria que no hubo una doble reducción de pena por el estado de ebriedad, sino que se ha tomado el extremo mínimo de 12 años justamente por las condiciones del imputado, su edad entre otros requisitos; a ello, se ha reducido 04 años de pena privativa porque el delito quedo en grado de tentativa y finalmente redujo la pena hasta 04 años y 08 meses por el estado de ebriedad del imputado (Recurso de Nulidad N° 1690-2021-Lima Sur, 2022).

El Colegiado Supremo, aplicando el método Widmark, “cuya validez científica es inobjetable y ha sido aceptada por esta Corte Suprema en reiterada jurisprudencia” (Recurso de Nulidad N° 1690-2021-Lima Sur, 2022, F.J. 17), ha determinado que el resultado retrospectivo arrojó 1.925 g/l de alcohol por litro en la sangre, considerado dentro del tercer periodo como ebriedad absoluta.

Es decir, en la fecha y hora de los hechos, el acusado estuvo afectado de una intoxicación aguda, que lo ubica en el grupo de casos de sujetos que se encuentran bajo una alteración de la conciencia, que si bien no constituye una eximente plena de responsabilidad penal, debe ser considerada como una eximente imperfecta que genera necesariamente una disminución de punibilidad en el marco del artículo 21 del Código Penal, pues sus facultades cognitivas o volitivas no se encuentran plenamente anuladas. (Recurso de Nulidad N° 1690-2021-Lima Sur, 2022, F.J. 19)

Finalmente, con la reducción de pena por acogerse el encausado al instituto procesal de la conclusión anticipada, su pena quedo en 04 años, la misma que el Colegiado Supremo en aplicación del principio de proporcionalidad y conforme le faculta el artículo 52 del Código Penal, la convirtieron a pena a doscientas ocho jornadas de prestación de servicios a la comunidad.



En nuestra opinión, como señala la Sala Penal Suprema, resulta reiterativa la jurisprudencia que se pronuncia considerando como causal de eximente imperfecta el estado de ebriedad que se enmarque dentro del tercer periodo, ebriedad absoluta. Sin embargo, como hemos comentado las anteriores ejecutorias supremas y que resaltamos aún más en los pronunciamientos de la Casación N° 460-2019 Huánuco, para aplicar dicha eximente no basta con la verificación aritmética del nivel de alcohol en la sangre dentro del tercer periodo, sino que es imprescindible considerar otras pruebas que evidencien que el procesado haya visto afectada su conciencia producto de la ingesta de las bebidas alcohólicas.

4.9 Circunstancias modificativas de la Responsabilidad Penal

4.9.1 Concepto

Según el maestro Bustos (2004), “las circunstancias del delito son elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito, que influyen en la determinación de la pena” (p. 1192).

Por su parte, para Muñoz y García (2022):

Las circunstancias modificativas son, pues, situaciones que rodean («circum-stare»: estar alrededor) a la realización del hecho o que suponen especiales condiciones del autor, determinando la modulación de la pena aplicable. Por tanto, su toma en consideración exige, obviamente, la previa comprobación de la existencia del delito con todos sus elementos.

Su carácter accidental implica entonces que no constituyen (ni son co-constitutivas) el injusto ni la responsabilidad del sujeto. Por eso hay que diferenciarlas de aquellas que



han pasado a formar parte del injusto del respectivo delito como en el asesinato o la apropiación indebida y, en general, de la mayoría de los delitos, ya que un tipo penal como es la descripción de un ámbito situacional, requiere ser circunstanciando. (Bustos, 2004, p. 1193)

Esta definición, ya lo evidenciaba Antolisei (1960, citado por Prado, 2018), quien señaló que “circunstancia del delito (de *cicum stat*) es, en general, aquello que está en torno al delito. Implicando por su misma índole la idea de accesoriedad, presupone necesariamente lo principal, que está constituido por un delito perfecto en su estructura” (p. 193).

En ese sentido, Bustos (2004), de forma muy clara menciona que el objeto de las circunstancias tiene a otorgar una mayor precisión que se tiene sobre el injusto, señalando que:

Están dirigidas a una mejor consideración graduacional de las valoraciones que lo componen e, igualmente están en relación al sujeto responsable, se trata de una mejor graduación de su responsabilidad, sobre la base de determinar las circunstancias que han influido en su conciencia y en sus estados motivacionales. (p. 1193)

Por lo que, “su función esencial es la de ayudar a la medición judicial de la intensidad de un delito y a la decisión sobre la calidad o extensión del castigo que aquel merece” (Prado, 2018, p. 193)

Si determinan la elevación de la pena no es porque expresen necesariamente mayor desvalor que en justicia merezca mayor castigo, sino porque suponen la utilización de medios de comisión, situaciones subjetivas o de ocasión más peligrosos para el bien jurídico de que se trate. Ello motiva una prevención más intensa. (Mir, 2016, p. 103)



En ese sentido se trata de circunstancias accidentales al delito que alertan de su gravedad o menor punibilidad, y que sirven por sobre todo a encontrar de forma justa la mayor o menor responsabilidad penal del delincuente.

4.9.2 Clasificación de las circunstancias

Respecto a la clasificación de las circunstancias, se tiene la clasificación que hiciera Bustos (2004), para quien conforme a la determinación de la pena, las circunstancias pueden ser agravantes, atenuantes o mixtas; asimismo, pueden ser nominadas o innominadas; generales o específicas; de acuerdo a la comunicabilidad entre los participantes, como personales o materiales (p. 1194).

Por su parte, a nivel nacional se tiene la clasificación hecha por Prado (2018, p. 196), quien la divide en cinco niveles o modalidades:

1. Las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas.
2. Las circunstancias agravantes y atenuantes específicas.
3. Las circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas.
4. Las circunstancias agravantes de diferente grado o nivel.
5. Las circunstancias antecedentes, concomitantes y posteriores.

4.9.3 Circunstancias agravantes y atenuantes específicas

Estas circunstancias son las que el Código Penal prescribe para determinados delitos en la Parte Especial y que en algunas ocasiones van conexos a determinados delitos, v.g. el delito de asesinato, la estafa o el delito de violación sexual (artículo 170).



De igual forma lo entiende Prado (2018), quien especifica que:

Tienen también la calidad de circunstancias específicas las que acompañan a delitos tipificados en disposiciones legales reguladas fuera del Código Penal e integrantes del denominado derecho penal complementario o accesorio. Este es el caso de las circunstancias contempladas por el artículo 10° de la Ley 28008 sobre delitos aduaneros; por el artículo 4° del Decreto Legislativo 813 sobre delitos tributarios; y por el artículo 4° del Decreto Legislativo 1106 sobre delitos de lavado de activos. (p. 220)

Así, el mismo autor señala que característica de operatividad y eficacia de estas circunstancias específicas o típicas, “es limitada y se circunscriben exclusivamente a la determinación de la pena para los concretos delitos con cuya comisión están conectadas” (Prado, 2018, p. 220).

Por su parte, existe una subclasificación de estas circunstancias específicas, hecha por Guevara (2021), para quien existen agravantes específicas con carácter de internas por estar contenidas dentro del mismo tipo penal, así como existen agravantes específicas externas, cuando un artículo formalmente autónomo la contiene (p. 161).

Dentro de las primeras, como circunstancias agravantes específicas internas, ubicamos al artículo 170 del Código Penal. Y, en relación con las segundas, el artículo 177 que regula las formas agravadas de algunos delitos contra la Libertad Sexual, vendrían a ser circunstancias agravantes específicas externas. Sin perjuicio de esta clasificación, la pena en estos casos se expresa al interior de los límites establecidos en cada tipo penal correspondiente.



4.9.4 Circunstancia atenuante privilegiada o causal de disminución de la pena: La eximente imperfecta incompleta

Este tipo de circunstancias hace que la pena concreta se determine por debajo del límite del mínimo legal.

Así, según Guevara (2021) encontramos aquí, dentro de las atenuantes privilegiadas sustantivas, desde una perspectiva formal, regulada dentro del Código Penal, a la institución de las eximentes incompletas (p. 165).

Así, Muñoz y García (2022), haciendo referencia a circunstancias eximentes, señala, que:

En las circunstancias eximentes que afectan a la culpabilidad, y especialmente en aquellas que anulan la imputabilidad (anomalía psíquica, trastorno mental transitorio,...), la conversión en eximente incompleta se produce cuando se dan situaciones de disminución relevante de la capacidad intelectual y volitiva sin la suficiente entidad como para llegar a anularla. (p. 452)

Si bien, el Código Penal y la Jurisprudencia, han señalado que los postulados inmersos dentro del artículo 21° vendrían a constituirse como una circunstancia atenuante (Código Procesal Penal, 2004, artículo 2 inciso c), debemos de señalar que dicha afirmación es técnicamente incorrecta. Si bien, en este caso la eximente incompleta, produce una reducción de pena por una de inferior al límite mínimo legal, ello no supone su consideración como una circunstancia atenuante. Así, señala Prado et al. (2015) que:



Cabe señalar que no tienen la condición de atenuantes privilegiadas las causales de disminución de punibilidad ni las de reducción punitiva por bonificación procesal, ya que si bien posibilitan una penalidad por debajo del mínimo legal, su utilidad jurídica así como su oportunidad operativa son muy distintas. (p. 56)

En ese sentido, conviene precisar que las causales de disminución “no están fuera del delito sino que se construyen dentro de él como parte de su estructura, de su grado de realización, o desde los niveles de intervención de los autores o partícipes o desde su presencia plural” (Prado, 2018, p. 243). Y es que, contraria a las circunstancias, sus características en el delito, “son intrínsecas a éste desde su presencia plural (concurso de delitos); o desde la exclusión parcial de sus componentes o categorías sistemáticas (tipicidad, antijuricidad o culpabilidad)” (Prado, 2018, p. 244).

Finalmente, para Bustos (2004), la eximente incompleta devendría en considerarse como una atenuante pero no como una circunstancia, señalando:

Realmente, desde el punto de vista de su naturaleza, no se trata de una circunstancia, ya que no se hace referencia a un elemento accidental dentro del injusto, sino a la concurrencia incompleta del injusto en sí mismo, ya sea en relación a la tipicidad o a la antijuricidad, o bien del sujeto responsable. De ahí que su tratamiento aparece lógicamente privilegiado respecto de las atenuantes propiamente tales. Se trata simplemente de la consideración general de un mayor o menor injusto en sí, que necesariamente tiene que afectar al marco penal mismo. (p. 1195)

Desde nuestra postura, la eximente incompleta o imperfecta de responsabilidad penal, deviene en una causal de atenuación privilegiada. Si bien constituye una causal de disminución esta no debe ser considerada una circunstancia, por la misma razón que sus características se



encuentran inmersas en el tipo penal, en específico en su realización imperfecta. Empero, para fines didácticos en la investigación, siguiendo las consideraciones de nuestra jurisprudencia y el Código Procesal Penal, nos referiremos a ella como circunstancia, más no estando de acuerdo con dicha mención.

4.10 Delitos contra la Libertad Sexual

4.10.1 El Bien Jurídico Protegido

Actualmente, toda norma de la parte especial del Código Penal o de Leyes especiales deben proteger por lo menos un bien jurídico. De aquí que, para aplicar la sanción penal se requiera necesariamente que se haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico protegido (art. IV del Título Preliminar del Código Penal). (Bramont-Arias, 2008, p. 92)

En ese sentido, “el bien jurídico que protege el delito de violación sexual es la libertad sexual, lo que es sumamente acertado al haberse alejado del bien jurídico “honor sexual” que tutelaba el Código Penal peruano de 1924” (Villareal, 2022, p. 38).

Ahora bien, dentro del Capítulo IV del Código Penal se establecen a todos los Delitos contra la Libertad Sexual, no distinguiéndose en cada tipo penal el bien jurídico protegido; por lo que, debemos precisar que dentro de ellos se diferencia como bienes jurídicos, a la libertad sexual e indemnidad sexual. Así, también lo señala Villegas (2021), para quien, con “la asunción del principio de lesividad, la comprensión de la fuerza normativa de la Constitución y de los derechos fundamentales que contiene llevaron a afirmar que lo que se protege en los delitos sexuales es la libertad e indemnidad sexuales” (p. 40).



De este modo, para este autor, la libertad sexual se encuentra definida como “la facultad de autodeterminación en esfera sexual, lo que implica la posibilidad de poder decidir en libertad sobre el lugar, tiempo, modo y pareja con quien se desea tener la relación sexual” (Villegas, 2021, p. 47).

Para Diez Ripollés (1985, citado por Salinas, 2019), esta libertad está compuesta por un aspecto positivo y otro negativo:

En su aspecto positivo, la libertad sexual significa libre disposición de las propias capacidades y potencialidades sexuales, tanto en su comportamiento particular como en su comportamiento social. En su aspecto negativo, la libertad sexual se contempla en un sentido defensivo y remite al derecho de toda persona a no verse involucrada sin su consentimiento en un contexto sexual. (p. 925)

En igual sentido lo entiende Peña Cabrera (2023), con la salvedad que señala la existencia de una doble vertiente positivo-dinámica, es decir:

La capacidad de la persona de libre disposición de su cuerpo a efectos sexuales, o la facultad de comportarse en el plano sexual según sus propios deseos; y desde un aspecto negativo, el derecho de impedir intromisiones a dicha esfera, cuando no media su consentimiento. (p. 288)

En concreto, debemos entender libertad sexual de la siguiente manera:

La libertad sexual es la facultad de la persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, facultad que se expande hasta utilizar el propio cuerpo a voluntad, seguir en cada momento una u otra



tendencia sexual, hacer y aceptar las propuestas que se prefieran, así como rechazar las no deseadas. De modo que se afecta la libertad sexual de un individuo cuando otro, no autorizado por el primero, interfiere en el proceso de formación de su voluntad o en su capacidad de obrar relativa a la sexualidad. (Salinas, 2019, p. 926)

Por otro lado, respecto a la indemnidad sexual o intangibilidad sexual que tutela el ordenamiento penal, señala Salinas (2019) que “en el caso de los menores o incapaces, de ningún modo puede alegarse que se protege la libertad o autodeterminación sexual en los delitos sexuales, dado que por definición aquellos carecen de tal facultad” (pp. 926-927). En igual sentido opina Villegas (2021), al señalar que:

En los atentados contra personas que no pueden consentir jurídicamente, lo que se protege no es la libertad sexual, porque esta no existe en ellos, sino que lo que se tutela es la denominada “intangibilidad” o “indemnidad sexual”, entendida como la posibilidad de proteger que la persona en un futuro llegue a tener las condiciones óptimas para ejercer su libertad sexual. (Villegas, 2021, p. 47)

Como menciona Peña Cabrera (2023), “se trata del normal desarrollo de la sexualidad, en cuanto esfera que se puede ver gravemente comprometida como consecuencia de relaciones sexuales prematuras; mientras la edad de la víctima vaya en descenso, los efectos perjudiciales serán mayores” (pp. 387-388).

En los delitos contra la libertad sexual, el bien jurídico protegido es la propia ‘libertad sexual’, entendida como la manifestación de la libertad personal que se orienta a propugnar que la actividad sexual de las personas se pueda desarrollar dentro de un ambiente de libertad, sin violencia en ninguna de sus formas; empero, este disfrute pleno de la libertad sexual está reservado para los seres humanos que han alcanzado una



madurez psicobiológica, mas no para quienes no han alcanzado una edad cronológicamente determinada; es por ello que, de manera más concreta, se ha incorporado en la doctrina el concepto de indemnidad o intangibilidad sexual como bien jurídico que tutela el derecho penal para proteger la libertad sexual futura de los individuos, esto es, para las personas que todavía no tienen madurez psicobiológica como son los menores de edad. (Recurso de nulidad 3232-2007-Ucayali, 2007, citado por Salinas, 2019, pp. 928-929)

4.10.2 El delito de Violación Sexual

El delito de Violación Sexual, en nuestro Código Penal (1991), esta descrito de la siguiente manera:

Artículo 170.- Violación sexual

El que con violencia, física o psicológica, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, obliga a esta a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de catorce ni mayor de veinte años. (Artículo 170)

En ese sentido, según Chanamé (2016) señala que se trata de un “delito que consiste en forzar a otra persona a tener trato carnal contra su voluntad, o con su voluntad cuando el sujeto pasivo es un menor de edad, caso en que se agrava la figura” (pág. 760).



Para Salinas (2019), el delito de violación sexual es un delito de resultado, que se configura cuando el agente haciendo uso de la violencia o amenaza grave, logra realizar el acceso carnal con la víctima sin contar con su consentimiento o voluntad (p. 933).

Por otro lado, Arbulú (2018), refiere que

La libertad sexual es vulnerada cuando una persona trata de imponer a otra un acto de contenido sexual en contra de su voluntad empleando violencia física (vis absoluta) o psicológica (vis compulsiva), esta última modalidad la asume el Código Penal como amenaza. (p. 194)

Por su parte la Organización Mundial de la Salud (OMS) la define como:

Todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo. (Organización Panamericana de la Salud)

4.10.2.1 Tipo objetivo

4.10.2.1.1 Sujeto activo

Cuando el tipo penal del artículo 170, señala “el que” indica, sin lugar a dudas, que el agente del delito de violación sexual puede ser cualquier persona sea varón o mujer.

Así, inclusive ha concluido también Salinas (2019), para quien “en los tiempos actuales tanto el hombre como la mujer somos iguales en tanto sujetos activos o protagonistas de una



relación sexual. Tanto hombres como mujeres podemos realizar o propiciar conductas de sometimiento sexual” (p. 958).

4.10.2.1.2 Sujeto pasivo

Al igual que en el supuesto del agente delictivo, la doctrina también considera que en este caso el sujeto pasivo del delito o víctima puede ser un hombre o una mujer.

Así, “el sujeto pasivo no debe tener ninguna otra condición que la de ser persona natural con vida. No tiene mayor importancia su edad, raza, cultura, ocupación, clase social, credo religioso, habilidad y recursos económicos” (Salinas, 2019, p. 962).

4.10.2.2 Acción típica

Como señala Salinas (2019):

La conducta típica de acceso carnal sexual prohibido se perfecciona cuando el sujeto activo obliga a realizar el acceso carnal sexual al sujeto pasivo, haciendo uso de la fuerza física, intimidación o de ambos factores. El acto sexual o acceso carnal puede ser tanto por la vía vaginal, anal, bucal o mediante la realización de otros actos análogos como la introducción de objetos o partes del cuerpo por la cavidad vaginal o anal del sujeto pasivo. (p. 935)

Por su parte, para Peña Cabrera (2023), la acción típica:

Está determinada por la realización del acto sexual por parte del agente y contra la voluntad de la víctima; esta voluntad se verá quebrantada cuando el agente hace uso de



los medios descritos en el tipo penal; sin estos pues, no hay posibilidad de apreciar un presunto acto de violación sexual. (p. 292)

Por ende la importancia de definir cada medio comisivo del tipo penal de Violación Sexual, para efectos de configurar una acción típica.

a. Violencia física

La violencia (vis absoluta) ejercida por el agente sobre la víctima debe ser física, efectiva y estar causalmente conectada con el ilícito actual sexual que pretende perpetrar. Debe tratar del despliegue de una determinada dosis de violencia física, susceptible de quebrantar los mecanismos de defensa de la víctima, de allanar los obstáculos para la realización de la conjunción carnal. (Barrera, 1980, citado por Peña Cabrera, 2023, p. 303)

Ahora bien, según la Ley 30364 (2015), que se promulga para prevenir, erradicar y sancionar toda forma de violencia contra las mujeres, la violencia física es:

La acción o conducta, que causa daño a la integridad corporal o a la salud. Se incluye el maltrato por negligencia, descuido o por privación de las necesidades básicas, que hayan ocasionado daño físico o puedan llegar a ocasionarlo sin importar el tiempo que se requiera para su recuperación. (Artículo 8)

Así, como señala Villareal (2022):

Lo relevante para la violencia física es que exista un nexo de causalidad entre su empleo y la realización del acceso carnal, que su empleo haya facilitado la violación sexual ante



la ausencia de consentimiento por parte de la víctima, a la violencia ejercida no necesariamente debe habersele opuesto resistencia. (p. 44)

Por su parte Castillo (2002, citado por Villegas, 2021) nos dice que:

Equivale al empleo de la fuerza física, al acometimiento material o a la apelación a una acción lesiva que se dirige sobre el cuerpo y la voluntad del sujeto pasivo, obligando en el caso de la violación a mantener relaciones sexuales. No es necesario que la violencia sea de naturaleza irresistible, invencible, absoluta, extraordinaria o de tal magnitud que convierte al sujeto pasivo en un mero instrumento con el cual el autor da rienda suelta a sus bajos instintos. Pero tampoco es suficiente cualquier clase o tipo de violencia como la fuerza más insignificante. Se requiere que la violencia sea de tal magnitud que doblegue la voluntad o la resistencia de la víctima y permita la realización del acto sexual. El grado de la violencia utilizada se mide por su eficacia e idoneidad cualitativa y no tanto por su cantidad, que puede variar de un caso a otro. Se apunta, con razón, sobre la necesidad de exigir una idoneidad causal entre el empleo de la violencia y la realización del acto sexual. La ley no requiere que la violencia, a diferencia de lo que sucede en la amenaza, sea grave sino que basta la idoneidad de la misma para vencer la resistencia de la víctima. (pp. 95-96)

b. Violencia psicológica

La violencia psicológica se vincula a acciones u omisiones por parte del agente para controlar las acciones, creencias y decisiones de la víctima, a través de la intimidación, manipulación, amenazas, humillaciones, u otros que generan un perjuicio a la autodeterminación o el desarrollo personal. En ese sentido, la violencia psicológica ejercida por el agresor es un elemento que no permite a la víctima otorgar su pleno



consentimiento, en la medida que la está vea minada su autodeterminación para decidir.
(Villareal, 2022, p. 44)

Por violencia psicológica se entiende a aquella violencia que no se ejerce físicamente sobre la persona, pero busca el sometimiento de esta a través de las palabras, frases, insultos que evidencien un daño psicológico. (...) Debe ser de una intensidad idónea para doblegar la voluntad de la víctima, por lo que podría manifestar en contextos continuos de abuso de poder o violencia de género. (Villegas, 2021, p. 96)

En ese sentido, “la violencia psicológica como medio para doblegar podría generar en corto o mediano plazo un contexto de coacción que atemoriza a la víctima para que ceda ante un ataque sexual” (Arbulú, 2018, p. 208).

c. Amenaza grave

Consiste en la conminación de palabra o de obra de causar un daño ilícito inminente, posible y verosímil a la víctima y que le infunde temor. A diferencia de la violencia física no supone el despliegue de la energía física sobre o contra el cuerpo de la víctima, sino el anuncio de un mal de una forma que no implique la fuerza física. Incluso puede consistir en hacerle saber que ejercerá violencia física si la víctima opone algún tipo de resistencia. (Villegas, 2021, pp. 96-97)

En este caso, conforme señala el tipo penal, la amenaza tiene que ser grave. Por eso que Villareal (2022) sostiene que, tiene que “reunir una serie de características que la conviertan en un medio idóneo que coaccione la voluntad de la víctima respecto del acceso carnal”.

Así también lo evidenció Peña Cabrera (2023), para quien:



El juzgador, debe preocuparse por captar caso por caso, la idoneidad de la amenaza, teniendo a la vista las condiciones personales del agraviado (cultura, estado anímico, etcétera), esto es, todas las particularidades que reviste el sujeto, a fin de calificar la idoneidad de la presión psicológica que puede dar lugar a través de la conducta del malhechor, pues para algunas mujeres, determinadas características antropológicas pueden constituir ya una latente amenaza, en cuanto infunden un temor significativo. (p. 305)

Para Salinas (2019), la amenaza es condicional. Es condición es de carácter sexual: para evitar el mal anunciado, el sujeto pasivo amenazado tiene que someterse al acceso carnal que le impone el agente. De este modo, este modo se distorsiona o perjudica el proceso de formación de la voluntad del sujeto pasivo o destinatario de la amenaza.

Por su parte Villareal (2022), considera que “respecto a las características de este tipo de amenaza. Reátegui siguiendo a Noguera precisa que esta debe ser: i) determinada, ii) considerable, iii) seria, iv) posible, e iv) inminente” (p. 45).

d. Aprovechando un entorno de coacción o cualquier otro entorno que impida el libre consentimiento de la víctima

Según el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos (2018), señalo que su incorporación “es acorde con los parámetros señalados por la Corte Penal Internacional respecto de la violencia sexual como un supuesto que puede invalidar (al igual que la grave amenaza) la voluntad –libre consentimiento- de la víctima” (p. 50).

Por su parte, Villareal (2022) señala que:



En adición a los medios clásicos utilizados para superar la resistencia de la víctima, puede manifestarse aspectos de una determinada circunstancia que impida a la víctima dar su libre consentimiento. Dicha situación podrá ser aprovechada por el agente, por lo que no será necesario el uso de violencia o amenaza grave. En tal sentido, un entorno de coacción puede impedirla de reaccionar de manera acertada o llevarla a reasignarse frente al propósito de su agresor, hecho que no ocurriría en un ambiente distinto. (p. 47)

Por su parte, Salinas (2019) señala que los entornos a los que se refiere el tipo penal pueden ser

Violencia familiar; hostigamiento; abuso de poder; confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente sobre la víctima; discriminación; de cualquier tipo de discapacidad; de vulnerabilidad de la víctima; etc. Si en un caso concreto, se verifica que el agente aprovechó cualquiera de estos entornos para someter a la víctima a un contexto sexual no deseado libremente, el delito se configura. Es obvio que cuando una persona atraviesa estos tipos de entorno, difícilmente da o expresa su libre consentimiento. En tales circunstancias el consentimiento está condicionado (pp. 950-951)

4.10.2.3 Tipo Subjetivo

La comisión de este delito exige el dolo, el agente debe de actuar con conocimiento de la voluntad de llevar a cabo el acceso carnal u acto análogo sin el consentimiento de la víctima, lo que es más claro aún en tanto se vale de medios tales como la violencia física, la violencia psicológica, la amenaza grave o de un entorno de coacción u otro similar. (Villareal, 2022, p. 52)



Así, para Peña Cabrera (2023):

La concurrencia del tipo subjetivo exige que el agente dirija su conducta, con conciencia y voluntad, de hacer sufrir el acto sexual al sujeto pasivo. El agente debe conocer que la voluntad de la víctima es contraria a sus deseos, y en razón de ellos despliega los medios comisivos –amenaza o violencia-. El fin perseguido por el agente delictivo es el de perpetrar el acto sexual. (pp. 307-308)

Ahora bien, según manifiesta Salinas (2019), el aspecto subjetivo en este delito se compone de dos elementos, siendo estos:

El primero, denominado “elemento subjetivo adicional al dolo”; y el segundo es el dolo. Si alguno de estos elementos falta en una conducta de apariencia sexual, el delito no se configura. Tomando como base la redacción de las formulas legislativas, podemos aseverar razonablemente que en nuestro sistema jurídico penal, los delitos sexuales son de tendencia interna trascendente. No es suficiente la verificación del dolo. Es necesario algo más, que se concreta en el objetivo último que persigue o busca el agente al desarrollar su conducta: la satisfacción sexual. (pp. 962-963)

A nuestra consideración, consideramos adecuada la postura del magistrado Salinas Siccha, ello en razón a que no basta para la configuración del tipo penal la mera intención –dolo eventual- o el dolo directo para advertir la concurrencia del elemento subjetivo, sino que es necesario el elemento de tendencia interna trascendente como es la satisfacción sexual; puesto que, de configurarse este delito sin dicho elemento subjetivo adicional, se sancionaría a una persona que comete dicho ilícito penal sin saber que lo que hace es un delito de violación sexual, no estamos hablando aquí del error de tipo, sino de las personas inimputables, quienes serían responsables por este delito sin tomar en consideración su condición.



4.10.3 El Delito de Violación Sexual y sus circunstancias agravantes: La incorporación de nuevas figuras agravadas incorporadas con la Ley N° 30838

4.10.3.1 Antecedentes y algunas incorporaciones de la Ley 30838

a. Antecedentes

Conforme se puede advertir de la página web del Congreso de la Republica; es posible corroborar que la Ley 30838, surgió de un paquete legislativo de Proyectos de Ley, que fueron suscritos desde el 21 de octubre de 2016 hasta el 19 de abril de 2018 (Expediente del Proyecto de Ley 02402/2017-CR, 2017), así tenemos a los proyectos de Ley:

Tabla 4.

Paquete Legislativo de Proyectos de Ley que dio origen a la Ley 30838

Número de Proyecto	Fecha de Presentación	Título
02733	19/04/18	Ley que restringe y elimina los beneficios penitenciarios a delitos contra la vida, la libertad sexual, corrupción de funcionarios y a ciertos delitos contra el patrimonio
02629	26/03/18	Ley que modifica los artículo 28 y 173 del Código Penal, aumentando las clases de penas e incorporando la castración química
02536	08/03/18	Ley que reforma la normativa Penal en materia de delitos sexuales en agravio de menores de edad
02485	05/03/18	Ley que modifica el artículo 170, 173 y 174 del Código Penal para agravar las penas y restringir beneficios penitenciarios en los casos de violación sexual de menor de edad
02460	28/02/18	Ley que protege la intimidad sexual y el estado psico emocional de las personas
02416	13/02/18	Ley que prohíbe la revisión de la Pena de Cadena Perpetua en caso de violación sexual de menores de edad
02415	13/02/18	Ley que establece la Pena de Cadena Perpetua para el delito de violación sexual de menor de catorce años de edad
02402	07/02/18	Ley que modifica el artículo 170 del Código Penal a fin incrementar la pena base del delito de violación sexual, hacerla extensiva a todo el personal académico y establecer la cadena perpetua cuando se cauce la muerte o cuando el agente le quita la vida a la víctima para ocultar su delito, así mismo modifica el artículo 170 a fin de Imponer como pena única la cadena perpetua cuando la víctima tenga menos de 14 años de edad, y establece la inhabilitación definitiva en los delitos previstos en los artículos 170, 171, 172 y 174 del Código Penal cuando el agente ejerce cargo público, además establece la castración química como medida de seguridad complementaria y busca la inaplicación de la figura legal del error de comprensión culturalmente condicionado cuando se trate de delitos de violación sexual en agravio de menores de edad
02316	11/01/18	Ley que eleva la pena y precisa el delito de violación sexual del agente con vinculación académica con la víctima y modifica el artículo 170 del Código Penal
02305	10/01/18	Ley que declara la imprescriptibilidad para los delitos de violación de la libertad sexual
02258	14/12/17	Ley que amplía los plazos de prescripción para los delitos contra la libertad sexual y otros a menores de edad; y que modifica el artículo 82 del Código Penal
02174	29/11/17	Ley que garantiza la reparación civil a favor de las víctimas e incrementa las penas privativas de libertad en los delitos contra la libertad sexual en el Código Penal



02165	28/11/17	Ley que aumenta las penas privativas de la libertad en la violación sexual y violación sexual de menor de edad, modificando los artículos 170, 173 y adicionando el artículo 173-B del Código Penal
02119	10/11/17	Ley que incrementa las penas de los delitos de violación de la libertad sexual previstos en el capítulo IX del Código Penal
02115	09/11/17	Ley que aumenta las penas privativas de la libertad e incorpora la sanción de castración química como sanción complementaria para delitos de violación sexual
02070	02/11/17	Ley para fortalecer la sanción penal frente a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual
02013	17/10/17	Ley que modifica el artículo 82 del Código Penal
01989	10/10/17	Ley que modifica el artículo 82 del Código Penal y establece un nuevo inicio para el cómputo de la prescripción de la acción penal en los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de niñas, niños y adolescentes
01602	28/06/17	Ley que establece la imprescriptibilidad de los delitos contra la libertad sexual y la muerte civil de los violadores
01396	16/05/17	Ley que incorpora al Código Penal el delito de violación sexual sistemática de menores de edad como crimen de lesa humanidad, y establece su imprescriptibilidad
01164	05/04/17	Ley que declara la imprescriptibilidad de los delitos de homicidio y de violación de la libertad sexual
01069	14/03/17	Ley de imprescriptibilidad de los delitos contra la libertad e integridad sexual en víctimas menores de 18 años
01037	08/03/17	Ley que declara la imprescriptibilidad de los delitos de violación de la libertad sexual e incrementa sus penas
00477	25/10/16	Ley que incorpora el tratamiento hormonal (castración química) para los sentenciados por los delitos de violación sexual en agravio de menores de edad
00460	21/10/16	Ley que prevé la aplicación de la castración química como medida complementaria a la pena privativa de libertad en casos de delitos contra la libertad sexual

Fuente: Congreso de la República del Perú.

Sin embargo, lo resaltante aquí, es que de todo este paquete, de forma casi completa, las reformas referidas a la modificación del tipo penal base, así como de la incorporación de agravantes específicas internas (artículo 170) y externas (artículo 177), se han tomado de los Proyectos de Ley N° 01037/2016-CR (2017), 2070/2017-CR (2017) y 2460/2017-CR (2018).

Al respecto estos proyectos de Ley, evidencian que existe en el Perú, una estadística alarmante con relación a la comisión de estos ilícitos penales, demostrándose a través de cuadros y reportes de organismos del Estado, que resulta preocupante la gran cantidad de delitos de Violación Sexual.

Señalándose, inclusive, en el Proyecto de Ley N° 1037/2016-CR (2017), que con esta se:



Busca asegurar, en primer lugar, que las denuncias por violencia y/o agresión sexual sean atendidas y sancionadas drásticamente. Actualmente, las mujeres viven una situación de vulnerabilidad; por tanto, se necesitan políticas claras y concretas que coadyuven a prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género y familiar en nuestro país en todos sus extremos; asimismo, al establecer sanciones drásticas –se duplican las penas para los delitos de violencia contra la libertad sexual-, lo que buscamos es garantizar a las mujeres una vida libre de violencia asegurándoles el ejercicio pleno de sus derechos sin restricciones ni limitaciones; lo cual nos permitirá mañana más tarde tener un país libre de violencia. (p. 35)

Pese a toda la evidencia plasmada en el amplio paquete de Proyectos de Ley, se advierte que en muchos de estos no se ha dado las razones mínimas que sustentan, v.g. la agravación del artículo 170 y la incorporación del segundo párrafo de las agravantes del artículo 177 del Código Penal.

Y es que, conforme se advierte del Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos (2018), haciendo un análisis específico del Proyecto de Ley N° 1037/2016-CR, por contener en la mayoría de las modificaciones; si bien la comisión remitió solicitudes de opinión o información al Ministerio de la Mujer y Población Vulnerables, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Poder Judicial y al consultor Dr. Arsenio Oré Guardia (p. 7) y que fueron respondidas por el Ministerio Público, el Ministerio de la Mujer y Población Vulnerable, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Poder Judicial (pp. 15-16), al parecer no se obtuvieron opiniones sólidas o no se plasmaron en el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.



De la revisión de los fundamentos que justifican la modificación del artículo 170, en cuanto a su tipo base, de forma adecuada la Comisión de Justicia y Derechos Humanos plasma los argumentos que conllevaron a modificarla (Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, 2018, pp. 49-50). Sin embargo, más adelante, al desarrollar los motivos que sirvieron para adoptar la modificación e incorporación de trece agravantes en el artículo 170 del Código Penal no las desarrolla, limitándose a señalar “en ese contexto, la Comisión aprueba la modificación del artículo 170 que, comparativamente se puede evidenciar en la tabla siguiente” (Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 50).

Esta situación es preocupante, en razón a que de la exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 1037/2016-CR (2017), quien postula la modificación del artículo 170 en su tipo base y la incorporación de las agravantes ahora aprobadas mediante Ley 30838, no se advierte en ningún extremo fundamento alguno que desarrolle los motivos de considerar a tales circunstancias como agravantes, solo se hace un recuento de la estadística alarmante en la comisión de estos ilícitos. (pp. 11-35)

De igual forma sucede con la reforma del artículo 177, en la que la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, no fundamenta, mucho menos señala en base a qué proyecto de Ley se incorpora el segundo párrafo del artículo 177 modificado por Ley 30838. Si bien, el tercer párrafo obedece al Proyecto de Ley N° 2460/2017-CR (2018), el cual en su exposición de motivos fundamenta el motivo de su incorporación (p. 3); al igual que el segundo párrafo, la Comisión no da cuenta de los motivos que llevan a incorporar estas dos agravantes al artículo 177 del Código Penal, limitándose a señalar: “La Comisión aprueba la incorporación de dos agravantes en el artículo 177 del Código Penal como son las siguientes” (Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 58).



Como se advierte, los antecedentes de la Ley 30838, si bien tienen un sustento en las cifras alarmantes de la comisión de ilícitos sexuales a nivel nacional, sin embargo, no se encuentran fundamentos sólidos que ayuden a entender, de forma clara y meridiana el sentido que quiso otorgarle a algunas agravantes del artículo 170 y 177 del Código Penal. Pese a ello, nos parece adecuada la motivación que lleva al legislador al momento de justificar la modificación del tipo penal base del artículo 170, así como la precisión en cuanto algunos términos de los demás delitos sexuales, al igual que los otros extremos de la reforma referidos al ámbito procesal y de prescripción.

b. Algunas modificaciones

Con la promulgación de la Ley 30838, la Comisión de Justicia del Congreso, ha plasmado la modificación del tipo base, en distintas aristas. Así, con esta Ley, “se incluyó cuestiones relevantes en la acción típica, así como una diversidad de agravantes, reconociendo un amplio espectro de contextos y situaciones en los que la víctima puede verse en desventaja” (Villegas, 2022, p. 34).

Una de las innovaciones que trae consigo la Ley 30838, es que ha ampliado el tipo penal de violación sexual, esto es, en cuanto a los medios comisivos para su configuración, incorporándose como medios comisivos, en primer lugar a la violencia psicológica, “que se presenta cuando la persona sin llegar a la vía de los hechos, somete a su víctima a un contexto sexual no querido mediante palabras, frases o gestos que evidencian daño psicológico” (Salinas, 2019, p. 946)

Asimismo, se ha incorporado como medio comisivo el entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la víctima dar su libre consentimiento. Así, para Salinas (2019):



Los entornos a que se refiere el tipo penal pueden ser de violencia familiar; hostigamiento; abuso de poder; confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente sobre la víctima; discriminación; de cualquier tipo de discapacidad; de vulnerabilidad de la víctima; etc. Si en un caso concreto, se verifica que el agente aprovechó cualquiera de estos entornos para someter a la víctima a un contexto sexual no deseado libremente, el delito se configura. (pp. 950-951)

Otra modificación que trae la Ley 30838, es la modificación del artículo 170 en cuanto al margen punitivo, ampliándose la pena de 06 años a 08 años, considerándose con esta última modificación un incremento en el tipo base de 14 a 20 años (Código Penal, 1991); corriendo la misma situación de incremento las agravantes.

Finalmente, se ha incrementado el catálogo de circunstancias agravantes, tanto en el artículo 170 y 177 del Código Penal, no mereciendo motivación alguna en cuanto a su sentido de interpretación por parte de la Legislación.

4.10.3.2 Las circunstancias agravantes incorporadas al artículo 170 del CP

Con la promulgación de la Ley N° 30838, se ha venido en modificar nuestro Código Penal, incrementándose más circunstancias que agravan el delito de violación sexual a las que comúnmente existían con la Ley 30076.

Por lo que, pasaremos a señalar cuales son ahora las agravantes para este tipo penal que establece nuestro Código Penal (1991):

Artículo 170. (..) La pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, en cualquiera de los casos siguientes:



1. Si la violación se realiza con el empleo de arma o por dos o más sujetos.
2. Si el agente abusa de su profesión, ciencia u oficio o se aprovecha de cualquier posición, cargo o responsabilidad legal que le confiera el deber de vigilancia, custodia o particular autoridad sobre la víctima o la impulsa a depositar su confianza en él.
3. Si el agente aprovecha su calidad de ascendiente o descendiente, por consanguinidad, adopción o afinidad; o de cónyuge, excónyuge, conviviente o exconviviente o con la víctima esté sosteniendo o haya sostenido una relación análoga; o tiene hijos en común con la víctima; o habita en el mismo hogar de la víctima siempre que no medien relaciones contractuales o laborales; o es pariente colateral hasta el cuarto grado, por consanguinidad o adopción o segundo grado de afinidad.
4. Si es cometido por pastor, sacerdote o líder de una organización religiosa o espiritual que tenga particular ascendencia sobre la víctima.
5. Si el agente tiene cargo directivo, es docente, auxiliar o personal administrativo en el centro educativo donde estudia la víctima.
6. Si mantiene una relación proveniente de un contrato de locación de servicios, o de una relación laboral con la víctima, o si esta le presta servicios como trabajador del hogar.
7. Si fuera cometido por personal perteneciente a las Fuerzas Armadas, Policía Nacional del Perú, Serenazgo, Policía Municipal o vigilancia privada, o cualquier funcionario o servidor público, valiéndose del ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas.



8. Si el agente tiene conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave.
9. Si el agente, a sabiendas, comete la violación sexual en presencia de cualquier niña, niño o adolescente.
10. Si la víctima se encuentra en estado de gestación.
11. Si la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años de edad, es adulto mayor o sufre de discapacidad, física o sensorial, y el agente se aprovecha de dicha condición.
12. Si la víctima es mujer y es agraviada por su condición de tal en cualquiera de los contextos previstos en el primer párrafo del artículo 108-B.
13. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas que pudiera alterar su conciencia.

Respecto de estas agravantes conforme hemos señalado en el acápite de antecedentes, el Legislador no ha venido en proporcionar un sentido interpretativo para estas agravantes.

Si bien estas agravantes fueron planteadas por primera vez mediante el Proyecto de Ley N° 1037/2016-CR (2017), de su revisión exhaustiva no se advierte un argumento sólido que ayude a entender por qué y cómo deben entenderse estas circunstancias. Solo se señala, en este proyecto:

La presente iniciativa legislativa modificará diversos artículos del Código Penal, con la finalidad de mejorar la protección penal frente a los delitos de Violación de la Libertad



Sexual, así como hacer mucho más eficaz los mecanismos, medidas y políticas de prevención, persecución y sanción de los casos de violencia sexual en nuestro país, en salvaguarda de la integridad física y/o psíquica de las mujeres e integrantes del grupo familiar, haciendo énfasis en aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, por la edad o situación física como las niñas, adolescentes, personas adultas mayores y personas con discapacidad; en concordancia con nuestra Constitución y leyes vigentes. (Proyecto de Ley N° 1037/2016-CR, 2017, p. 35)

Peor aún, en el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos (2018), solo se describe su aprobación (pp. 50-51), sin señalar alguna motivación pese a que el Proyecto que propone dichas agravantes no realiza una exposición de motivos que ayuden a interpretarla de forma correcta.

4.10.3.3 La modificación de las Circunstancias Agravantes del artículo 177 del CP: Remisión a los demás delitos contra la Libertad Sexual

En el mismo sentido con la reforma impuesta por la Ley N° 30838, nuestro Código Penal (1991) ha merecido una nueva descripción, donde se señala:

Artículo 177.- Formas agravadas

En cualquiera de los casos de los artículos 170, 171, 172, 174, 175, 176 y 176-A:

Si el agente procedió con crueldad, alevosía o para degradar a la víctima, la pena privativa de libertad se incrementa en cinco años en los extremos mínimo y máximo en el respectivo delito.



2. Si los actos producen lesión grave en la víctima y el agente pudo prever ese resultado, la pena privativa de libertad será no menor de treinta ni mayor de treinta y cinco años.

3. Si los actos causan la muerte de la víctima y el agente pudo prever ese resultado, la pena será de cadena perpetua.

En los casos de los delitos previstos en los artículos 171, 172, 174, 176 y 176-A la pena se incrementa en cinco años en sus extremos mínimo y máximo si concurre cualquiera de las circunstancias establecidas en el artículo 170, segundo párrafo.

Si el agente registra cualquiera de las conductas previstas en los artículos 170, 171, 172, 174, 175, 176 y 176-A mediante cualquier medio visual, auditivo o audiovisual o la transmite mediante cualquier tecnología de la información o comunicación, la pena se incrementa en cinco años en los extremos mínimo y máximo aplicable al delito registrado o transmitido. (Artículo 177)

Así, existen tres niveles de agravación por cada circunstancia concurrente, donde cada nivel no es aplicable a todos los tipos penales específicos del Capítulo IV, sino que al contrario, se hace una remisión a cada tipo específico para su agravación correspondiente por la circunstancia que se presente.

A modo más ilustrativo, de forma resumida entre las agravantes del artículo 170 y su remisión a los demás tipos penales por el artículo 177 del Código Penal, se tiene la siguiente tabla:

Tabla 5.

Agravantes del artículo 177 del CP Modificado por Ley 30838



DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL					
Artículos	Sumilla Referencial	AGRAVANTES DEL ARTICULO 170° CP	AGRAVANTES DEL ARTICULO 177° CP		
			Primera parte Inc. 1) 2) y 3)	POR REMISIÓN A CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 170	Por medio visual, auditivo o audiovisual o tecnológico
170	Violación Sexual	SI	APLICA	NO	APLICA
171	Violación de persona en estado de inconciencia o imposibilidad de resistir	NO	APLICA	SI	APLICA
172	Violación sexual de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento	NO	APLICA	SI	APLICA
173	Violación sexual de menor de edad	NO	NO	NO	NO
174	Violación de persona bajo autoridad o vigilancia	NO	APLICA	SI	APLICA
175	Violación sexual mediante engaño	NO	APLICA	NO	APLICA
176	Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento	NO	APLICA	SI	APLICA
176-A	Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores	NO	APLICA	SI	APLICA
176-B	Acoso Sexual	NO	NO	NO	NO
176-C	Chantaje Sexual	NO	NO	NO	NO
	EFFECTOS:	Pena no menor de 20 ni mayor de 26 años	Pena incrementa 05 años en extremo mínimo y máximo	Pena incrementa 05 años en extremo mínimo y máximo	Pena incrementa 05 años en el extremo mínimo y máximo

Fuente: Elaboración Propia.

Como se manifestó, la promulgación de esta reforma e incorporación de los dos párrafos en el artículo 177 del Código Penal, no tiene una interpretación teleológica por parte del Legislador (Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, 2018, p. 58), pero sin



embargo, su remisión hace necesario el análisis de cada tipo concurrente en estas agravantes, vale decir, su interpretación estará en función de la remisión a cada tipo penal correspondiente.

4.11 El Delito de violencia contra la Libertad Sexual y el Estado de Ebriedad: Análisis desde la Jurisprudencia Nacional

Hemos comentado las Ejecutorias Supremas sobre procesos que se circunscriben en contextos de ingesta de bebidas alcohólicas, ahora advertimos que dichos contextos también se presentan en la comisión de ilícitos que van en contra de la Libertad Sexual, así tenemos:

a. Casación N° 697-2017 Puno

Se tiene el Recurso de Casación interpuesto por la defensa del encausado, contra la sentencia de vista del veinticuatro de abril de dos mil diecisiete, que confirmó la sentencia de primera instancia del diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis, que lo condenó a diez años de pena privativa de libertad, como autor del delito de violación sexual de persona en estado de inconsciencia, en agravio de menor de edad (Casación 697-2017-Puno, 2018).

Los hechos materia de imputación fueron que:

El diecinueve de mayo de dos mil catorce, en horas de la mañana, el acusado se encontró con la agraviada, con quien se dispuso a libar licor por inmediaciones del centro poblado de Salcedo, en la ciudad de Puno, en el interior del vehículo de este. Posteriormente, se encontraron con dos personas con quienes continuaron libando hasta horas de la tarde y luego de que estos se retiraran, aproximadamente a las dieciocho horas, es decir, cuando la menor habría tenido de uno punto treinta y seis a dos gramos de alcohol por litro de sangre (conforme al cálculo retrospectivo) y presentaba un evidente estado de ebriedad,



fue conducida por el acusado en su vehículo a la altura del parque del Niño, en donde abusó sexualmente de la agraviada aprovechando su imposibilidad de resistencia por la ebriedad absoluta que presentaba por haber ingerido licor. (Casación 697-2017-Puno, 2018, p. 5)

La defensa del procesado por su parte, acepto que el encausado mantuvo relaciones sexuales con la agraviada, ello con su consentimiento y en uso de sus facultades, puesto que la cantidad de alcohol ingerida fue en escasa, además de efectuarse por decisión propia de la agraviada. En base a ello, los principales fundamentos de la Sala Suprema respecto a lo mencionado y que también es objeto de estudio fue:

En el considerando noveno, de acuerdo al Dictamen Pericial y el cálculo retrospectivo efectuado a partir de este, arrojó que la menor presentó de 1.69 a 2.00 g/l de alcohol en la sangre al momento de suceso delictivo. Lo que de acuerdo a la Tabla de alcoholemia se encontraba en el tercer periodo, ebriedad absoluta (Casación 697-2017-Puno, 2018, F.J. 9)

Así, para el Colegiado Supremo:

El pronunciamiento pericial que determinó el cálculo retrospectivo se basó en criterios científicos aplicados a todas las personas, mediante la utilización de la fórmula de Widmark, que refiere que la concentración de alcohol en la sangre en el momento de los hechos equivale a la concentración de alcohol en la sangre en el momento de la extracción más el producto del tiempo de horas transcurrido entre la concentración del alcohol en la sangre extraída al momento de los hechos y el coeficiente de etiloxidación. (Casación 697-2017-Puno, 2018, F.J. 11)



Conclusión que no obedece a criterios subjetivos, sino al contrario a criterios objetivos y científicos, resultando incuestionable el hecho de que la menor se encontraba en estado de ebriedad absoluta al momento de mantener relaciones sexuales con el procesado (Casación 697-2017-Puno, 2018).

Por lo que, “carecen de objeto las discusiones respecto a la cantidad de alcohol que esta haya referido haber ingerido, pues ello puede resultar subjetivo al basarse en recuerdos, mientras que los resultados del pronunciamiento de cálculo retrospectivo son objetivos y reales” (Casación 697-2017-PUNO, 2018, F.J. 12). En ese sentido, “el estado de ebriedad que se determinó de manera objetiva resulta absolutamente relevante para el presente caso, pues, si su consentimiento se vio afectado de alguna manera por dicho estado, este no podría resultar válido” (Casación 697-2017-Puno, 2018, F.J. 15).

Al haberse señalado que la menor se encontró al momento de los hechos en estado de ebriedad absoluta y, con ello, pudo presentar cuadros de excitación, confusión, agresividad, alteraciones de la percepción y pérdida de control, podemos concluir que, aunque esta haya consentido las relaciones sexuales con el agraviado, estas no resultarían válidas por su evidente falta de conciencia. Del mismo modo, a pesar de que esta no haya perdido totalmente el conocimiento no significa que no se configure el delito materia de autos, pues la alteración de la percepción y pérdida de control que caracteriza el estado de ebriedad absoluta la imposibilitaron de efectuar algún acto de defensa en su salvaguarda. (Casación 697-2017-Puno, 2018, F.J. 16)

Llegando el Colegiado Supremo a la conclusión de que: “la menor agraviada fue ultrajada sexualmente cuando no se encontraba en total cabalidad de sus funciones por presentar



en dicho momento un cuadro de estado de ebriedad absoluta que la imposibilitó de consentir o repeler las relaciones con el acusado” (Casación 697-2017-Puno, 2018, F.J. 17).

A manera de comentario, apreciamos de esta ejecutoria que sigue la misma línea jurisprudencial en considerar al tercer periodo, ebriedad absoluta como una circunstancia que puede alterar la percepción y pérdida de control capaz de viciar la capacidad de conciencia del sujeto –en este caso pasivo-. Sin embargo, consideramos que a ello, es pertinente precisar que se debe valorar otros medios probatorios para aplicar la característica de este periodo como una causal que pudiera hacer configurar un tipo penal específico.

b. Casación N° 2039-2019 Ancash

Se trata del recurso de casación interpuesto por el encausado contra la sentencia de vista, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash, en el extremo que confirmó la sentencia de primera instancia que le impuso seis años de pena privativa de libertad como autor del delito de contra la libertad – violación de la libertad sexual – actos contra el pudor en menores (Casación N° 2039-2019-Ancash, 2021).

Respecto de los hechos, se tiene por probado que, el dieciséis de octubre de dos mil dieciséis, aproximadamente a las 15:00 horas, el encausado, en estado de ebriedad, se dirigió a la lavandería situada en la avenida Gran Chavín, a fin de recoger la ropa que había dejado. Al llegar, tocó el timbre y salió la abuela de la agraviada indicando que la dueña no estaba. Sin embargo, él abrió la puerta, ingresó hasta la cochera, ubicó a la menor agraviada y le dijo: “Besito besito” y utilizando la fuerza la besó en la boca “con lengua”. Por lo que, la víctima llorando y gritando, corrió hacia la habitación de su tía, a quien le contó lo sucedido (Casación N° 2039-2019-Ancash, 2021).



El Tribunal Supremo declaró bien concedido el recurso de casación pues advirtió que:

Durante el proceso penal se concluyó que el imputado John Robert Bueno Aniceto, según la pericia respectiva, presentó 0.50 gramos de alcohol por litro de sangre; sin embargo, no emerge que se haya efectuado el cálculo de su ebriedad al momento de la perpetración del delito, de acuerdo con el método Widmark, el cual goza de reconocimiento científico y jurisprudencial. Tampoco se evidencia un encuadramiento adecuado en la tabla de alcoholemia instituida por la Ley número 27753, del nueve de junio de dos mil dos. Por ello, en virtud del principio legalidad, concierne dilucidar si, al encontrarse en una posible escala de ebriedad absoluta, era aplicable o no el artículo 21 del Código Penal y si correspondía aminorar prudencialmente la pena. (Casación N° 2039-2019-Ancash, 2021, F.J. 1)

En relación a los fundamentos de la presente ejecutoria, los más resaltantes son, en primer lugar el fundamento tercero, que señala:

Si durante la perpetración de un delito se comprueba que el agente actuó bajo los efectos del alcohol, será preciso inquirir, con base en prueba pericial y otras circunstancias periféricas, si padeció una aflicción grave o moderada de la consciencia u otra consecuencia psíquica. (Casación N° 2039-2019-Ancash, 2021, F.J. 3)

No basta el consumo de bebidas alcohólicas para que se entienda siempre disminuida la imputabilidad y la responsabilidad penal del sujeto. Cuando se trata de la ingesta de alcohol, es necesario determinar no solo los líquidos ingeridos o al menos la existencia del consumo junto con datos que permitan su valoración, sino, además, es relevante establecer los efectos que ha causado en su capacidad para entender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión.



La eximente incompleta de embriaguez está reservada para aquellos casos de perturbaciones profundas de las facultades, que no llegan a su anulación total, pero dificultan de forma importante el entendimiento de la ilicitud del hecho cometido bajo sus efectos o su actuación. En estos supuestos, aunque no desaparece la capacidad de culpabilidad, se aprecia una seria disminución de la misma. (Casación N° 2039-2019-Ancash, 2021, F.J. 3)

Asimismo, citando el Libro de Medicina forense y criminalística del autor Angulo (2004), señala en el fundamento sexto que:

La embriaguez se refiere a un estado de alteración orgánica y psíquica ocasionado por alcohol etílico y sicotrópicos. En estos casos, es aconsejable anotar la hora en que ocurrieron los hechos y el momento en que se efectúa el examen físico. Como se sabe, el organismo elimina activamente el alcohol, por lo que el tiempo transcurrido es indispensable para interpretar los resultados del dictamen correspondiente. (Casación N° 2039-2019-Ancash, 2021, F.J. 6)

Por lo que, reiterando una vez más la validez del Método Widmark, señala que la eliminación del alcohol en el cuerpo fue estudiada por el químico sueco Erik Widmark, que desarrolló un método para determinar la concentración de alcohol en la sangre, concluyendo que su desaparición se da a un ritmo de 0,15 g/l por hora (Casación N° 2039-2019-Ancash, 2021, F.J. 6).

Así, en este caso, “los hechos se perpetraron el dieciséis de octubre de dos mil dieciséis, aproximadamente a las 15:00 horas. Ese mismo día, a las 22:40 horas, se recibió la muestra de orina” (Casación N° 2039-2019-Ancash, 2021, F.J. 7). Por lo que, entre la hora de los hechos y de la toma de muestra pasaron siete horas y cuarenta minutos.



Por ello, en sede casatoria, el método Widmark permitió establecer que, durante la perpetración del ilícito, presentaba 1.64 g/l. Por lo tanto, conforme a la Tabla de Alcholemlia, regulada en la ley número 27753, del nueve de agosto de dos mil dos, se encontraba en el tercer periodo de ebriedad absoluta. (Casación N° 2039-2019-Ancash, 2021, F.J. 9)

A partir de ello, la Sala Penal Suprema, estimo que la inaplicación del artículo 21 del código penal fue incorrecta y casaron la sentencia de vista.

Resultan importantes los aportes que se plasman en la presente ejecutoria, sobre todo por delitos con la Libertad Sexual, donde se evidencia que es plausible el análisis del Estado de ebriedad, inclusive se reconoce al método Widmark como un método científico y de gran utilidad para coadyuvar en la determinación de la responsabilidad penal; así mismo, la precisión que hace al requerirse de prueba pericial y otras circunstancias periféricas para determinar si la aflicción de la conciencia fue grave o moderada, es adecuada; lo que determina la exención de responsabilidad no es la ingesta de bebidas alcohol sino los efectos que causa en la conciencia del agente.

c. Casación N° 2064-2019 Huancavelica

En este caso el recurso de casación, fue interpuesto por el encausado contra la sentencia de vista, de fecha veintitrés de setiembre de dos mil diecinueve, que confirmando la sentencia de primera instancia, lo condenó como autor del delito de violación sexual de menor de edad a cadena perpetua (Casación N° 2064-2019-Huancavelica, 2021).

Sobre los hechos, se tiene probado que:



El día ocho de agosto de dos mil dieciocho, a las diecinueve horas aproximadamente, la madre de la menor agraviada de ocho años de edad, le ordenó a su hija que compre pollo. Es así que la indicada menor salió sola de su domicilio con dirección al Mercado. En dicho lugar la menor se puso a arreglar su carro de juguete, cuando se percató que un adulto, el imputado la estaba siguiendo, quien la alcanzó, le tapó la boca y la hizo ingresar, mediante el uso de la fuerza, al interior del Parque Infantil, en específico al baño antiguo que está en el rincón, sin iluminación y desolado. Allí, contra la voluntad de la niña y aprovechando la superioridad física, le sacó el buzo, su ropa interior y le hizo sufrir el acto sexual vaginal, anal y bucal, incluso amarró las manos de la menor agraviada con una soga y la amenazó con matarla si seguía gritando. Sin embargo, en esos momentos apareció la madre de la víctima y el imputado al verse descubierto se dio a la fuga, saltando el muro perimétrico del Parque Infantil con dirección al Hospital de Lircay. El imputado fue perseguido por la progenitora de la víctima y una testigo, pero se logró perder por las inmediaciones de la vía evitamiento. Empero, con el apoyo de la policía y en presencia de la madre de la agraviada fue ubicado y capturado en el interior de la vivienda, ubicada en el barrio de Virgen del Carmen del distrito de Lircay, provincia de Angaraes, departamento de Huancavelica. El nueve de agosto de dos mil dieciocho (al día siguiente de los hechos) se realizó una inspección fiscal en el lugar de los hechos, en el interior del parque infantil del barrio de Bellavista, donde se encontró la prenda íntima de la menor agraviada con manchas de sangre. (Casación N° 2064-2019-Huancavelica, 2021, pp. 2-3)

La defensa argumento principalmente que no se la reducción de pena del artículo 21 del Código Penal, pues al momento de los hechos tenía 1.61 g/l de alcohol en sangre, ebriedad absoluta (Casación N° 2064-2019-Huancavelica, 2021, F.J. 5).



Ahora bien, el Colegiado Supremo, precisa un fundamento trascendental de la Sala Superior, por la cual no se habría aplicado el artículo 21 del Código Penal, señalando que:

El imputado por las inferencias de la testigo y la madre que lo persiguieron dos cuadras cuando fugaba, lo referido por la víctima que refiere como reiteradamente la amenaza, la violenta previamente haberla amarrado e incluso le lame la vagina; como también por lo inferido por el propio imputado al reconocer el ocultamiento de las prendas que usó al cometer el delito denota que éste comprendía lo ilícito del acto y no padecía grave alteración de la conciencia ni tampoco trastorno mental tan profuso que afecte gravemente sus facultades cognitivas. (Casación N° 2064-2019-Huancavelica, 2021, F.J. 3)

Para más adelante citar aspectos importantes fijados por la doctrina nacional, citando en principio a los autores Hurtado y Prado (2011), señalando que:

En el caso de embriaguez, debe analizarse si ésta tuvo una impronta determinante en la conciencia del agente. Se parte, en estos supuestos, de la idea de que el ser humano está dotado de un cierto poder de reflexión, o sea que obra sabiendo lo que hace; capacidad que puede ser perturbada por circunstancias particulares, de origen no patológico –se exime la grave alteración de la conciencia no la ausencia total de conciencia, de suerte que lo que se exige es que los trastornos deben ser profundos–. (Casación N° 2064-2019-Huancavelica, 2021, F.J. 4)

Se trata de casos en los que el autor actúa sin una correspondencia subjetiva respecto de lo que sucede en la realidad; se produce una disociación entre la realidad y la comprensión interna del sujeto, e importa una reducción sustancial del grado de



conciencia que afecta el contacto adecuado con el mundo exterior. (García, 2019, citado por la Casación N° 2064-2019-Huancavelica, 2021, F.J. 4)

Tal estado pasajero puede deberse a la ingesta de alcohol –que no, desde luego, un alcoholismo crónico que puede generar una locura alcohólica en sus fases avanzadas-, pero lo esencial no es que el sujeto esté ebrio en el momento del hecho, sino que el alcohol condujo al agente a un estado de grave alteración de la conciencia. (Villavicencio, 2006, citado por la Casación N° 2064-2019-Huancavelica, 2021, F.J. 4)

Por lo que, frente a ello el Colegiado Supremo, concluye que:

En cuanto a la embriaguez, la posibilidad de exención o atenuación dependen de la intensidad de los efectos sobre el psiquismo del sujeto, de forma que, constatada la existencia de una embriaguez, la calificación de eximente [artículo 20, numeral 1, del Código Penal], atenuante [artículo 21 del Código Penal] o sin efecto en la imputabilidad dependerá, respectivamente, de la reducción total o parcial o la no afectación sobre las facultades psíquicas del sujeto. Como regla la ingesta de alcohol dificulta la valoración del entorno y disminuye las facultades de control de la conducta; afecta, por lo tanto, a la capacidad de conocer y a la capacidad de adecuar la conducta a ese conocimiento, para lo cual se debe advertir la cantidad de alcohol ingerido y las circunstancias del caso concreto –a lo efectivamente realizado por el sujeto–. (Casación N° 2064-2019-Huancavelica, 2021, F.J. 5)

Así, aplicando la Tabla de Alcholemla advierte que el encausado se encontraba en el tercer periodo, esto es, ebriedad absoluta; considerándolo como un caso de intoxicación aguda. Señalando, por otro lado, respecto del cuarto periodo, que “es, definitivamente, un supuesto de eximencia plena de responsabilidad, pues sí se produce una grave alteración de la conciencia,



aunque según se progresa en los niveles de alcoholemia puede imposibilitar al sujeto toda acción motora racional y comprensible” (Casación N° 2064-2019-Huancavelica, 2021, F.J. 5).

En el caso de autos, por su nivel de alcoholemia, el imputado presentó una notoria excitación y agresividad y, relativamente, una pérdida de control, no exorbitante, en la lógica comisiva delictiva. En esta línea, no puede juzgarse aisladamente el hecho, sin referirse a ese nivel de alcoholemia, en orden a lo que hizo el sujeto y a su huida –a las circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores al hecho punible–. Precisamente por su embriaguez es que se explica gran parte de la conducta delictiva del encausado, aunque desde luego no se disculpa y, por el contrario, se le reprocha jurídico penalmente, pues no se está ante un eximente pleno de responsabilidad penal, sino ante un eximente imperfecto que solo genera una disminución de punibilidad en los marcos del artículo 21 del Código Penal –sus facultades cognitivas o volitivas no se encuentran total y plenamente anuladas–. (Casación N° 2064-2019-Huancavelica, 2021, F.J. 6)

Por lo que, aplicando la reducción de pena del artículo 21 del Código Penal, por la aflicción de la conciencia generada por la ingesta de bebidas alcohólicas, casaron la sentencia de vista imponiéndole treinta y cinco años de pena privativa de libertad.

Resulta importante esta ejecutoria puesto que, los hechos que fueron materia de acusación datan del 08 de agosto del 2018, esto es, después de pocos días de la entrada en vigencia de la Ley 30838 que agrava la conducta de violación sexual cuando el agente presenta alcohol en la sangre en proporción mayor a 0.5 g/l. Sin embargo, si bien la agravante no es de aplicación para el tipo penal materia de esta ejecutoria, hubiéramos considerado pertinente algún pronunciamiento respecto a la agravación por la ingesta de bebidas alcohólicas. Asimismo, compartimos el pronunciamiento que hiciera la Sala Superior para desestimar la



aplicación de la eximente imperfecta, ello por los motivos que evidencia al advertir que el encausado no vio afectada su conciencia, existe ciertos medios periféricos que denotan que el encausado conservo su capacidad de comprensión de la ilicitud y que pudo autodeterminarse según dicha comprensión, por tanto no debió reducirse la pena. Si bien la Sala Suprema advierte que no solo se tomó en consideración el nivel de alcohol que presentaba el encausado, sino que también se tomó en cuenta las circunstancias anteriores y posteriores de la conducta, citando la sentencia casatoria N° 460-2019-Huánuco; consideramos que su análisis no fue suficiente, puesto que en la citada sentencia casatoria, contrario a lo desarrollado por la ejecutoria que comentamos, si se hace un examen exhaustivo de la conducta del sentenciado.

d. Casación N° 229-2020 Junín

Se trata del recurso de Casación, emitido por la Sala Penal Permanente en fecha 26 de noviembre de 2021, que fuera interpuesto por la Fiscalía Superior de Turno de Tarma contra la sentencia de vista, emitida por la Sala Superior Mixta Descentralizada de Tarma de la Corte Superior de Justicia de Junín, en el extremo que se revocó la pena de cadena perpetua impuesta en la Sentencia de primera instancia y reformándola impuso treinta años de pena privativa de libertad al encausado como autor del delito contra la Libertad Sexual – violación sexual de menor de edad (Casación N° 229-2020-Junin, 2021).

Del fundamento noveno del Recurso de Casación N° 229-2020-Junin (2021), se tiene que los hechos se circunscriben en que: El investigado, desde hace aproximadamente un año a la fecha de la denuncia, vivía como inquilino en la vivienda ubicada en jirón Santa Isabel S/N, segundo piso, habitación cuatro, Tarma (departamento de Junín); donde también alquilaba la habitación cinco Daniel Edward Auris Aroni, quien vive en esa habitación en compañía de sus dos menores hijas, la agraviada de 03 años de edad y la menor de 01 año de edad. Siendo



aproximadamente a las 18:30 horas del uno de julio de dos mil diecisiete, la menor de 03 años de edad, que se encontraba en el interior de la habitación cinco de la referida vivienda, durmiendo en compañía de su padre y su hermana menor, despertó y le dijo a su padre que iría al baño, como este le respondió que vaya, la menor se levantó y salió de la habitación rumbo al baño ubicado entre las habitaciones cuatro y cinco. Es en esas circunstancias, que apareció el investigado, quien se aprovechó de que la menor se encontraba sola, llevándola hasta su habitación, la subió a su cama, le levantó el pantalón que llevaba puesto y le realizó actos contra natura, causándole una lesión anal. Posteriormente, aproximadamente a las 18:40 horas del mismo día, el padre de la menor agraviada, despertó sobresaltado al escuchar el llanto de su menor hija, quien entre sollozos le refirió que sentía dolor en el ano y le pidió que le comprara un jarabe, entonces el padre de la menor agraviada procedió a revisarla y advirtió que el ano de su menor hija presentaba una herida, como un corte sangrante; por lo que le preguntó a la menor dónde y cómo se había hecho la herida, la menor le dijo que se la había hecho su vecino en su cama, luego lo tomó de la mano y lo guio hasta la habitación cuatro, donde se encontraba durmiendo el investigado en aparente estado de ebriedad.

Ahora bien, los fundamentos más importantes y resaltantes con relaciona nuestra investigación los encontramos a partir del fundamento jurídico decimotercero, donde se señala, lo que debe entenderse por grave alteración de la conciencia, señalando que:

Se caracteriza por su transitoriedad, esto es, el estado de incapacidad para reflexionar y relacionarse con el mundo circundante se debe a un factor exógeno que incide en la disminución de esa capacidad reflexiva; desaparecido dicho factor distorsionante desaparece la alteración cognitiva. (Casación N° 229-2020-Junin, 2021, F.J. 13)



En ese sentido, citando lo señalado por la Casación N° 460-2019-Huanuco (2020), señala que:

La diferencia entre la grave alteración en la percepción y la grave alteración de la conciencia radica en que esta última no tiene un origen patológico y su presencia se debe a factores volátiles que decaen con el transcurrir del tiempo (estado de embriaguez o profunda fatiga, entre otros), volviendo a su estado normal luego de que este cese. En la grave alteración en la percepción, la afección es permanente y forma parte del sujeto que la padece. (Casación N° 229-2020-Junin, 2021, F.J. 13)

Señalando que en concreto, respecto de la presencia de los efectos del alcohol en el sujeto activo que:

Si durante la perpetración de un delito se comprueba que el agente actuó bajo los efectos del alcohol, será preciso inquirir, con base en prueba pericial y otras circunstancias periféricas, si padeció una afección grave o moderada de la conciencia u otra consecuencia psíquica. (Casación N° 229-2020-Junin, 2021, F.J. 13)

No basta con el consumo de bebidas alcohólicas para que se entienda siempre disminuida la imputabilidad y la responsabilidad penal del sujeto. Cuando se trata de la ingesta de alcohol, es necesario determinar no solo los líquidos ingeridos o al menos la existencia del consumo junto con datos que permitan su valoración, sino, además, es relevante establecer los efectos que ha causado en su capacidad para entender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión. (Casación N° 229-2020-Junin, 2021, F.J. 13.1)



La eximente incompleta de embriaguez está reservada para aquellos casos de perturbaciones profundas de las facultades, que no llegan a su anulación total, pero dificultan de forma importante el entendimiento de la ilicitud del hecho cometido bajo sus efectos o su actuación. En estos supuestos, aunque no desaparece la capacidad de culpabilidad, se aprecia una seria disminución de la misma. (Casación N° 229-2020-Junin, 2021, F.J. 13.2)

Asimismo, la Sala Penal Permanente, reconoce que en reiteradas jurisprudencias ha dejado sentada la validez del método Widmark, como método para determinar el nivel de alcohol en la sangre de un agente o sujeto activo en el momento que cometió el hecho punible. (Casación N° 229-2020-Junin, 2021, F.J. 13.3)

Ahora bien, analizando el caso en concreto, el Colegiado Supremo, citando el Libro de Medicina forense y criminalística del autor Angulo (2004), señala en el fundamento decimoquinto que:

La embriaguez se refiere a un estado de alteración orgánica y psíquica ocasionado por alcohol etílico y sicotrópicos. En estos casos, es aconsejable anotar la hora en que ocurrieron los hechos y el momento en que se efectúa el examen físico. Como se sabe, el organismo elimina activamente el alcohol, por lo que el tiempo transcurrido es indispensable para interpretar los resultados del dictamen correspondiente. (Casación N° 229-2020-Junin, 2021, F.J. 15)

Por lo que a partir del análisis sobre el Estado de Ebriedad y el método Widmark, para determinar el grado de alcoholemia en el agente, tomo en consideración: el Informe pericial de Dosaje Etílico, que dio como resultado 0.32 g/l; el Acta de Intervención, para determinar la hora del ataque sexual y el Oficio número 1079, que consigna la hora de recojo de la muestra



de sangre del procesado. Señalando el Colegiado supremo que estas documentales “poseen la característica de literosuficiencia, pues, sin necesidad de recurrir a una inferencia probatoria compleja, resultan por sí mismos aptos” (Casación N° 229-2020-Junin, 2021, F.J. 16).

Así, luego del análisis y operación matemática efectuada por el Colegiado Supremo, se determinó, conforme consta del fundamento jurídico decimoséptimo, el grado de alcohol en la sangre del procesado al momento del hecho ilícito, resultado que arrojó 0.77 g/l, esto es en el segundo periodo de 0.5 a 1.5 g/l: ebriedad (Casación N° 229-2020-Junin, 2021, F.J. 17).

Para la Sala Penal Suprema, la aplicación del artículo 21 del Código Penal fue jurídicamente correcta, pues no solo se evidencio la responsabilidad por la comisión del delito de violación sexual sino que también se demostró que el agente estuvo en estado de ebriedad (Casación N° 229-2020-Junin, 2021, F.J. 18).

Por ello, en sede casatoria, el método Widmark permitió establecer que, durante la perpetración del ilícito, presentaba 0,77 g/l. Por lo tanto, pese a que era una cantidad menor que el cálculo establecido por el Colegiado Superior, conforme a la Tabla de alcoholemia, regulada en la Ley número 27753, del nueve de junio de dos mil dos, igualmente se encuentra dentro del segundo periodo de ebriedad. (Casación N° 229-2020-Junin, 2021, F.J. 18)

Concluyéndose en la presente ejecutoria que, “la aplicación de la eximente imperfecta de alcoholismo, como circunstancia con incidencia para la disminución punitiva de la pena abstracta, se encuentra justificada” (Casación N° 229-2020-Junin, 2021, F.J. 19).

Finalmente, a manera de comentario, debemos de advertir que este pronunciamiento no guarda relación con lo manifestado por las anteriores, v.g. con el Recurso de Nulidad N° 840-



2018 Lima, en la que se da a entender que la atenuación por grave alteración de la conciencia surge a partir del tercer periodo y no del segundo periodo, ebriedad. Asimismo, en la presente ejecutoria no se ha valorado todo el contexto en que se habrían perpetrado los hechos, sea porque no hubo una debida actuación probatoria en primera y segunda instancia o porque simplemente la Sala Suprema no se analizó; para efectos de aplicar una eximente imperfecta, es necesario un análisis más riguroso. Finalmente, debemos de manifestar nuestro rechazo al argumento de la Sala Superior que, como se evidencia en el fundamento decimocuarto de esta ejecutoria, señala:

Si bien, tal grado de alcoholemia no le generaba una incapacidad en su aspecto cognitivo, ni tampoco una pérdida de conciencia como para eximirlo de su responsabilidad, por cuanto sí mantenía cierta lucidez, no obstante a ello, tal situación debería tenerse en consideración como una circunstancia atenuante. (Casación N° 229-2020-Junin, 2021, F.J. 14)

Aspecto que no se ajusta con una adecuada valoración de los hechos y circunstancias objetivas del caso, pues se advierte que en el agente hubo lucidez y que el nivel de afectación para comprender lo ilícito de su actuar no fue de tal profundidad que le hiciera imposible poder autodeterminarse según esa comprensión, por ende era consciente de su actuar, y de corroborarse ello con otras pruebas periféricas de carácter objetivo, inclusive debiera agravarse su conducta.

e. Casación N° 581-2020 Lambayeque

Se trata del recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia de vista emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lambayeque, que confirmó la sentencia de primera instancia que absolvió al



encausado de la acusación fiscal por el delito contra la libertad sexual en su forma de violencia sexual de persona en incapacidad de resistir (Casación N° 581-2020-Lambayeque, 2022).

Respecto de la imputación fáctica, se tiene que:

El diecisiete de octubre de dos mil diecisiete, a las 12:00 horas, Ángel Virgilio Castañeda, Renato Campos Zúñiga y Raúl Flores Alvites se dirigieron al departamento de este último, ubicado en la calle Jordán 171, cuarto piso, urbanización Miraflores, Chiclayo, para armar un centro de entretenimiento. En el trayecto compraron una botella de pisco y alrededor de las 13:00 horas Flores Alvites llamó a su amiga, la agraviada, para que llevara un vaso al departamento.

La agraviada llegó a los quince minutos en compañía de una de sus amigas, llevando el vaso y, habiendo tomado yogur, empezaron a tomar el pisco. Cuando se acabó el licor, compraron una botella de pisco más y, al término de esta, otra más. La agraviada tomó un promedio de cinco vasos de pisco, mientras que el imputado no aceptó tomar nada, conforme a las testimoniales de sus dos amigas.

La agraviada se embriagó, lo que le produjo náuseas y vómitos, por lo que se dirigió al baño del cuarto de Flores Alvites, ubicado en el cuarto piso. Allí llamó a su madre para decirle que demoraría y se echó en la cama a descansar. Se quedó dormida y despertó entre las 3:00 y las 3:30 horas, y vio que el imputado estaba sin ropa sobre ella, quien también estaba desnuda. Sentía que todo se le nublaba y continuaba mareada. El imputado otra vez quiso mantener relaciones sexuales cuando aquella se dirigió a los servicios higiénicos a vomitar, pero la agraviada no accedió. Se lavó y vistió; luego, bajó al primer piso y empezó a llamar a una de sus amigas. Como no bajaba, llamó por teléfono a su amigo Fabricio Adrián Saavedra Ruidías, a quien le conto que su amiga



estaba dentro. Posteriormente, este llegó y al estar juntos en el camino vieron una patrulla, por lo que dieron aviso del abuso sexual del que había sido víctima e interpusieron la denuncia correspondiente. (Casación N° 581-2020-Lambayeque, 2022, p. 3)

El fundamento principal de esta ejecutoria suprema, surge del fundamento jurídico 1.9, donde el Colegiado Supremo advierte que si bien i) en la sentencia de primera instancia se absuelve al patrocinado por no alcanzar el valor de alcoholemia en la pericia de dosaje etílico y ii) en la sentencia de vista, la sala superior opino no aplicar el método Widmark por considerar que existen otros requisitos objetivos adicionales con los que no se satisface la incapacidad; no es posible dejar de aplicar el referido método Widmark, que ha sido “reiterada, pacífica y uniformemente utilizado por los órganos periciales y de criminalística, que la Corte Suprema ha validado en reiteradas ejecutorias por su carácter científico y eficacia en dicha determinación” (Casación N° 581-2020-Lambayeque, 2022, F.J. 1.10), al mismo tiempo que es el único método para obtener una aproximación en la verificación de los signos o síntomas que se hayan producido en el organismo de la agraviada que servirán para determinar su incapacidad de resistir.

Por estos fundamentos, y demás que no son pertinentes desarrollarlos para fines del presente trabajo, declararon fundado el recurso de casación y casando la sentencia de vista, declararon nula la sentencia de primera instancia, ordenando la celebración de un nuevo juicio oral.

Debemos de resaltar en esta ejecutoria, que si bien el fundamento de la Sala Superior fue correcto, no debe descartarse la aplicación un método válidamente reconocido por la jurisprudencia nacional. Consideramos adecuado que adicional al examen retrospectivo del



nivel de alcohol en la sangre de la víctima, es pertinente verificar otras circunstancias y medios de prueba que coadyuven a establecer el nivel de incapacidad de la víctima. Asimismo, el mensaje de esta jurisprudencia es claro en el sentido de que el método Widmark, deviene en muy útil y pertinente; por lo que, siendo que en instancias inferiores, se ha visto que se ignora la aplicación de dicho método, en aras de buscar una sentencia ajustada a derecho debemos buscar siempre su aplicación.

f. Recurso de Nulidad N° 598-2022 Lima Sur

El recurso de nulidad fue interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, mediante la cual se condenó al encausado como autor del delito de violación sexual de menor de edad y se le impuso veinticinco años de pena privativa de libertad (Recurso de Nulidad N° 598-2022-Lima Sur, 2023).

El supuesto factico plasmado en la acusación señala que:

El 28 de enero de 2020, aproximadamente a las 18:40 horas, cuando la menor de 13 años de edad salía con el procesado de la tienda en donde este expende carne por ser trabajador de la tía de la agraviada, con destino a su vivienda ubicada en la avenida Belisario Suarez del distrito de San Juan de Miraflores, provincia y departamento de Lima, este le dijo que primero pasarían por su cuarto para avisarle a su cuñado que iba a llegar tarde. Al llegar, la hizo entrar con engaños. En el interior la habría empujado hacia la cama y abusado de ella sexualmente, bajo la amenaza de que si no se dejaba o le contaba a alguien iba a matar a su hermana, porque tenía un hermano que era sicario. La menor le contó a su hermana lo sucedido y esta, a su vez, a su tía, quien interpuso la denuncia en la comisaría. (Recurso de Nulidad N° 598-2022-Lima Sur, 2023, p. 2)



Ahora bien, respecto a los fundamentos que contribuyen a un adecuado manejo conceptual de la materia que es objeto de estudio, tenemos la precisión respecto de las cuales de disminución de punibilidad, señalando que:

(...) las causales de disminución de punibilidad, no son circunstancias atenuantes - menos aún privilegiadas; si bien las llamadas “atenuantes privilegiadas” tienen un soporte legal en el inciso 3, del artículo 45-A, del CP, no se ha identificado normativamente cuáles serían esas circunstancias-, en tanto ellas no están fuera del delito, sino que se construyen dentro de él como parte de su estructura, de su grado de realización, o desde los niveles de intervención de los autores o partícipes. Entonces, la característica esencial de las causales de disminución de punibilidad es que no son externas al delito, como sí lo son las circunstancias atenuantes (conocidos también como elementos accidentales del delito, que atenúan la punibilidad). Por esa razón, el legislador alude con frecuencia a que su efecto es “disminuir prudencialmente la pena” y no “atenuarla”. (Recurso de Nulidad N° 598-2022-Lima Sur, 2023, F.J. 6.6)

Por lo que, el Colegiado Supremo, estableció como línea jurisprudencial que solo son causales de disminución de punibilidad la tentativa, las eximentes imperfectas, el error de prohibición vencible y la complicidad secundaria; casos en los que siempre el cálculo punibilidad opera por debajo del mínimo legal (Recurso de Nulidad N° 598-2022-Lima Sur, 2023, F.J. 6.7).

Y citando a Prado Saldarriaga (2018) concluye que, estos casos de disminución, “se justifican según el tipo de causal, por los principios de lesividad (para la tentativa y complicidad secundaria) y culpabilidad (para el error de prohibición vencible e imputabilidad disminuida)” (Recurso de Nulidad N° 598-2022-Lima Sur, 2023, F.J. 6.7).



Por la presente ejecutoria, en concreto se analiza si la disminución punitiva por la concurrencia de la eximente de alteración de la conciencia y la capacidad de percepción, fue adecuada. Reducción que fue calculada a 25 años de pena privativa de libertad, por una disminución de 10 años por debajo del mínimo legal, ello por encontrarse el encausado bajo el estado de ebriedad.

Para ello, se cita la fundamentación del Colegiado Superior, que concluyo lo siguiente:

(...) en el momento de la perpetración de los hechos, el acusado se encontraba bajo la ingesta de bebidas alcohólicas. En ese sentido, no obstante, a que no existe un certificado de dosaje etílico practicado, sin embargo, de la apreciación de los actuados, de cara a la dosificación de la pena, el Tribunal encuentra sólidas razones para asumir que el acusado, cuando perpetró los hechos, tenía una disminución de la capacidad de conciencia y percepción del mundo exterior. Ello lo apreciamos de la versión de la menor agraviada en la entrevista en cámara Gesell, que ha referido que el acusado ese día había estado bebiendo latas de cerveza, indicó la menor: "Compró más de esas latas, de Cristal", y que en el trayecto, mientras conducía el vehículo, se encontraba tomando (foja 38); siendo que esta circunstancia de haber estado el acusado tomando latas de cerveza, guarda correspondencia con lo referido por la testigo Dionisia Allccarima Janampa, quien ha indicado que cuando fueron con la policía al cuarto del acusado, luego de denunciar el hecho (al día siguiente de los hechos) había en el cuarto latas de cerveza y cigarro; lo que también refirió en su declaración preliminar la testigo (foja 16). (Recurso de Nulidad N° 598-2022-Lima Sur, 2023, F.J. 7.3)

Así como lo plasmado en la Casación N° 2039-2019-Anchas, que advierte:



En primer lugar, **no basta el consumo de bebidas alcohólicas para que se entienda siempre disminuida la imputabilidad y la responsabilidad penal del sujeto.** Cuando se trata de la ingesta de alcohol, es necesario determinar no solo los líquidos ingeridos o al menos la existencia del consumo junto con datos que permitan su valoración sino, además, **es relevante establecer los efectos que ha causado en su capacidad para entender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión.** En segundo lugar, la eximente incompleta de embriaguez está reservada para aquellos casos de perturbaciones profundas de las facultades, **que no llegan a su anulación total,** pero dificultan de forma importante el entendimiento de la ilicitud **del hecho cometido bajo sus efectos o su actuación.** En estos supuestos, **aunque no desaparece la capacidad de culpabilidad, se aprecia una seria disminución de la misma.** (Recurso de Nulidad N° 598-2022-Lima Sur, 2023, F.J. 7.5)

Por lo que, en base a estos fundamentos el Colegiado Supremo, considera que en el agente hubo una afectación en la capacidad del agente, vale decir, una disminución de sus capacidades, que no puede entenderse como un supuesto de inimputabilidad, considerando que:

Cabe una disminución prudencial mínima, equiparable al escaso consumo de alcohol, pues una o dos latas de cerveza no podrían haber producido un estado mayormente trascendente de inecuanidad; sin embargo, pudo haber liberado impulsos antes sometidos, por ello la dosificación punitiva se regulará en esos estrictos términos. (Recurso de Nulidad N° 598-2022-Lima Sur, 2023, F.J. 7.7)

En relación a esta ultimo fundamento, consideramos que el Colegiado Supremo, no ha hecho una fundamentación correcta en la aplicación de la eximente incompleta; pues el beneficio en de reducción de pena, implica que en el agente se haya advertido que su capacidad



de conciencia se haya visto afectada, aspecto que no se advierte. De igual forma, consideramos que debió apreciarse el caudal probatorio existente, puesto que no podría descartarse un supuesto de *actio libera in causa*, ya que dicha persona preparó el ambiente para cometer la conducta ilícita, v.g. comprando bebidas para dirigirla a su inmueble, asimismo, al momento de los hechos ya se encontraba vigente la agravante pero no le era aplicable por que el delito se tipifico como Delito de Violación de menor de edad, no le alcanza la agravante.

g. Casación N° 1520-2021 Ica

El presente recurso de Casación, fue interpuesto por el encausado contra la sentencia de vista, emitido por la Segunda Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Ica, que confirmó la sentencia de primera instancia, que lo condenó a veintiún años de pena privativa de libertad como autor del delito contra la libertad sexual – violación sexual. (Casación N° 1520-2021-Ica, 2023)

Como motivo casacional, se admitió el recurso para analizar el inciso 13 del artículo 170 frente al artículo 21 del código penal.

La defensa del encausado, fundamento sus agravios principalmente en que no se interpretó ni analizo adecuadamente la grave alteración de la conciencia que presentaba su patrocinado producto del estado de embriaguez.

Así, en el presente recurso de Casación N° 1520-2021-Ica (2023), se fijó como hechos:

Que las agraviadas Rosmery Fiorella Mundini e I.B.P.M. de 19 años de edad son primas, y que el día 29 de agosto de 2018, a horas 18:00 aproximadamente llegaron hasta el distrito de



Parcona, invitadas por el imputado, expareja de Rosmery Fiorella Mundini, a fin de apoyar a un candidato político, dirigiéndose ambas hasta la plazuela del distrito.

Como circunstancias concomitantes, se tiene que las agraviadas, ya en la plazuela, se encontraron con tres personas más (varones). Transcurrido dos horas aproximadamente, por indicación del imputado ambas que fueron hasta el local del partido, donde había cuatro personas, quienes se retiraron a los pocos minutos, quedándose solas con el imputado, quien sacó una botella de pisco y los tres empezaron a tomar. Tras lo cual, luego de dos horas de haber ingerido dos botellas de pisco, los tres se encontraban en estado de ebriedad.

Luego, cuando las agraviadas le indicaron al encausado que se iban a retirar, y la agraviada Rosmery Fiorella Mundini se dirigía a la puerta principal, en circunstancias que la agraviada I.B.P.M. se disponía a acercarse a la puerta donde estaba su prima, es alcanzado por el imputado, quien premunido de un cuchillo se lo puso en el pecho con el fin de que no salieran del lugar. Siendo que la agraviada, Mundini Cahua le pide que soltara el cuchillo, apuntándola también a la altura del estómago diciéndole que no saliera y que no hiciera bulla. Ante ello, se dirigió al callejón de la vivienda, pero es golpeada en la cabeza por una silla que le arrojó el imputado, ocasionando que esta se desmayara, para luego coger de los cabellos a la agraviada de iniciales I.B.P.M. llevándola a jalones hasta el dormitorio que él ocupaba.

En el dormitorio, el imputado la empujó a la cama le dio de bofetadas y forcejearon ambos, logrando bajarle el pantalón y la trusa, llegando a penetrarle su pene en la vagina, abusando sexualmente de la agraviada, ello ante los gritos de negación de esta.

En esas circunstancias, Rosmery Fiorella Mundini reaccionó y al escuchar los gritos de su prima, se dirigió hasta el dormitorio, apreciando que el imputado la estaba violando, por lo que a fin de que la soltara, empujó al imputado, quien al verla la empezó a agredir físicamente,



para luego botarla de la casa, sacando a las dos agraviadas hasta la sala, abriendo la puerta de la calle y sacando a la perjudicada Mundini Cahua, diciéndole “lárgate que yo me voy a quedar con tu prima”, lo que es aprovechado por la agraviada I.B.P.M. quien salió corriendo con dirección a una plazuela cercana, pidiendo ayuda a una joven quien dio aviso a la policía. Practicado el reconocimiento médico legal a la agraviada I.B.P.M, se concluyó que presentaba signos de desfloración antigua más lesión reciente, así como lesiones genitales y extragenitales de naturaleza reciente ocasionadas por agente contundente duro de borde romo y objeto con punta. Asimismo, a su examen psicológico presentó reacción ansiosa concurrente a estresor de tipo sexual.

Ahora bien, como fundamentos más relevantes en esta ejecutoria los encontramos en los fundamentos de derecho, siendo estos:

En el fundamento octavo al noveno se realiza un breve recuento legal sobre la modificatoria del delito de violación sexual y como antes de la promulgación de Ley 30838, la ingesta de bebidas alcohólicas era considerada una eximente de responsabilidad penal, circunstancia que ahora no es así.

Así, conforme señala en el fundamento decimo, el Colegiado Supremo entiende que dicha circunstancia se sustenta en la necesidad de “otorgar más protección al estado de vulnerabilidad de la víctima, quien se encuentra expuesto o expuesta a sucesos que atentan contra su indemnidad sexual” (Casación N° 1520-2021-Ica, 2023, F.J. 10).

Ahora bien, respecto de la ingesta de bebidas alcohólicas señala:

La ingesta de alcohol tiene incidencia en la alteración de la conciencia, debido a que sus efectos atentan contra la conducta de la persona que lo consume; sin embargo, para que



dicha ingesta constituya una eximente de responsabilidad, el grado de consumo de alcohol debe haber afectado de manera suficiente la conciencia del sujeto, cuya probanza no se establece únicamente con el examen pericial toxicológico respectivo; sino, además, con la evaluación de las circunstancias concretas del caso y de las condiciones personales del agente al momento de los hechos que determinen que en esa coyuntura no era capaz de comprender su acto lesivo. (Casación N° 1520-2021-Ica, 2023, F.J. 11)

Asimismo, señala que mediante Ley 27753, se estableció una Tabla de alcoholemia para enmarcar en nivel de alcohol que presenta una persona, pero que sin embargo, conforme su artículo 4 dichos valores son referenciales, esto es, que “no son determinantes ni conclusivos, por lo que deben ser tomados en cuenta de acuerdo con las circunstancias y lo acontecido en cada caso concreto” (Casación N° 1520-2021-Ica, 2023, F.J. 13).

Conforme advierte el Colegiado Supremo, en sus fundamentos decimoquinto y decimosexto, si bien el encausado se encontraba –según el dictamen pericial toxicológico- en el cuarto periodo, con grave alteración de la conciencia; sin embargo, no se presentó en el encausado ninguno de los síntomas característicos de este periodo: Estupor, coma, apatía, falta de respuesta a los estímulos, marcada descoordinación muscular, relajación de los esfínteres. Todo ello es advertido por el relato detallado que hace el propio encausado de la forma y circunstancias en la comisión del ilícito, narrando aspectos tan precisos y particulares inclusive palabras de los intervinientes; así como, con las declaraciones de la agraviada Rosmery Fiorella Mundini y la agraviada de iniciales I.B.P.M., donde advierten la forma de su comportamiento y vocabulario (Casación N° 1520-2021-Ica, 2023).

Por lo que el Colegiado Supremo, infiere que:



Su capacidad no estuvo gravemente afectada. Era capaz de identificarse y movilizarse; asimismo, tenía capacidad de reaccionar y coordinación de movimientos como para golpear y someter a la víctima, lo que implica un grado cierto de cognición. Asimismo, no presentó pérdida de la conciencia, pues en el plenario explicó e, inclusive, dio muchos detalles de lo que sucedió -desde su tesis defensiva- el día de los hechos. Todo ello determina que estamos ante un sujeto imputable penalmente. (Casación N° 1520-2021-Ica, 2023, F.J. 17).

Finalmente, el Colegiado Supremo, no considera el resultado arrojado por el dictamen pericial toxicológico 3.05 g/l, ello porque en dicha pericia no se fija la hora de la extracción de la muestra, lo que impide aplicar el método Widmark en el presente caso, más aún cuando la conducta evidenciada por el encausado no se condice con las características detalladas en el cuarto periodo de la Tabla de Alcoholemia (Casación N° 1520-2021-Ica, 2023, F.J. 17).

Desde nuestra perspectiva, consideramos que los fundamentos de la presente ejecutoria si bien denotan cierto nivel de razonamiento y coherencia, no llegan a zanjar el problema que el mismo colegiado advierte, la inaplicación del artículo 21 frente al inciso 13 del artículo 170 del Código Penal; ello principalmente porque, si bien no ha existido una pericia toxicológica válida con la cual aplicar el método Widmark, no es menos cierto que de dicha pericia se advierte un supuesto de alteración de la conciencia por ebriedad, lo que inclusive corrobora con las circunstancias que rodean a la conducta delictiva del agente. Si bien el Colegiado Supremo advierte que el encausado era una persona penalmente imputable, no es menos cierto que se encontraba con la conciencia alterada producto de la ingesta de las bebidas alcohólicas.



Ahora bien, por nuestra parte opinamos que el problema fundamental debió centrarse en determinar porque se aplicó el inciso 13 del artículo 170 y no, las circunstancias para atenuar la pena, artículo 21, cuando existió alteración de la conciencia.

Si bien el artículo 170 inciso 13 del Código Penal, en su parte final, señala "...que pudiera alterar su conciencia", ello colisiona con lo señalado por el artículo 21 que requiere de la alteración de la conciencia para encontrar una causa de exculpación. Por ende, desde nuestra perspectiva, el centro del problema debió ser no la alteración de la conciencia, que en primera impresión es importante, sino el hecho de que producto de dicha alteración se haya aumentado la lesión en el bien jurídico tutelado a la víctima, esto es, la instrumentalización de dicho estado para agravar su conducta

4.12 El Estado de Ebriedad del agente como circunstancia agravante en los Delitos de Violación Sexual

Conforme se señala en el artículo 170 inciso 13 del Código Penal (1991), la conducta de violación sexual se agrava "si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas que pudiera alterar su conciencia" (artículo 170).

Al respecto para interpretar este tipo penal agravado, conviene realizar, en primer término, una interpretación teleológica, para ello se recurre a la motivación que conllevó al legislador a la incorporación de esta en el artículo 170 del Código Penal.

Del Proyecto de Ley N° 1037/2016-CR (2017), el legislador en su exposición de motivos no ha señalado al respecto, cuáles serían los motivos que conllevan a considerar el



incremento punitivo cuando el agente ingiere bebidas alcohólicas, de su desarrollo expositivo solo es posible advertir una gran cifra de la comisión de estos ilícitos, que a lo sumo nos llevan a advertir la grave problemática en perspectiva criminológica y de política criminal que existe al interior del país.

De igual forma, si bien la Comisión de Justicia y Derechos Humanos (2018), fue el ente encargado de aprobar esta agravante, tampoco señala por lo menos de forma mínima el sentido de interpretación de esta. Solo se remite a describir su aprobación. (pp. 50-53)

Por otro lado, desde una perspectiva dogmática, existe en la doctrina pronunciamientos que nos ayudan a encontrar un sentido interpretativo de esta circunstancia agravante, al respecto se tiene lo señalado por Villareal (2022), quien dice:

Esto se justifica, en la medida que encontrarse bajo el efecto de estas sustancias puede elevar los niveles de violencia del agresor; y, por consiguiente, la peligrosidad para la víctima. Además, adquiere relevancia el principio del “*actio libera in causa*”, el cual prescribe que el autor del hecho típico deberá responder por sus actos aun cuando no haya tenido plena consciencia de los mismos. (pp. 60-61)

Por su parte, Arbulú (2018), señala que:

La limitación de la capacidad de discernimiento del sujeto activo por el uso de sustancias alucinógenas o alcohol siempre se han considerado como atenuantes. El legislador ha invertido esto y las coloca como agravante por lo que una correcta interpretación es emplear la figura de la *actio libera in causa* por la que el sujeto activo para motivarse y cometer el hecho delictivo previamente consume sustancias que alteran y lo empujan a cometer la violación sexual. (p. 2010)



Así también, señala Peña Cabrera (2023), cuando dice que:

Se diría, en principio, que cuando el agente se encuentra gravemente afectado en su psique, por sustancias psicotrópicas alcohol (estado de ebriedad), estaría inmerso en la eximente de responsabilidad penal de «grave alteración de la consciencia», por lo que su conducta quedaría impune, sin defecto de poder aplicársele una medida de seguridad. Se matiza la idea, en tanto la vigencia doctrina de ya larga data, de la actio libera in causa, importa que la valoración del juicio de reproche de Culpabilidad tome lugar un momento anterior a la comisión del hecho punible, en cuanto el agente se colocó consciente y/o conscientemente en un estado de inimputabilidad, por lo que el acto penalmente antijurídico, atribuible a su esfera de organización personal si resulta punible. (p. 347)

Por otro lado, comentando este tipo penal agravado, Salinas (2019) entiende sobre esta circunstancia que:

Otra circunstancia agravante de los delitos sexuales que se ha incorporado por la ley N° 30838, de agosto de 2018, es el hecho que el agente impone el acto sexual a la víctima en estado de ebriedad o en estado de drogadicción. Esto es, se verificará la agravante cuando luego del análisis de alcoholemia correspondiente se determina que al tiempo del acto sexual violento, el agente tenía en su sangre presencia de alcohol en proporción mayor de 0.5 gramos-litro. Asimismo, se verificará la calificante cuando luego de la prueba correspondiente se determina que al tiempo del acto sexual no deseado por la víctima, el agente estaba bajo los efectos de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas que alteró su conciencia. (pp. 998-999)



Resaltando de la postura de dicho autor, que para la configuración de la agravante “es irrelevante determinar si para realizar su acto criminal sexual violento previamente se puso en estado de ebriedad o drogadicción” (Salinas, 2019, p. 999)

Por su parte, Villareal (2022), respecto al aspecto probatorio en este caso señala que:

Para analizar el cumplimiento de los elementos de esta agravante, se deben de hacer las diligencias correspondientes como la prueba de alcoholemia, o los exámenes toxicológicos pertinentes, y aun cuando no pudiesen llevar a cabo estas, se pueden tomar en consideración otras pruebas como la declaración de la víctima o de testigos. (p. 61)

4.12.1 La Casación N° 2075-2019 Lambayeque y su aporte

La presente ejecutoria Suprema, se trata del Recurso de Casación, de fecha 05 de mayo de 2022. Y constituye, uno de los principales aportes a nuestra investigación; pues fundamenta la agravante del Estado de Ebriedad en aplicación con el Delito de Femicidio.

En este ultima ejecutoria, el Colegiado Superior, de forma adecuada, por el principio de congruencia procesal, analiza la agravante del estado de ebriedad, donde en primer término advierte que existe un tratamiento diferente al estado de ebriedad en nuestro ordenamiento, como atenuante y como agravante (Casación N° 2075-2019-Lambayeque, 2022, F.J. 6.12).

Para ello, señala que la explicación en considerar, en estos casos, al estado de ebriedad como agravante surge de la necesidad de castigar las consecuencias a que conlleva la responsabilidad humana, centrando el análisis en la persona, así:



Si se pone en estado alcohólico (...) para realizar un comportamiento, a manera de otorgarse valor y vencer sus miedos al momento de cometer el hecho ilícito, tiene que ser agravante; mientras que, si lo hace por diversión o vicio y posteriormente, sin haberlo premeditado, incurre en un ilícito penal, sería atenuante, pues en el primer caso asume conscientemente la comisión de un delito, lo premedita y para hacerlo efectivo decide, además, colocarse en un estado de desinhibición bajo los efectos del licor o las drogas, con lo que está asumiendo toda la responsabilidad consciente de ejecutar un hecho y se está premuniendo de todos los elementos necesarios no solo materiales (armas), sino también subjetivos para consumir su comportamiento ilícito. (Casación N° 2075-2019-Lambayeque, 2022, F.J. 6.13)

Conforme se evidencia, de lo que se trata es un proceso donde la persona (el agente) de forma premeditada y consciente (que es lo que se requiere) dirige su conducta de forma elaborada para violentar, de manera más grave, el bien jurídico (Casación N° 2075-2019-Lambayeque, 2022, F.J. 6.18).

Así, enseña la Corte Suprema, que:

En casos como el presente se debe precisar si el estado de ebriedad o drogadicción en el que se encontraba el agente al momento de la comisión del hecho fue una situación preconstituida por el sujeto para perpetrar el delito o si simplemente se trató de un estado de ebriedad ajeno a la producción del hecho delictivo. (Casación N° 2075-2019-Lambayeque, 2022, F.J. 6.15).

Con lo que, concluye recomendando a los operadores del Derecho, que pese a la incorporación del estado de ebriedad como circunstancia agravante, esta puede manifestarse en el caso concreto, como una circunstancia agravante o atenuante, siendo que dicha interpretación



dependerá de la naturaleza jurídica del tipo penal y del contexto en que se desarrolle la conducta

(Casación N° 2075-2019-Lambayeque, 2022, F.J. 6.17).



CAPÍTULO V: RESULTADO Y ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS

5.1 Resultados del Estudio

5.1.1 Relación de entrevistados

Tabla 6. *Relación de Entrevistados*

Códigos asignados	Centro de trabajo	Especialidad	Fecha	Firmó consentimiento informado
1. LASN2023	Poder Judicial – Corte Superior de Justicia de Cusco.	Penal	30-05-2023	SI
2. GCL2023	Poder Judicial – Corte Superior de Justicia de Cusco.	Penal	26-05-2023	SI
3. ALM2023	Poder Judicial – Corte Superior de Justicia de Cusco.	Penal	26-05-2023	SI
4. RGCA2023	Poder Judicial – Corte Superior de Justicia de Cusco.	Penal	30-05-2023	SI
5. MWAR2023	Poder Judicial – Corte Superior de Justicia de Cusco.	Penal	05-06-2023	SI
6. PDMP2023	Poder Judicial – Corte Superior de Justicia de Cusco.	Penal	26-05-2023	SI
7. LAAC2023	Ministerio Público - Fiscalía de la Nación	Penal	26-05-2023	SI
8. GDEA2023	Ministerio Público - Fiscalía de la Nación	Penal Constitucional	28-05-2023	SI
9. FTV2023	Ministerio Público - Fiscalía de la Nación	Penal	26-05-2023	SI
10. AKLL2023	Ministerio Público - Fiscalía de la Nación	Penal	26-05-2023	SI



11. JMC2023	Estudio Jurídico –Sector Privado	Penal	25-05-2023	SI
-------------	----------------------------------	-------	------------	----

Fuente: Elaboración propia.

5.1.2 Resultados de las entrevistas efectuadas a especialistas en Derecho Penal

Tabla 7. *Opinión de entrevistados acerca del Estado de Ebriedad como Eximente*

Pregunta	Objetivo de la pregunta	Participantes	Muestra No probabilística	Técnica de Recolección
¿El estado de ebriedad del agente o sujeto activo, es una eximente de responsabilidad penal?	Conocer la opinión de los entrevistados acerca de si entienden a la ebriedad del agente como una eximente de responsabilidad o no.	11 participantes	A elección del investigador	Entrevista
Análisis de Resultados.				
<p>- Del total de entrevistados, 01 participante, esto es el entrevistado con código JMC2023, manifestó que el estado de ebriedad no constituye una eximente de responsabilidad penal en todos los casos, dependerá de si el estado de ebriedad conllevo a una grave alteración de la conciencia y también de que no haya sido provocado.</p> <p>- La mayoría de los participantes, 10 entrevistados, consideran que el estado de ebriedad del agente si está considerado dentro de los estados de inconciencia, como eximente perfecta e imperfecta; según el entrevistado con código MWAR2023, estará condicionada a que no sea provocado. Con la única condición de que ese estado afecte en el agente, de sobremanera o gravemente, el concepto de realidad del agente y no posea la autodeterminación o la facultad para entender el carácter delictuoso de su acto o pueda determinarse según esa comprensión. De igual forma el entrevistado con código LASN2023, refiere que dependerá del grado de alcohol en la sangre.</p> <p>En conclusión, de la gran mayoría de entrevistados se tiene que el estado de ebriedad si constituye una eximente de responsabilidad que se encuentra dentro del artículo 20 inc. 1 del Código Penal, precisando que “el estado de ebriedad” por sí misma no constituye una eximente sino que se considera eximente el efecto que causa dicho estado en el agente (JMC2023), esto es, que la aplicación de una eximente está condicionada a que genere en el agente una grave alteración de la conciencia que afecte su concepción de la realidad o le haga perder la facultad para entender el carácter delictuoso de su acto o poder determinarse según esa comprensión. Concluyendo que, tomando las palabras del entrevistado GCL2023, el estado de ebriedad si constituyese una eximente (perfecta o imperfecta) según el nivel de afectación o grave alteración de la conciencia que imposibilite su autodeterminación en su conducta conforme a derecho.</p>				

Fuente: Elaboración propia.



Tabla 8. *Opinión de entrevistados acerca del Estado de Ebriedad como una agravante*

Pregunta	Objetivo de la pregunta	Participantes	Muestra No probabilística	Técnica de Recolección
¿Existe la posibilidad de entender al “Estado de Ebriedad del agente o sujeto activo” como una agravante?	Conocer la opinión de los entrevistados acerca de la ebriedad del agente como una agravante.	11 participantes	A elección del investigador	Entrevista
Análisis de Resultados.				
<p>- Del total de los entrevistados, 4 de 11 manifestaron que no se encuentran de acuerdo con la agravación de esta circunstancia, ello porque siempre se ha sancionado como atenuante, más aún que sería incongruente con los principios y las normas de nuestro código sustantivo, así lo señala el entrevistado con código ALM2023, más aún cuando el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal prohíbe la responsabilidad objetiva y sanciona solo los actos de la persona consiente. Tampoco consideran que debería ser considerada (el estado de ebriedad) como una eximente completa (GDEA2023 y MWAR2023). Y es, en la práctica algunos magistrados siempre la han concebido como una atenuante para rebajar la pena (RGCA2023).</p> <p>- Por su parte el entrevistado con código LASN2023, refiere que se debe entender como una agravante cuando la persona se ha puesto adrede en esa situación, lo que se conoce como actio libera in causa.</p> <p>- En ese sentido GCL2023, señala que existen personas que se ponen en este estado para cometer delitos.</p> <p>- Por otra parte, 6 de 11 del total de entrevistados, concuerdan que por imperio del Principio de Legalidad, si la norma así lo establece taxativamente, dicho estado debe ser considerado como agravante (así opinan GCL2023 y JMC2023). Además de ello, infieren que el sentido que el legislador le ha querido dar a la agravación del estado de ebriedad, es porque cierto grupo de personas se ponen en dicho estado de forma deliberada para delinquir, aprovechando esta situación para generar mayor agresividad u hostilidad al bien jurídico protegido (AKLL2023). Asimismo, se precisa que la agravación se fija cuando el agente se encuentra en el segundo o tercer nivel dentro de la Tabla de Alcholemia, así lo señaló el magistrado con código PDMP2023.</p> <p>Por lo que se advierte dos posiciones discordantes, siendo el punto de consenso el respeto a los Principios que rigen el Derecho Penal, como es el Principio de Legalidad para intentar solucionar estas posiciones. Asimismo, se opinó que la norma que regula dicho estado de ebriedad como agravante, no les parece adecuada (MWAR2023).</p>				

Fuente: Elaboración propia



Tabla 9. *Opinión de Entrevistados sobre la Doctrina de la Actio Libera In Causa*

Pregunta	Objetivo de la pregunta	Participantes	Muestra No probabilística	Técnica de Recolección
¿Conoce usted en que consiste la denominada doctrina de la <i>Actio Libera in Causa</i> ? ¿Qué entiende por esta figura penal?	Conocer la opinión de los entrevistados acerca de la denominada doctrina de la <i>Actio Libera in Causa</i> .	11 participantes	A elección del investigador	Entrevista
Análisis de Resultados.				
<ul style="list-style-type: none"> - Del total de los entrevistados, todos por ser especialistas en Derecho Penal: jueces, fiscales y abogados; respondieron que si conocen a la denominada doctrina de la <i>Actio Libera in Causa</i>. - De las concepciones esbozadas por los entrevistados cabe resaltar las siguientes: <ul style="list-style-type: none"> • Para el entrevistado ALM2023, señala que el <i>Actio Libera In Causa</i> es un razonamiento doctrinario que hace el Derecho Penal, para aquellos supuestos en los que una persona se crea o se sujeta en un estado de inconciencia a propósito para ser favorecido con la eximente de responsabilidad penal. • Por su parte el entrevistado GCL2023, el <i>Actio Libera In Causa</i> surge de la casuística. Esta surge cuando una persona se pone en estado de inconciencia para cometer un delito en forma dolosa, el dolo tiene que ser previo a la realización del hecho, me tengo que poner en ese estado para cometer un delito; en apariencia seria inimputable, pero me he puesto en ese estado en la consideración de que voy a cometer un delito. • Para MWAR2023, se trata de la ausencia de acción, cuando el agente debe responder por un ilícito pese a encontrarse en un estado de ebriedad o drogadicción provocado. • Así, según JMC2023, lo que se busca a través del Actio Libera In Causa es analizar la conducta previa de esa persona que previamente ha calculado el delito, para eliminar la supuesta eximente de responsabilidad. • En ese sentido señala JMC2023, que es una denominación esbozada por la doctrina en materia penal y que no tiene un reconocimiento expreso en nuestra legislación penal o legislación penal especial, siendo este acto provocado por el sujeto activo con el único fin de quedar impune respecto del ilícito penal que habría perpetrado. • Se da cuando el agente ha realizado un hecho en estado de ausencia de liberad, estado que ha sido provocado con anterioridad a su conducta negativa (PDMP2023). • Finalmente para el entrevistado con código LAAC2023, Consiste en consumir bebidas alcohólicas con el propósito de tomar valentía para cometer el delito. 				

Fuente: Elaboración propia.



Tabla 10. Opinión de Entrevistados acerca de la incorporación del Estado de Ebriedad del agente como Agravante en los delitos sexuales

Pregunta	Objetivo de la pregunta	Participantes	Muestra No probabilística	Técnica de Recolección
¿Conoce usted que en el año 2018, se ha implementado como una circunstancia agravante en la comisión de los delitos sexuales, que “el agente actué en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre mayor a 0.5 gramos-litro?	Conocer la opinión de los entrevistados acerca de la incorporación de esta circunstancia agravante.	11 participantes	A elección del investigador	Entrevista
Análisis de Resultados.				
<ul style="list-style-type: none"> - Del total de los entrevistados, 5 de 11 participantes, señalan que al ser una norma positivizada debe ser cumplida por el principio de legalidad; así por ejemplo, GCL2023, señala que es una norma expresa con la finalidad de evitar que los agentes utilicen o se aprovechen del estado de ebriedad para cometer estos delitos, además que por lo general estos delitos se dan en este estado. Que, la razón por la que se está incorporando estas agravantes en todo el ordenamiento penal, no solo en este delito, es porque hay un mayor plus en la comisión de estos ilícitos; es distinto que una persona cometa en forma espontánea un delito (el dolo puede surgir en un minuto no hay problema), pero el dolo del violador o de un feminicidio (que también tiene esta agravante) es un dolo de planificación. La conducta, así lo entiende el entrevistado, es más deleznable y más violenta, porque la persona está en estado de ebriedad y se ha puesto en esa situación para actuar de esa manera. Debiendo entenderse esta agravante desde una perspectiva psicológica y no solo jurídica. Por su parte, el entrevistado JMC2023, precisó también que dicho agravante solo es aplicable en supuestos de estado de ebriedad que no generen grave alteración de la conciencia. - Del total de los entrevistados, 6 de 11 participantes, manifestaron no estar de acuerdo con esta agravante por resultar discriminatoria y contradictoria con las eximentes de la Parte General del Código Penal (LASN2023 y MWAR2023), en ese sentido, para el entrevistado RGCA2023, responden a políticas contrarias a los principios del Derecho Penal. Así señala el entrevistado con código ALM2023, que tiene una motivación más mediática que técnica. 				

Fuente: Elaboración propia.



Tabla 11. Opiniones respecto a la existencia de una antinomia normativa en el Código Penal

Pregunta	Objetivo de la pregunta	Participantes	Muestra No probabilística	Técnica de Recolección
¿Cree usted que existe una antinomia normativa (colisión de normas) al considerar al Estado de Ebriedad como una eximente en el inciso 1) del artículo 20° y por otro lado, como una agravante en el inciso 13) del artículo 170° de nuestro Código Penal?	Conocer la opinión de los entrevistados de la existencia o no de una antinomia normativa entre el Art. 20 Inc. 1 y el Art. 170 Inc. 13 del Código Penal.	11 participantes	A elección del investigador	Entrevista
Análisis de Resultados.				
<ul style="list-style-type: none"> - Del total de los entrevistados, 4 de los 11 participantes, manifestaron que si existe una antinomia, ya que por un lado se señala dicha circunstancia como una atenuante o inimputabilidad y en el otro como una agravante. - Por otro lado, del total de los entrevistados, 6 de 11 participantes, señalaron que no existe una antinomia, ya que el sentido de la norma y que impone a los aplicadores del derecho es la existencia de un límite en el nivel de alcohol del agente que no lo exime ni atenúa sino que agrava su conducta. Desde una interpretación literal si se pudiese decir que existe una antinomia, pero realizando una interpretación sistemática y teleológica de la agravación, esta se justifica en el mayor grado de afectación a la víctima previa planificación (GCL2023). Así, lo ha señalado GCL2023 al señalar que si analiza desde una perspectiva literal, si hay una antinomia; entonces la pregunta es cómo quebrar la antinomia, en ese sentido tendría que hacerse una interpretación teleológica, sistemática y darle sentido a esta norma; una interpretación en base a otras ramas del derecho (psicología, etc.). Se tendría que realizar otro tipo de interpretación, de alguna manera justificar la sanción que tiene que ser razonable. En igual sentido opina ALM2023, para quien tampoco considera la existencia de una antinomia, sugiriendo que la solución en cada caso existe y está en una interpretación conforme a los principios fundamentales del Derecho Penal. - Por otro lado, para el entrevistado JMC2023, no existirá una antinomia ya que el artículo 20 inc. 1 del Código Penal, hace alusión a un supuesto de responsabilidad atenuada en la medida que haya afectado el concepto de la realidad del agente o haya disminuido su capacidad de comprender el carácter delictuoso; por el contrario, el artículo 170 inc. 13 no hace alusión al estado de ebriedad que haya sido capaz de afectar gravemente la conciencia del agente o que este haya perdido en alguna medida la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto. Por tanto, el artículo 21 del código penal que regula la institución de la responsabilidad atenuada y el artículo 20 inciso 1) que regula la grave de alteración de la conciencia como eximente de responsabilidad penal, contiene una descripción normativa que difiere del contenido establecido en el inciso 13) del artículo 170° del código penal. 				

Fuente: Elaboración propia



Tabla 12. Opinión de los Entrevistados sobre el Método Widmark

Pregunta	Objetivo de la pregunta	Participantes	Muestra No probabilística	Técnica de Recolección
¿Conoce o escucho acerca del Método Widmark, como método científico para determinar de forma retroactiva la cantidad de bebida alcohólica ingerida por una persona a través de la concentración etílica en su sangre?	Conocer la opinión de los entrevistados acerca del Método Widmark.	11 participantes	A elección del investigador	Entrevista
Análisis de Resultados.				
<p>- Del total de los entrevistados, la totalidad de los entrevistados manifestó que si conoce el Método Widmark, siendo sus opiniones más resaltantes, las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Para el entrevistado FTV2023, consistiría en un método científico, objetivo y que sirve de probanza para determinar el grado de alcohol en la sangre de una persona. • Así, para el entrevistado ALM2023, sería un esfuerzo que hace la jurisprudencia utilizando la ciencia, a fin de medir los estados de alcoholemia y de esa manera poder determinar los niveles de responsabilidad, es por ello que lo determina en grados y etapas; para poder determinar si una persona estaba en estado de ebriedad total, relativo, ínfimo y de esa manera poder valorar el nivel de responsabilidad. • Por su parte, para el magistrado con código LASN2023, esta técnica sería subjetiva, puesto que la resistencia en cada persona no es la misma, por tanto los resultados son referenciales. • En igual sentido opina GCL2023, para quien si se utiliza solo el método (y lo hacen muchos), en efecto podría ser una persona inimputable, pero esa es la interpretación subsumiendo solamente el método y el grado en base al hecho -esa es la regla es cierto-, pero por excepción, podría haber casos en los que aun estando en ese estado con un grado alcohólico alto, donde la persona se haya puesto en tal estado, de tal manera para cometer un delito pese a ello tendría cierto grado de conciencia. Entonces, este método, esta valoración es un poco distinta, muy literal y muchas veces no se ajusta a la realidad. 				

Fuente: Elaboración propia.

Tabla 13. *Opinión de los Entrevistados acerca de la comisión del delito de Violación Sexual en Estado de Ebriedad total*

Pregunta	Objetivo de la pregunta	Participantes	Muestra No probabilística	Técnica de Recolección
¿Qué opinión le merece que una persona cometa el delito de violación sexual en un estado de ebriedad total o absoluto?	Conocer la opinión de los entrevistados acerca de la comisión de un delito de violación sexual por parte de una persona en estado de ebriedad total o absoluto.	11 participantes	A elección del investigador	Entrevista
Análisis de Resultados				
<p>- Del total de los entrevistados, la totalidad de los entrevistados contestó la pregunta manifestando lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Que el delito debe ser sancionado de acuerdo a la conducta desplegada por el agente, si es que dicha situación ha sido provocada debe ser sancionada como una agravante, caso contrario sería una eximente, perfecta o imperfecta, según el caso en concreto. • Para AKLL2023, no es posible o es muy difícil que una persona en dicho estado pueda cometer este tipo de delitos. Así, para el magistrado PDMP2023, merece una sanción con la severidad del caso ya que de estar plenamente inconsciente no podría haber cometido este delito. • Por su parte el entrevistado JMC2023, señala que si luego del examen toxicológico así se determina, solo en ese caso se tendría que considerar como una atenuante, ya que así lo dispone la norma con la Tabla de Alcholemia; porque la ebriedad absoluta no es una causal de eximente de responsabilidad penal. Es necesario que en cada caso se tenga que realizar este aspecto, ya que se tiene ver si esa conducta ex ante fue premeditada o se realizó de manera casual o fortuita. • Para ALM2023, señala que si la violación sexual se hace en un estado total o absoluto por parte del agente del delito, hay que tomar en cuenta esa circunstancia para la propia calificación y determinación penal, pero considerar ello como una agravante es un despropósito. • Por su parte el magistrado GCL2023, señala que si una persona tiene un grado de alcohol alto (considerando el método Widmark) que supera los 2.5 grados de alcohol, van a ver jueces que pueden absolverlo; porque dirán que estaba en un estado de ebriedad alto. Esa es la regla sí; pero, en casos de violación sexual de niñas, niños, personas discapacitadas, personas que están en situación de vulnerabilidad, la interpretación no debe ser literal porque tiene que irse más allá, porque tiene que verse el sentido y ahí entra el aspecto social, porque una persona comete este hecho. Si hay una planificación, por ejemplo de días (por lo minucioso de la violación), el lugar, la habitación, si tiene objetos, ha esperado a la víctima, la ha estudiado, sabe dónde vivía, a esperado la hora cuando estaba sola, ha obtenido sustancias para que se adormezca, ha bebido también; no creo que sea razonable absolverlo. Entonces, se tendría que aplicar en estos casos, la doctrina de la Actio Libera in Causa. 				

Fuente: Elaboración propia.



Tabla 14. Opiniones sobre la Reforma del artículo 170 inciso 13 del Código Penal

Pregunta	Objetivo de la pregunta	Participantes	Muestra No probabilística	Técnica de Recolección
<p>Qué opina usted de la incorporación y redacción del artículo 170° inciso 13) del Código Penal. ¿Es adecuada, merece una reforma parcial o debe ser eliminada como circunstancia agravante en este tipo de delitos</p>	<p>Conocer la opinión de los entrevistados acerca del artículo 170 inciso 13 del Código Penal, para determinar su legitimidad, mejora o eliminación dentro del Código Penal adjetivo.</p>	<p>11 participantes</p>	<p>A elección del investigador</p>	<p>Entrevista</p>
<p>Análisis de Resultados.</p>				
<p>- Del total de los entrevistados, 3 de 11 participantes, señalaron que la norma es adecuada.</p> <p>- Por otro lado, 3 de los 11 entrevistados señalaron que la norma merece una reforma parcial.</p> <p>- Finalmente, 5 de 11 de los participantes, manifiestan que esta norma no debe existir.</p> <p>Concluyéndose que la mayoría de los participantes, considera que esta norma no debe existir, principalmente por existir a priori una antinomia con la Parte General del Código Penal, lo que genera varios problemas para la jurisprudencia. Sin embargo, resulta relevante los planteamientos que se inclinan por considerar la agravación de dicha conducta, con los matices que implica una reforma más adecuada y que respete los principios que rigen el sistema penal:</p> <p>Así, para el magistrado GCL2023, señala que merece una mejor redacción porque la regla fija que es una exigente la conducta que se realiza cuando la persona no tiene pleno control de sus impulsos, esto es, cuando es espontaneo. Sin embargo, se debe incrementar algún elemento adicional a esta descripción porque de mantenerse la descripción actual, existe otra regla y ello ocasionaría una antinomia. Debería mejorarse y podría servir la actio libera in causa para ayudar a entender de mejor manera el hecho, sería bueno una propuesta de redacción complementaria que agregue una conducta, es decir, se debe preguntar porque la persona se pone en estado de ebriedad ¿para cometer el delito? entonces si es así, se entiende que la persona debe ser sancionada ya que no es espontanea la realización de su conducta.</p> <p>En igual sentido, opina el entrevistado con código JMC2023, para quien debe excluirse la última parte del tipo penal que consigna “que pudiera alterar su consciencia”, ya que si el agente se encuentra en un estado de ebriedad que altere su conciencia, dicho supuesto ya constituiría un supuesto de responsabilidad atenuada, peor aún si la ingesta de alcohol en la sangre oscila entre el 2.5 para adelante, ya nos encontramos en supuestos de grave alteración de la consciencia o el de coma, supuestos en los que el agente no gozaría de imputabilidad.</p>				

Fuente: Elaboración propia.



5.2 Discusión y contrastación teórica de los hallazgos

Corresponde en este capítulo sustentar el cumplimiento de los objetivos y la verificación de la hipótesis de la investigación, que se realizará en base al análisis de los antecedentes de investigación, las bases teóricas y los datos fácticos, teniendo en cuenta el enfoque y alcance de nuestra investigación.

- Sobre el primer Objetivo e Hipótesis específica: *Analizar si la doctrina de la Actio Libera In Causa es un fundamento jurídico para realizar una adecuada interpretación del Estado de Ebriedad del agente y entenderla como agravante en la comisión de los Delitos Sexuales.*

Nuestro objetivo general fue determinar cuáles son los fundamentos jurídicos para interpretar de forma adecuada el tipo penal de violación sexual, agravada cuando el agente comete dicho ilícito penal bajo el estado de ebriedad con presencia de alcohol en la sangre en una proporción mayor a 0.5 g/l. Para ello se ha trazado como objetivo específico, analizar a la institución de la *actio libera in causa* (de aquí en adelante por su acrónimo ALIC) como posible fundamento para interpretar la agravante en mención, así, este objetivo coadyuvará con la realización de nuestro objetivo general. Y es que, la construcción dogmática de la ALIC, enseña que su estructura reviste de plena fundamentación para explicar al estado de ebriedad como una situación reprochable en la comisión de ilícitos penales; siendo importante en este apartado advertir de qué manera su fundamentación sirve para explicar la agravante.

Partiendo de esa aclaración, tenemos que señalar que la culpabilidad, además de constituir el último elemento de la Teoría del Delito, mediante la cual se determina la responsabilidad penal de una persona, constituye el elemento a través del cual se analiza el injusto personal cometido hasta entonces por una persona, esto es, en esta parte se realiza el juicio de culpabilidad para determinar la posibilidad de atribuir un hecho desvalorado a su autor (Bramont-Arias, 2008), que resultará de la configuración de los elementos propios de la



culpabilidad; adicionando a ello que la Casación N° 460-2019-Huanuco (2020), ha señalado el cumplimiento de dos niveles, uno psicofisiológico y luego el nivel normativo (F.J. 13), que en concreto hacen referencia a los mismos elementos.

Respecto de los elementos de la culpabilidad, como señalan Muñoz y García (2022), estos son: i) la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, ii) el conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido y, iii) la exigibilidad de un comportamiento distinto (pp. 331-332). Siendo que la ausencia de alguno de estos elementos, durante el juicio de culpabilidad, determinará que el injusto personal cometido hasta entonces no revista de culpabilidad, sea esto por la presencia de alguna causa de inimputabilidad (exclusión de la culpabilidad) o un supuesto de inculpabilidad (Cerezo, 2008, p. 732).

Como bien señala el entrevistado con código GLC2023, por regla general sucede que cuando existe una alteración en la consciencia que genere poco control de impulsos (pregunta 3) o genere en el autor un nivel de grave alteración de la consciencia, es posible absolverlo por un eximente (pregunta 4), ello obedece a que en la persona faltaría el elemento de la culpabilidad conocido como imputabilidad, esto es, la falta de capacidad de la persona para comprender la antijuricidad de su conducta y poder adecuarse según esta comprensión (Zaffaroni, 1999, p. 110). Entonces, por regla general, la ausencia de algún elemento de culpabilidad constituye una causa de inimputabilidad o inculpabilidad.

Sin embargo, la dogmática ha creído aceptable formular una excepción a esta regla a través del derecho consuetudinario (Jescheck, 2014, p. 656), mediante la denominada ALIC, que a decir de Joshi (1992, citada por Pérez, 2016, p. 40) surge como una construcción doctrinal que busca resolver la problemática existente en aquellas situaciones en las que un sujeto ha realizado un hecho antijurídico en estado de ausencia de libertad o anormalidad motivacional, estado que con anterioridad el mismo se habría provocado.



En efecto la ALIC, comprende aquel comportamiento que decide realizar una persona en una situación donde posee aún capacidad de culpabilidad, pero durante la ejecución del delito él mismo ha perdido dicha capacidad (Jescheck, 2014, pp. 656-657). Así, la ALIC viene a erigirse como una excepción al principio de culpabilidad y, según el entrevistado con código ALM2023, en la respuesta a la pregunta 5, un retroceso al causalismo donde se intenta justificar la comisión del acto delictivo sin importar si la persona se puso a deliberar lo que iba hacer. Pese a ello, la ALIC posibilitaría de manera extraordinaria la imputación y consecuente sanción a una persona que ha actuado en estado de inimputabilidad o de inimputabilidad restringida, con la intención de cometer una infracción penal (Hurtado Pozo, 2016, p. 272).

Es importante precisar que esta figura nace en el Derecho canónico medieval con una finalidad practica y casi común para aquella época, el resolver el problema de la imputación de los hechos punibles realizados en un estado de embriaguez alcohólica (Hormazábal, 2003, citado por Pérez, 2016, p. 40), y posteriormente, como es hasta la actualidad en algunos sistemas penales, como por ejemplo en las legislaciones de España (Art. 20), El Salvador (Art. 27.4), Panamá (Art. 37), México (Art. 29), Colombia (Art. 33), Honduras (Art. 23), Guatemala (Art. 23), Nicaragua (Art. 34), entre otros, para resolver supuestos de injustos penales desarrollados en estado de inimputabilidad o inimputabilidad restringida provocados por distintas causas, evitando su impunidad.

Ahora bien, una característica resaltante en esta teoría, fue la aplicación mayoritaria de su estructura para estados que alteran gravemente la consciencia de una persona de forma temporal, vale decir, que fue ampliamente desarrollada en supuestos donde la persona realizaba una conducta ilícita en estado de grave alteración de su consciencia y posteriormente volvía al estado de un hombre medio (Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, 2015). Esta situación inclusive, motivó a que la denominación de “inconsciencia” que antaño se utilizaba, sea considerada de forma correcta, como “trastorno mental transitorio” (Jiménez de Asúa, 1951, p.



633). Ahora bien, esta situación de gradualidad y temporalidad o transitoriedad, no impide y mucho menos hace imposible la aplicación de la estructura de la ALIC a casos de estados de inconciencia total o incapacidad de acción (Jescheck, 2014, p, 657), donde la inconciencia es -en determinados supuestos- casi permanente.

Con esas precisiones, debemos señalar que la construcción dogmática de la doctrina de la ALIC, fundamenta sus postulados a partir de su conceptualización, que surge, al mismo tiempo, de su estructura. Estructura que, en concreto, se refleja en la realización de una conducta desplegada a través de dos tiempos (T_1 conducta precedente y T_2 conducta ejecutiva), siendo Joshi (1992), quien evidencia la estructura de la ALIC, de la siguiente manera:

Entendemos por *alic* (...) aquellas situaciones caracterizadas por el hecho de que un sujeto ataca o pone en peligro a un bien jurídico siendo inimputable o faltándole la capacidad de acción (tiempo dos $-t^2$), habiendo él mismo provocado (o pudiendo prever) en un tiempo anterior (tiempo uno $-t^1$) que en este estado defectuoso de ausencia de imputabilidad o de acción lesionaría o pondría en peligro un determinado bien jurídico.
(p. 122)

En buen romance, la estructura de la ALIC se configura, primero, cuando la persona provoca su inimputabilidad –dolosa o imprudentemente- (T_1) y posterior a ello, en dicho estado, ataca un determinado bien jurídico (T_2). Aclarando que según la catedrática de Barcelona, en esta estructura, en el primer tiempo no evidencia la existencia de culpa y solo de una intencionalidad a título de dolo (pudiendo prever - dolo eventual).

Según refiere el profesor Pérez (2016), la doctrina fija dos posiciones para explicar el castigo o reproche de la acción realizada por una persona al interior de la estructura de la ALIC, señalando que la primera posición plantea el castigo de la acción que fue realizada en estado defectuoso, y la segunda, propone castigar al sujeto por la acción precedente (p. 41).



En ese sentido, evidenciado los alcances y fundamentación de la ALIC, es claro que esta sirve para fundar una posible sanción a la persona que en estado de ebriedad – inimputabilidad- comete un ilícito penal (Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, 2015, F.J. 3.12), y en el caso que es materia de esta investigación, aplicable al delito de violación sexual. Sin embargo, pese al fundamento aparentemente lógico que postula dicha institución dogmática, esta merece ciertos matices en aras de interpretar de forma adecuada, el estado de ebriedad como una circunstancia agravante en el delito de violación sexual. Y es que, como señala Farinaccio, uno de los primeros juristas en analizar dicha institución dogmática, los supuestos de ingesta de alcohol y comisión de ilícitos en este estado, generan tres supuestos:

1) Si el delito se comete en estado de ebriedad en que no hay dolo ni culpa, solo se penara por la culpa leve que se cometa embriagándose (se entiende que se pena la conducta de embriagarse, porque eso era delito entonces, que hoy no lo es, pero no pena la culpa del delito que se comete en ese estado). 2) Quien sabe que ebrio delinque y ofende a otros y pese a ello no se abstiene y bebe inmoderadamente, debe ser penado por la pena ordinaria (es el dolo eventual) e igual solución daba al caso 3) en que el autor se comportaba en estado de ebriedad procurada a fin de cometer el delito y procurarse una excusa. (Zaffaroni, 1981, p. 437)

Así, resulta claro que en los postulados que plantea la ALIC, como bien evidencia Farinaccio, es de mucha importancia la apreciación del elemento subjetivo del autor. De igual forma, lo advierte la jurisprudencia nacional, en distintos pronunciamientos sobre estas situaciones, así tenemos al Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, F.J. 3.12; Recurso de Nulidad N° 1058-2020-Lima Norte, F.J. 13; Recurso de Nulidad N° 1053-2018-Huancavelica, F.J. 3.9, entre otros.

Entonces, a efectos de delimitar los alcances interpretativos y de aplicación de tan antigua institución, de forma amplia su configuración se plantea en cuatro distintos supuestos:



- En la conducta precedente (T_1), el sujeto provoca de forma dolosa su estado de inimputabilidad completa y comete el delito.
- En la conducta precedente (T_1), el sujeto provoca de forma culposa o imprudente su estado de inimputabilidad completa y comete el delito.
- En la conducta precedente (T_1), el sujeto provoca de forma dolosa su estado de inimputabilidad incompleta y comete el delito.
- En la conducta precedente (T_1), el sujeto provoca de forma culposa o imprudente su estado de inimputabilidad incompleta y cometa el delito.

De estos supuestos, es posible agruparlos en orden a sus elementos en común y no excluyentes entre sí, como dos posibles situaciones: i) Cuando, con la conducta precedente (T_1), el sujeto provoca de forma dolosa o culposa su estado de inimputabilidad completa, para posteriormente cometer el delito en dicho estado; y ii) En la conducta precedente (T_1), el sujeto provoca de forma dolosa o culposa su estado de inimputabilidad incompleta, para posteriormente cometer el delito en dicho estado.

A partir de allí, diremos que no es posible otra situación adicional en orden a que, la inimputabilidad completa e inimputabilidad incompleta, resultan excluyentes entre sí, pues siendo ambos supuestos de afectación en la capacidad del autor, la primera anula en la persona su capacidad comprensión y autodeterminación; mientras que en la segunda, dicha capacidad se conserva, aunque en un nivel disminuido pero existe (de aquí que se le llame inimputabilidad disminuida). En razón a esta agrupación, se plasmará una adecuada interpretación de la ALIC para entenderla en el tipo penal de violación sexual.

Respecto al primer supuesto, ALIC dolosa o culposa en situaciones de inimputabilidad completa, como señala el maestro Zaffaroni (1981), a lo largo de la historia ha existido una reacción primitiva frente a los casos de inculpabilidad provocada, que negaban la inculpabilidad de una persona, esta teoría era la denominada *versari*, que fundamentaba el reproche a la



persona a título doloso, como si de un hombre sano de espíritu también se tratara; su principal argumento fue que la persona sabía las consecuencias que traía el hecho de embriagarse, por lo que, aplicando el *versari* señalaba que “quien quiso la causa quiso el efecto” (pp. 434-435).

De ahí que, la ALIC como una manifestación del *versari* (Zaffaroni, 1981), señale que la acción que realiza una persona en estado de inimputabilidad no vendría a ser libre en ese momento, pero si libre en su causa; trasladando la culpabilidad al momento anterior de la conducta, esto es, a cuando la persona era libre y decide el efecto (el hecho ilícito), de forma dolosa (también dolo eventual). El dolo tenía que ser previo a la realización del hecho, la persona tiene que ponerse en ese estado para cometer el delito (respuesta a la pregunta 4 del entrevistado con código GCL2023).

Este postulado, así formulado por la ALIC, ha venido en recibir duras críticas por parte de la doctrina, y es que, sea la conducta existente en el tiempo T_1 o en el T_2 la que se castiga, lo que sucede es que su fundamento no se adecua a las reglas generales de la teoría del delito (Pérez, 2016, p. 51), en igual sentido opina el magistrado con código MWAR2023 en su respuesta a la pregunta 5. Como primera crítica, se dice que la ALIC sugiere violentar el Principio de culpabilidad, el Principio de Coincidencia y el de Identidad, al encontrar reprochabilidad en el hecho realizado por una persona que no tiene capacidad de culpabilidad (T_2); este hecho defectuoso o posterior no coincide con el momento en el que el sujeto tenía aun capacidad (T_1). En otra crítica señalan que tampoco concurren los elementos de la culpabilidad en ambos tiempos ($T_1 \neq T_2$); igualmente, se reprocha la violación al principio de legalidad, entre otros, por que la ALIC supone adelantar la culpabilidad a momentos previos a la Tipicidad, esto es, que es posible configurar un supuesto de Tentativa en la conducta previa del sujeto sin siquiera este haber empezado los actos ejecutivos del delito.

De este análisis, y a fin de refutar las críticas advertidas por la doctrina, los partidarios de la ALIC intentando dar solución a estas problemáticas formulan dos propuestas dogmáticas,



una a través del Modelo del Tipo y el otro por medio del Modelo de la Excepción, el primero busca la solución en la conducta precedente (T_1) y el segundo, en la conducta ejecutiva del delito (T_2).

Básicamente, estos modelos no vendrían en socorrer el problema presente en la ALIC en supuestos de inimputabilidad (entiéndase completa). En primer lugar, si bien el modelo de la tipicidad salvaguarda el Principio de culpabilidad, por otro lado afecta al Principio de certeza, ya que este modelo considera al estado de ebriedad como una acción típica en sí misma; en ese sentido, no es posible inferir, en supuestos de inimputabilidad, que la acción ejecutiva sea la misma acción típica precedente. Asimismo, sancionar la conducta precedente (T_1), ocasiona serios problemas con el momento ejecutivo del delito, en específico, con la Tentativa, puesto que se busca sancionar los actos preparatorios, que en nuestro sistema no son punibles. Este modelo sugiere al mismo tiempo, homologar la Tentativa con la autoría mediata, para encontrar identidad en la conducta, pero esta es rechazada por la simple razón que en su análisis no se trataría de los mismos sujetos (Pérez, 2016, pp. 42-44).

En segundo lugar, se tiene al modelo de la excepción, que intenta de igual forma dar solución a la problemática de la ALIC, postulando en su fundamentación, la sanción de la conducta cometida en estado de inimputabilidad completa (T_2), esto es, de forma excepcional, considera que se debe sancionar la acción en estado defectuoso, pese a tratarse de un comportamiento no culpable (Demetrio, 2020, p. 137). Sin embargo, a pesar de este intento, la problemática se mantiene incólume, siendo en este caso, la principal crítica, la violación flagrante al principio de culpabilidad. En efecto, es totalmente inconcebible el reproche por un hecho cometido en ausencia de capacidad de culpabilidad; empero, para salvaguardar ello, lo que esta teoría pretende es que a la conducta ejecutiva (T_2) se le coloque un subrogado en lugar del elemento faltante, que en este caso es la inimputabilidad (Pérez, 2016, p. 44). Esto sin embargo, no es posible en un estado de inimputabilidad completa, ya que dicho elemento



deviene en esencial en la teoría del delito, con lo que una vez más fracasa la solución propuesta a través de esta teoría.

Por lo demás, las soluciones propuestas para encontrar reproche penal en la ALIC – inimputabilidad completa-, son rechazadas porque para fundar su aplicación se debe transgredir el Principio de Legalidad, en específico, el artículo 9 del Código Penal (1991), según el cual la conducta punible es solo la que se realiza al momento de la comisión del acto y no es posible retrotraer la misma a un momento previo, por lo que, se violentaría de igual forma el Principio de Coincidencia al querer ampliar el margen temporal de la comisión del hecho (Pérez, 2016, p. 50). Asimismo, la ALIC necesita de la configuración mínima de una Tentativa, para poder desarrollar una sanción en la conducta ejecutiva (modelo de la excepción); en un estado de inimputabilidad completa dicha tentativa devendría en impune, así por ejemplo:

Nadie podría sostener que quien se sienta en una taberna y comienza a beber, realiza con ello un “comienzo de la ejecución de un homicidio”, por mucho que sea su ánimo de embriagarse para matar a otro, ni tampoco puede afirmarse que la conducta de yacer con una mujer casada sea el comienzo de ejecución de un homicidio, por mucho que sea el ánimo del codelincuente de la adúltera de que el marido le sorprenda y le ponga en situación de tener que matarle para salvar su vida. (Zaffaroni, 1981, pp. 440-441)

Finalmente, como señala Pérez (2016), en un estado de inimputabilidad –completa- la persona que infringe la ley no sabe lo que hace, por ende, no existirá un supuesto de dominio del hecho por la persona en el momento precedente T_1 , ya que esta persona no sabrá lo que hará o sucederá una vez se encuentre en estado de inimputabilidad (T_2), consecuentemente, al faltar el dominio del hecho faltará la tipicidad (Zaffaroni, 1981). Esto es más entendible a través de la siguiente representación:

Nadie duda que si el ebrio, en lugar de matar a su rival de amores, le abraza y le dice que se quede con la novia, o si el marido engañado felicita al amante y le cede a la



esposa, a nadie se le ocurriría condenar la conducta del ebrio y del amante como tentativa de homicidio. (Zaffaroni, 1981, p.443)

Por otro lado, pese a lo inviable de la ALIC –en supuestos de inimputabilidad completa-, pareciera suceder lo contrario, al fundamentar la ALIC en supuestos donde la persona provoca de forma dolosa o culposa, una situación de inimputabilidad restringida o disminuida a fin de obtener beneficios a su favor.

Como se ha advertido, la principal crítica a la ALIC en supuestos de inimputabilidad completa (no ausencia de acción, sino ausencia de culpabilidad), es la inexistencia de la capacidad de culpabilidad y su posible vinculación -de lo que pueda vincular esa inexistencia- al hecho atentatorio de un bien jurídico. Es decir, se critica la falta de previsibilidad de la conducta que desarrollará ulteriormente el inimputable.

Como enseña Bustos (2004), en relación a la inimputabilidad, este señala que “no hay individuos «inimputables» en el sentido tradicional de falta de capacidad concreta de libertad, o de culpabilidad o de motivación. Todos los hombres tienen tales capacidades” (p. 1133), en ese sentido, lo que hace inimputable a una persona en el Derecho Penal, es la falta de capacidad que tiene para comprender la exigencia de la antijuricidad y poder adecuar su conducta a esa comprensión (Zaffaroni, 1999), esto es, se trata de un déficit en el sujeto que le hace incapaz de comunicar con su conducta un hecho voluntario. (García, 2019).

En razón a ello, contrario a la concepción que se tiene de la inimputabilidad, la imputabilidad se asentará entonces sobre una concepción de culpabilidad donde el hombre, como sujeto, tiene capacidad para decidir la conducta que tiene pensada seguir (Zaffaroni, 1999), esto es, la culpabilidad de una persona, tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión de esta, siendo ello un requisito previo para que la persona pueda ser responsable por sus actos (Jescheck, 2014).



La persona que ingiere bebidas alcohólicas y no alcanza el nivel de grave alteración de la conciencia que genere su inimputabilidad, aunque con una capacidad reducida de comprensión de la ilicitud de su acto, es consciente y libre de decidir sobre su conducta, así también lo expresa el entrevistado JMC2023 en su respuesta a la pregunta 2. Se trata, entonces, en estas situaciones, de un caso de imputabilidad, que genera el reproche de culpabilidad por la conducta desplegada por el sujeto, pues la persona es capaz de comprender el injusto personal de su hecho y pasible de poder actuar conforme a esa comprensión, claro está que a la persona le puede costar más o menos motivarse por la norma (Roxin, 2006, p. 839), pero todavía es capaz de evitar la comisión del delito (Villavicencio, 2013, p. 606).

De este modo, como reconoce mayoritariamente la doctrina y lo hemos evidenciado, se admite la existencia de personas cuya capacidad de culpabilidad no está excluida y que contrario a estar plenamente en uso de sus capacidades, su capacidad simplemente se encontraría disminuida (Cerezo, 2008, p. 821), inclusive, como muy acertadamente señala Jiménez de Asúa (1984) y Hurtado (2016), que en estas situaciones la persona se hace aún más peligrosa que una persona sobria o en completo estado de inimputabilidad.

En estos casos, la única diferencia en relación a los presupuestos de la inimputabilidad completa, recaen en los elementos psicológicos de la culpabilidad, esto es, en buen romance, que la capacidad de comprensión del ilícito y la autodeterminación no están excluidos del sujeto, sino que están reducidos considerablemente (Jescheck, 2014, p. 652).

Constituye entonces un supuesto de ALIC que la persona se encuentre en este estado de limitación en su capacidad de comprensión o autocontrol (Jescheck, 2014, p. 652), esto es, en un estado defectuoso, que el mismo hubiera provocado para cometer un ilícito penal. La solución, distinto a lo que sucedía en una inimputabilidad completa, devendría en evitar la impunidad del sujeto con la disminución –en beneficio de reducción- de su pena.



Así, en este supuesto, es posible apreciar que se trata de una ALIC donde concurriría para ambos tiempos, tanto en la conducta precedente (T_1) como en la conducta ulterior, ejecutiva del delito (T_2), la capacidad de comprensión y autodeterminación en el sujeto. Por demás, queda decir entonces, que a diferencia de la ALIC en supuestos de inimputabilidad completa, aquí la ALIC cumpliría con las exigencias del Principio de Culpabilidad, el Principio de Legalidad, Principio de Coincidencia y Similitud; pudiendo recurrirse a una solución a través de los modelos del injusto típico –Tipicidad- y/o de la Excepción. Siendo a nuestra consideración, la más correcta para fundamentar la agravante, el Modelo de la Excepción formulada por Hruschka.

En el modelo de la Excepción, como señala Hruschka, la estructura de la ALIC fundamenta el castigo en la sanción -de forma excepcional- de la acción cometida en estado defectuoso, porque es esta acción la que directamente lesiona un determinado bien jurídico y, es esta en la medida que fuera planeada en estado consciente, la que puede considerarse libre in causa (Demetrio, 2020, pp. 137-138).

En igual sentido, el fundamento del castigo que pregona este modelo, se fundamenta en que el dolo de la persona en el tiempo precedente T_1 , tiene que ser tal, que evidencie el despliegue de actos típicos y necesarios para cometer la circunstancia ulterior, vale decir, que sea una voluntad realizadora del delito, que no quede en meras reflexiones o actos preparatorios, sino que conlleve circunstancias objetivas con las que se materializará en un momento posterior la acción final (Pérez, 2016, p. 44).

Desde esta perspectiva, la ALIC supera los presupuestos que inicialmente se invocaban en su contra, vale decir, ahora es acorde con el Principio de Culpabilidad y Similitud, puesto que si antes no se cumplía con el artículo 9 del Código Penal, en este supuesto la conducta si cumple con efectuarse en el momento de la comisión del hecho, esto es, el sujeto al momento del hecho contaba con capacidad para ser considerado culpable; entonces, se advierte que existe



plena correspondencia con la capacidad de culpabilidad y el hecho cometido, en el momento de la comisión el sujeto podía doblegar su conducta de forma dolosa o culposa (Pérez, 2016, p.50), según la determinación que viera por conveniente. Respecto del dolo en T_1 y la intencionalidad (dolo) en T_2 , sucede que la intencionalidad o dolo en la persona es lineal, puesto que su capacidad de comprensión y autodeterminación se conserva, quedando reservada la acción a la determinación que en la ejecución hiciera el agente delictivo.

Si bien se señalaba en los supuestos de inimputabilidad completa, la no coincidencia entre el injusto realizado en T_1 y en T_2 , principalmente por la falta de simultaneidad entre el injusto personal y la culpabilidad; en la inimputabilidad disminuida, injusto típico y capacidad de culpabilidad coinciden temporalmente ($T_1 \equiv T_2$), aunque la capacidad en esta última esta disminuida no puede negarse la existencia de los mismos elementos de la culpabilidad, siendo el único elemento disminuido el de motivación de la norma en T_2 , lo que no significa su inexistencia.

Asimismo, cumple con el principio de legalidad, al respetar la vigencia del aforismo postulado por Feuerbach: *nullum crimen, nulla poena sine lege* (Mir, 2016, 114). Lo que busca la ALIC en estos supuestos, con la solución del modelo de la excepción, es la fundamentación del castigo por la conducta realizada en estado de inimputabilidad restringida, esto es, cuando era aún consciente; puesto que, allí recién encuentra pleno sentido lo dicho por Hrushka, al señalar que “en todo comportamiento el autor ha comprendido todas las modalidades de la conducción del hecho” (Pérez, 2016, p. 44), que no aplica para supuestos de inimputabilidad completa, pero sí para los supuestos de inimputabilidad disminuida.

Finalmente, existe coincidencia entre el estado defectuoso y la configuración del hecho en Tentativa, pues como se señaló, uno de sus postulados del modelo de la Excepción, es la consideración del dolo en la conducta precedente (T_1) a escala, necesariamente, de actos



materiales y necesarios para producir el resultado del propósito del autor. La apreciación objetiva en T₁, coadyuvará de forma probatoria a determinar el ALIC en cada caso.

Resulta claro, entonces, que la aplicación de la ALIC es posible y no vulnera el principio de culpabilidad al aplicarse a casos de inimputabilidad disminuida. La solución que despliega, es, en primer lugar, evitar la disminución del margen punitivo de la conducta (que es lo común, como lo evidencian los magistrados con Código LASN2023, a la pregunta 3; MWAR2023, en la pregunta 2, RGCA2023 a la pregunta 3; ALM2023 a la pregunta 2; y GCL2023, pregunta 2).

Sin embargo, la realización de esta conducta de manera premeditada y voluntaria para la consecución del posterior resultado, en un estado consciente, justificaría con base en la ALIC en un incremento punitivo, así lo ha señalado Jescheck (2014), al señalar que el incremento punitivo encuentra justificación en que “la culpabilidad, frente al caso normal, puede estar notablemente incrementada por el hecho de que el autor haya originado culpablemente el trastorno psíquico y, por ende, pudo haber previsto el peligro de la comisión del delito” (p. 653). En el mismo sentido, lo entendieron Jiménez de Asúa (1984) y Hurtado (2016), para quienes en esta situación no puede aplicarse de forma automática una reducción de pena, más aun cuando la persona en este estado resulta más peligroso.

Por su parte, Arbulú (2018) y Peña Cabrera (2023), al comentar el delito de Violación Sexual, señalan que la conducta del agente es agravada por el estado de ebriedad del mismo en la medida que concurre una ALIC, en la que el autor consume bebidas alcohólicas para motivarse y cometer la conducta ilícita; así también, desde una visión practica refieren su posible agravación los jueces y fiscales entrevistados (ver anexo B3), quienes no han sentenciado así, pero refieren de la posibilidad de aplicación de la ALIC, a modo de ejemplo, la apreciación del magistrado con código GCL2023, quien de manera muy ilustrativa refiriéndose al delito objeto de investigación (artículo 170 inciso 13 del Código Penal), señala: “si se presenta un caso de ese tipo, que una persona ha planificado varios días cometer un delito



de violación, se ha preparado, incluso ha obtenido objetos para lastimar de mayor manera a la agraviada, u otras cosas para hacer sufrir a la agraviada, se ha comprado bebidas (rones) y en ese estado ha maquinado como cometer el delito” (pregunta 6), “hay una planificación como digo una violación, por ejemplo de días (por lo minucioso de la violación), el lugar, la habitación, si tiene objetos, ha esperado a la víctima, la ha estudiado, sabe dónde vivía a esperado la hora cuando estaba sola, ha obtenido sustancias para que se adormezca, ha bebido también, no creo que se razonable absolverlo. Pienso que se tendría que aplicar, en estos casos, la doctrina de la *Actio Libera in Causa*” (pregunta 8).

La ALIC, en ese sentido, permitirá fundamentar una interpretación adecuada del estado de ebriedad como una circunstancia que agrava la conducta, en la medida que su aplicación se circunscriba, a lo sumo, para conductas que generen imputabilidad restringida (incompleta o disminuida), donde es posible advertir la presencia de dicha agravante por la estructura propia de la ALIC. Resaltando que, hablamos aquí de un ALIC dolosa, descartando la ALIC culposa en estos supuestos, porque la estructura típica del delito de Violación contra la Libertad Sexual, requiere y es esencialmente doloso, lo contrario haría suponer una grave presunción de derecho penal de autor y violación flagrante al principio de legalidad.

- Sobre el segundo Objetivo e Hipótesis específica: *Explicar si el Método Widmark sirve como fundamento jurídico para una correcta interpretación del Estado de Ebriedad del agente como circunstancia agravante en la comisión de Delitos Sexuales.*

Como, se ha venido en explicar en el objetivo específico anterior, el estudio previo realizado a la ALIC, resulta de relevancia a fin de explicar de forma adecuada la agravante por ebriedad en el Delito de Violación Sexual; sin embargo, siendo que el estado de ebriedad surge como una categoría principal del presente estudio, no es menos importante la reciente consideración por parte del Poder Judicial, respecto del Método Widmark como un método científico para el análisis de dicho estado de ebriedad cuando está se presenta en la persona,



pues ella a decir del magistrado con código ALM2023, surge como un esfuerzo que hace la jurisprudencia, utilizando la ciencia, a fin de medir los estados de alcoholemia y de esa manera determinar los niveles de responsabilidad de una persona (respuesta a la pregunta 7).

Nuestro estudio -tomando en cuenta al referido Método Widmark- tiene coincidencia con los estudios que se han encargado de analizar y comentar los alcances del estado de ebriedad en la comisión de delitos en el Código Penal, en concreto referente a la alteración grave de la conciencia que genera dicha sustancia en el agente y la pérdida de control en el desplazamiento de la conducta delictiva. Situaciones estas que se producen, como hemos mencionado, entre otros factores, por la ingesta de bebidas alcohólicas más allá de lo razonable.

En ese sentido, debemos mencionar que la ebriedad o intoxicación etílica, constituye un estado de alteración orgánica y psíquica ocasionado por alcohol etílico y sicotrópicos (Casación N° 2039-2019-Ancash, 2021). Presentando en su formación, como bien señala Carrara (1996), un aspecto proteiforme, que según a sus causas y efectos, se evidencian a través de aspectos fisiológicos, es decir con manifestaciones objetivas y materiales; y psicológicos, donde el alcohol influye necesariamente en la voluntad de la persona.

Se trata entonces, de un estado tal que afecta la conducta de la persona, a nivel de su capacidad de libertad de comprensión o autodeterminación, generando en muchos casos su consideración como causa de inimputabilidad; sin embargo, se debe precisar que el estado de ebriedad en sí mismo, no constituye una causa que da lugar a un supuesto de inimputabilidad (respuesta del entrevistado JMC2023 a la pregunta 2), sino que “para dar lugar a un trastorno mental transitorio con eficacia de eximente, esta debe producir en el sujeto una plena exclusión de la imputabilidad, se exige así que sea fortuita, de grado pleno (gran intensidad) y total en cuanto al efecto en la conciencia” (Recurso de Nulidad 3482-2008-Callao, 2009). De igual forma, para que sea considerado una eximente incompleta, señala la Corte Suprema que la ingesta alcohólica tiene que ser de tal intensidad que contribuya a la minoración de las



facultades mentales del sujeto que sobrepasen el límite de lo normal; en ese sentido, “no toda ingesta alcohólica da lugar a la aplicación de la eximente por grave alteración a la conciencia” (Recurso de Nulidad 3482-2008-Callao, 2009).

En todo caso, el estado de ebriedad en una persona requiere de un nivel e intensidad tal, que propicien su relevancia y puedan ser abarcados por el Derecho Penal.

De ahí que surge la necesidad de la aplicación del método Widmark, como un método científico creado para determinar de forma retroactiva la cantidad e intensidad de alcohol en la sangre de una persona.

Así, en 1922, la eliminación del alcohol en el cuerpo humano fue estudiada por el químico sueco Erik Mattes Prochet Widmark, quien desarrolló un método para determinar la concentración de alcohol en la sangre y concluyó que la desaparición del etanol se da a un ritmo de 0,15 g/l por hora (Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, 2015), esto es, determinó el ritmo en el que va desapareciendo el alcohol en la sangre de una persona que ingirió bebidas alcohólicas (curva de Widmark).

En igual contexto, la jurisprudencia es quien detalla que el Método Widmark: “ $C_o = C_r + \beta + T$ ” es ampliamente utilizado con fines forenses, siendo su principal aplicación para: i) Estimar la cantidad de bebida alcohólica ingerida a partir del conocimiento de la concentración etílica en la sangre; ii) conocer el tenor de alcohol en la sangre en un tiempo anterior a la toma de muestra (cálculo retrospectivo); y iii) efectuar proyecciones sobre la cantidad en la sangre según las cantidades de etanol ingeridas (Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, 2015, F.J. 3.7).

Sin duda, este método resulta de gran utilidad práctica pues coadyuva en la determinación de la responsabilidad, así lo ha señalado el magistrado con código RGCA2023, a la pregunta 7, para quien en su experiencia se usa bastante por los jueces para determinar la conducta como una causa de inimputabilidad o atenuante. Siendo necesario para estos fines la



prueba de dosaje etílico, sumado a otros medios probatorios del caso en concreto (Casación N° 460-2019-Huanuco, 2020, F.J. 13).

Así, la fórmula del Método Widmark se expresa de la siguiente manera:

Tabla 15

Fórmula del Método Widmark

METODO WIDMAR: $C_o = C_r + \beta + T$
Donde: C_o es igual a la concentración de alcohol en sangre al momento de la realización del hecho en concreto. C_r es el grado de alcoholemia que se advierte en la toma de muestra que se plasma en la prueba de dosaje etílico. B es el coeficiente de etiloxidación, pérdida de alcohol en la sangre (0.15 g/l por hora – 0.0025 g/l por minuto) T es el tiempo transcurrido entre el momento del hecho en concreto y el momento de la toma de la muestra.

Fuente: Elaboración propia a partir del R.N. N° 1377-2014.

En la practica la utilización del método Widmark por parte de magistrados resulta sumamente importante, así como, el mismo abogado y persona particular podría aplicarlo por lo sencillo de entender (respuesta del entrevistado con código GCL2023 a pregunta 7). Siendo en estos casos, aconsejable anotar la hora en que ocurrieron los hechos y el momento en que se efectúa el examen físico (Casación N° 2039-2019-Ancash, 2021).

Por otro lado, es menester señalar que en el Perú, en el año 2002, se ha venido en promulgar la Ley 27753, específicamente para modificar los delitos de Homicidio, Lesiones y conducción en estado de ebriedad; empero, lo resaltante de esta ley es que, a través de su artículo 4 se ha incorporado legalmente una Tabla de Alcoholemia que como anexo acompaña a la referida Ley. Esto es:



Tabla 16.

Tabla de Niveles de Alchohemia

TABLA DE ALCOHOLEMIA
<p><u>Primer periodo: 0.1 a 0.5 g/l: subclínico</u></p> <p>No existen síntomas o signos clínicos, pero las pruebas psicométricas muestran una prolongación en los tiempos de respuesta al estímulo y posibilidad de accidentes.</p> <p>No tiene relevancia administrativa ni penal.</p>
<p><u>Segundo periodo: 0.5 a 1.5 g/l: ebriedad</u></p> <p>Euforia, verborragia y excitación, pero con disminución de la atención y pérdida de la eficiencia en actos más o menos complejos y dificultad en mantener la postura. Aquí está muy aumentada la posibilidad de accidentes de tránsito por disminución de los reflejos y el campo visual.</p>
<p><u>Tercer periodo: 1.5 a 2.5 g/l: ebriedad absoluta</u></p> <p>Excitación, confusión, agresividad, alteraciones de la percepción y pérdida de control</p>
<p><u>Cuarto periodo: 2.5 a 3.5 g/l: grave alteración de la consciencia</u></p> <p>Estupor, coma, apatía, falta de respuesta a los estímulos, marcada descoordinación muscular, relajación de los esfínteres.</p>
<p><u>Quinto periodo: niveles mayores de 3.5 g/l: coma</u></p> <p>Hay riesgo de muerte por el coma y el para respiratorio con afectación neumológica, bradicardia con vaso dilatación y afección intestinal.</p>

Fuente: Ley N° 27753.

Cabe resaltar que si bien se incorpora legalmente la Tabla de Alchohemia a través de la Ley 27753 (2002), mediante su propio artículo 4, la ley refiere que su valor es únicamente referencial (artículo 4).

Por ello que, de forma muy acertada el magistrado con código de entrevista LASN2023, señala que los valores allí plasmados son muy subjetivos puesto la fisiología del ser humano es distinta, debiéndose tomar sus resultados como referenciales (respuesta a la pregunta 7).

Ahora bien, mediante reiterada jurisprudencia se ha venido aplicando el método Widmark a diferentes casos penales y sujetando sus resultados a la Tabla de Alchohemia para encontrar una solución plausible a cada caso en concreto (Recurso de Nulidad N° 1690-2021-



Lima Sur, 2022), y es que como señala Toledo (2021) en las conclusiones de su tesis, el estudio retrospectivo del método Widmark, es una prueba de gran utilidad para determinar el nivel de alcoholemia que presentaba una persona al momento de la comisión de un ilícito penal.

En ese sentido, antes de señalar la forma de aplicación del método Widmark para a través de ella interpretar al ebriedad del agente como una circunstancia agravante, conviene precisar lo siguiente: i) De lo que se trata aquí con la aplicación del método Widmark, es la ubicación del resultado en el nivel que corresponde según la Tabla de Alcoholemia; y ii) que acorde a dicho nivel se asigna una posible reacción o característica en la persona que presenta alcohol en su sangre, conforme señala la Tabla de Alcoholemia.

Resulta importante la primera precisión, en razón a que, los resultados que arroja el método Widmark, al contar con un carácter científico, tal como lo ha señalado la Corte Suprema en reiterados pronunciamientos, sus resultados son plenamente validos e inobjectables (Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, 2015, F.J.). Lo que supone, la imposibilidad de negar el valor vinculante que le otorga la Corte Suprema a sus decisiones.

Respecto a la segunda precisión, la Ley 27753 en su artículo 4 ha referido el carácter referencial de la Tabla de Alcoholemia, lo que supone que en dichos periodos o niveles, los síntomas allí asignados, pueden variar o se pueden presentar de diferente forma. En concreto, no es que el método Widmark sea inexacto, sino que los síntomas o características a los que se hace mención son los que pueden variar o presentarse de distinta forma.

Por ello, compartimos lo señalado en las ejecutorias supremas de nuestras altas cortes, a través del Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, Recurso de Nulidad 1053-2018-Huancavelica, Recurso de Nulidad 840-2018-Lima, Recurso de Nulidad 2131-2018-Lima Sur, Casación 460-2019-Huanuco, Recurso de Nulidad 1058-2020-Lima Norte y Recurso de Nulidad 1690-2021-Lima Sur, donde se advierte que los magistrados encuentran responsabilidad disminuida y en otros casos eximentes completas, no solo tomando en cuenta



la presencia de un determinado nivel de alcohol en la sangre, sino que recurriendo a pruebas complementarias ajenas a las muestras de sangre para determinar la conducta o síntoma real presente en el agente para determinar su responsabilidad.

Aspecto que es acorde a los principios del Derecho penal, puesto que como señala el entrevistado con código JMC2023 a la pregunta 5, únicamente nos encontraremos en el quinto periodo que exime de conducta, cuando efectivamente la persona se encuentre con grave alteración de la consciencia; pudiéndose determinar ello únicamente con la concurrencia adicional de medios probatorios que ayuden a evidenciar tal aflicción en la capacidad de culpabilidad del sujeto (Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, 2015).

Por estas razones, resulta plenamente valido los argumentos esgrimidos en ese sentido por la Corte Suprema, respecto de la validez del Método Widmark, la ubicación de su nivel en la Tabla de Alcholema y su corroboración con pruebas periféricas para evidenciar los síntomas que provocan grave alteración de la consciencia o inimputabilidad disminuida en la persona, decidiéndose en algunos casos por la absolución del imputado (Recurso de Nulidad N° 1053-2018-Huancavelica, 2018) y en otros por la disminución de la pena (Recurso de Nulidad N° 1690-2021-Lima Sur, 2022; Recurso de Nulidad 840-2018-Lima, 2019).

Por lo que, a efectos de interpretar de forma adecuada el estado de ebriedad del agente como una circunstancia agravante en la comisión de Delitos contra la Libertad Sexual, resulta plenamente valido el análisis retrospectivo que otorga el método Widmark en cada caso concreto, de las consecuencias y efectos que generan en la persona la ingesta de bebidas alcohólicas.

Siendo tajante el fundamento que ofrece el Método Widmark, pues delimita el campo de verificación de la conducta que puede ser tomada como agravante, siendo estos de 0.5 g/l hasta 2.5g/l de alcohol, donde en la persona presenta los síntomas de euforia, verborragia, excitación, disminución de la atención, pérdida de la eficiencia en actos más o menos



complejos, confusión, agresividad, alteraciones de la percepción y pérdida de control, sumado a otros efectos o síntomas donde, como dice Carrara (1996), la persona ejercer influjo sobre su voluntad.

En este margen de configuración, es posible sustentar que el autor puede ingerir bebidas alcohólicas con una finalidad delictiva, sea para tener mayor valor de cometerlo o de ahogar las dudas que le impongan su consciencia, así como para formularse dentro de sí una excusa (Carrara, 1996, p. 236), es decir, aquí se podrá advertir si la persona se puso en dicho estado para delinquir y por ende no aplicar la reducción de pena que delimita la Tabla de Alcoholemia (Toledo, 2021). Se tratará entonces de un supuesto de ALIC.

Finalmente, y a modo de ejemplo, se tiene el pronunciamiento de la Casación N° 2075-2019-Lambayeque (2022) en la que se aplica el estado de ebriedad como una circunstancia agravante en la comisión del delito de Femicidio, en grado de tentativa, pues la persona de forma premeditada y consciente (que es lo que se requiere y se encuentra dentro del segundo y tercer periodo) dirige su conducta de forma elaborada para violentar, de manera más grave, el bien jurídico protegido (F.J. 6.18). Y es que, como señala Rojas (2020) en las conclusiones de su tesis titulada “Actio libera in causa, como excepción para considerar al estado de ebriedad o drogadicción como un agravante de punición”, se fundamenta la agravante por que el agente parece crear una situación de peligro o riesgo al manipular objetos, lo cual es típico de ofensas peligrosas. Resulta entonces pertinente, vincular la recomendación que hace la Corte Suprema para este tipo de situaciones: “en casos como el presente se debe precisar si el estado de ebriedad o drogadicción en el que se encontraba el agente al momento de la comisión del hecho fue una situación preconstituida por el sujeto para perpetrar el delito o si simplemente se trató de un estado de ebriedad ajeno a la producción del hecho delictivo” (Casación N° 2075-2019-Lambayeque, 2022).



En síntesis, el método Widmark sirve para fundamentar la agravante por el estado de ebriedad del agente en el sentido que los resultados que arroja nos enlaza directamente con la Tabla de Alcoholemia la misma que fija las características o síntomas que pudiera presentar el agente en estado de ebriedad. Siendo importante la utilización de dicho método de forma restrictiva, recurriendo a ello desde el nivel de 0.5 g/l hasta límites inferiores a la situación de grave alteración de la consciencia, esto a efectos de fundamentar la agravante por estado de ebriedad, margen que es el adecuado a efectos de evidenciar o no una mayor lesividad al bien jurídico protegido.

-Sobre el tercer objetivo e hipótesis específica: *Desarrollar el contenido de una propuesta de modificatoria legislativa en el inciso 13 del artículo 170 del Código Penal, que respete los principios que rigen nuestro Sistema Penal, con base en la Constitución y los Derechos Fundamentales de los justiciables, evitando impunidad y/o arbitrariedad en personas procesadas por delitos contra la Libertad Sexual.*

Como hemos advertido, no cabe duda de la importancia que reviste en el Derecho la presencia de alcohol en la sangre de una persona. Y es que a partir de allí, es posible determinar posterior a la verificación de los primeros elementos del delito que su conducta se haya visto influenciada por la presencia de alcohol, con consecuencias de aminoración, agravación, exoneración de pena o simplemente no siendo relevante dicho estado para el Sistema Penal.

Analizar dicho estado desde la óptica del Derecho Penal, sugiere de manera imperante la necesidad de que el Legislador, elabore una adecuada redacción de la circunstancia para tenerla presente al momento de encontrar justicia en cada caso concreto.

Se ha advertido, respecto del estado de ebriedad como elemento normativo del tipo, que en consonancia con la incorporación legislativa que modifica el Delito de Violación Sexual, artículo 170 del Código Penal que incorpora como agravante a dicho estado de ebriedad, un



aparente conflicto de normas a nivel jurisprudencial, doctrinario y práctico en los operadores del Derecho, que pueden ocasionar serias consecuencias para el sistema penal y la vigencia de la norma penal *in comento*.

Así, se consideran en primer lugar, por parte de algunos operados jurídicos (entrevistados con código LASN2023, MWAR2023, RGCA2023) la evidencia de una antinomia normativa en relación a la agravante del inciso 13 del artículo 170 del Código penal con la eximente y/o eximente incompleta del artículo 20 y 21 del Código Penal, ello al advertirse que en el primer supuesto, la presencia de un estado de ebriedad puede agravar la conducta y en el segundo, dicho estado puede generar una atenuante o eximente de responsabilidad penal. Por otro lado, existen otros operados del derecho (entrevistados con código LAAC2023, ALM2023, PDMP2023, GDEA2023, JMC2023) quienes niegan tal antinomia, señalando que la ebriedad como tal no es una eximente ni atenuante, sino que ella simplemente sería un factor que podría determinar la aplicación de una eximente o la presencia de la agravante incorporada por Ley 30838 (recurriendo al principio de legalidad).

De igual forma, en la doctrina se tiene los pronunciamientos de los profesores Peña Cabrera (2023), Arbulú (2018) y Villareal (2022), quienes al comentar la circunstancia agravante de ingesta de alcohol incorporada para comisión de Delitos de violación sexual, sostienen la aplicación de la ALIC como solución interpretativa correcta para estos casos; sin embargo, conforme lo advierte Podesta (2022), al analizar lo señalado por el profesor y magistrado Salinas Siccha, señala que para este autor, la agravante debe ser aplicada de forma literal. Concluyendo la tesista, que estas posiciones hacen entrever que no se ha llegado a un criterio uniforme respecto a la aplicación de esta agravante (pp. 275-276).

Se advierte también en la Jurisprudencia, pronunciamientos sobre situaciones ilícitas cometidas en estado de ebriedad, donde se ha aplicado una eximente o una atenuante de responsabilidad y, en otros, pese a la ingesta de alcohol, se sanciona como delito doloso simple



(Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, Recurso de Nulidad 1053-2018-Huancavelica, entre otras).

Sin embargo, pese al delito materia de controversia en dichos pronunciamientos, resalta la consideración que hace la Corte Suprema al considerar la existencia de la ALIC, como posible solución para evitar impunidad por exoneración o aminoración de pena en el agente que premedito su conducta. No existiendo aplicación en concreto de dicha figura penal, solo mención a sus beneficios dogmáticos.

Lo resaltante de estos pronunciamientos de la Corte Suprema, se evidencian con las ejecutorias supremas: Casaciones N° 2064-2019-Huanuco, Recurso de Nulidad N° 598-2022-Lima Sur, la Casación N° 1520-2021-Ica y Casación N° 2075-2019-Lambayeque. Donde en la primera, segunda y tercera ejecutoria suprema, los hechos se circunscriben a un Delito contra la Libertad Sexual, y el cuarto, a uno de Femicidio. Teniendo todas en común, que los hechos materia de acusación, fueron realizados después de la entrada en vigencia de la sanción como circunstancia agravante al estado de ebriedad del agente, sea en el delito de Violación Sexual (primera, segunda y tercera ejecutoria) o en el de Femicidio (cuarta ejecutoria).

Las dos primeras ejecutorias supremas: Casaciones N° 2064-2019-Huanuco y Recurso de Nulidad N° 598-2022-Lima Sur; se trata de la acusación por el Delito de Violación Sexual, de menor de edad. Sin embargo, pese a la presencia de alcohol en la persona que comete dicho ilícito penal, por imperio del principio de legalidad no sería posible aplicar a este tipo penal la referida agravante, siendo un problema de técnica legal en estos supuestos donde la persona afectada viene a ser un menor de edad. Resulta importante advertir el ejemplo de estas dos ejecutorias, por la misma razón que en ningún extremo se hace siquiera un análisis de la ALIC, para evitar fundar una aminoración o exención de pena. Siendo que debió verificarse en estos casos la presencia de la ALIC.



La ejecutoria suprema emitida el año 2023, esto es, la Casación N° 1520-2021-Ica (2023), refiere que los hechos materia de acusación se circunscriben a un Delito de Violación Sexual; sin embargo, pese a corresponder al Fiscal calificar los hechos de forma adecuada, respetando el principio de legalidad, no se ha venido en imputar la agravante de ebriedad, pese al principio de legalidad, para ser considerado mínimamente por parte del órgano jurisdiccional. Empero, el Colegiado Supremo ha venido en advertir dicha circunstancia, resaltando la incorporación y vigencia de la Ley 30838, que considera ahora al estado de ebriedad como una circunstancia agravante, apreciación que desde nuestra perspectiva no fue suficiente, ya que no se dilucida en el caso concreto porque no se aplicó la circunstancia agravante, pese a que la persona se encontraba en estado de ebriedad conforme requiere el inciso 13 del artículo 170 del Código Penal y contrario a ello, se valoró la eximente de responsabilidad penal referida a la alteración de la consciencia que si bien no concurrió y el Colegiado supremo advirtió la presencia de plena imputabilidad en el agente (Casación N° 1520-2021-ICA, F.J. 17), no valoró la posible existencia de una ALIC para fundamentar una sentencia fundada en derecho.

Por otro lado, se tiene la Casación N° 2075-2019-Lambayeque (2022), que trata sobre un hecho que se circunscribe a la comisión de un delito de Femicidio, en grado de tentativa, donde también concurre la agravante de estado de ebriedad.

En esta última ejecutoria, el Colegiado Supremo, de forma adecuada, recurriendo al principio de congruencia procesal, analiza la agravante del estado de ebriedad, donde en primer término advierte que existe un tratamiento diferente al estado de ebriedad en nuestro ordenamiento, como atenuante y como agravante. Para ello, señala que la explicación en considerar, en estos casos, al estado de ebriedad como agravante surge de la necesidad de castigar las consecuencias a que conlleva la responsabilidad humana, señalando que:

Si se pone en estado alcohólico (...) para realizar un comportamiento, a manera de otorgarse valor y vencer sus miedos al momento de cometer el hecho ilícito, tiene que



ser agravante; mientras que, si lo hace por diversión o vicio y posteriormente, sin haberlo premeditado, incurre en un ilícito penal, sería atenuante, pues en el primer caso asume conscientemente la comisión de un delito, lo premedita y para hacerlo efectivo decide, además, colocarse en un estado de desinhibición bajo los efectos del licor o las drogas, con lo que está asumiendo toda la responsabilidad consciente de ejecutar un hecho y se está premuniendo de todos los elementos necesarios no solo materiales (armas), sino también subjetivos para consumir su comportamiento ilícito. (Casación N° 2075-2019-Lambayeque, 2022, F.J. 6.13)

Aquí se advierte la fundamentación de la ALIC, siendo que la Corte Suprema, la reconoce para fundar la agravación de la conducta. De más está decir que compartimos su adecuada fundamentación, donde no solo toma en consideración la agravante sino las circunstancias del caso en concreto y el estado consciente del agente para planificar la comisión del ilícito penal.

Sin embargo, a nivel jurisprudencial se advierte la necesidad un marco de delimitación en cuanto a considerar como circunstancia agravante al estado de ebriedad, ello debido a que en muchos de los pronunciamientos de la Corte Suprema, se ha advertido criterios en los que se considera a la ahora agravante como una eximente o atenuante y, en otros no se aplica dicha agravante pese a la vigencia de la norma que la reconoce (Podesta, 2022, p. 276).

Entonces frente a la evidencia esgrimida del conflicto pragmático, dogmático y jurisprudencial que conlleva la existencia del estado de ebriedad en la redacción normativa contenida en el inciso 13 del artículo 170 del Código Penal, con la intención de zanjar dicho problema interpretativo, creemos que la actual redacción del artículo 170 inciso 13, conforme la modificatoria de la Ley 30838, de 04 de agosto de 2018, es inadecuada y debe ser reformulada, con una mejor técnica de redacción por parte del Legislador que contemple las



necesidades y solucione los problemas evidenciados en líneas anteriores. Por lo que, desde nuestra postura, podría quedar redactada de la siguiente manera:

Tabla 17.

Propuesta de Reforma Legislativa

PROPUESTA DE REFORMA LEGISLATIVA
<p>Artículo 170.- Violación sexual</p> <p>(...). La pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, en cualquiera de los casos siguientes:</p> <p>1. (...)</p> <p>13. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 <u>y menor de 2.5 gramos-litro</u>, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, <u>si previamente se hubiera puesto en dicho estado para evitar o disminuir su culpabilidad.</u></p>

Fuente: Elaboración propia.

La construcción aquí propuesta, como se verá más ampliamente en los párrafos siguientes, contempla una descripción que limita la consideración del estado de ebriedad como agravante a supuestos en que el nivel de alcohol no genere en la persona un nivel tal para llegar a un estado de grave alteración de la consciencia, lo que es denominado como inimputabilidad restringida, cuya consecuencia es la eximente imperfecta de responsabilidad penal en la Parte General. Asimismo, conforme la interpretación que hace la doctrina y la necesidad que tiene la jurisprudencia para no violentar el principio de legalidad, se ha regulado una estructura que enmarca en su construcción, la presencia de una ALIC para fundamentar la sanción como circunstancia agravante. Respetando en todo momento los principios que rigen a nuestro Sistema Penal, con base en la Constitución Política del Estado como límite infranqueable del



respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Ha decir del maestro Jiménez de Asúa (1984), el Derecho Penal viene a ser el conjunto de normas y disposiciones que regulan el ejercicio del poder sancionador del Estado, estableciendo un concepto de delito traducido en una norma de infracción (p. 18), las mismas que se traducen en protectoras de bienes jurídicos y que precisan su alcance para vincular una sanción a su infractor (Zaffaroni, 1998, p. 24)

Así, la norma funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo, en los individuos, que se abstengan de dañar esas condiciones elementales (Muñoz, 2004, p. 46). De ahí que resulte relevante revestir dicha norma de un carácter legitimador que motive en el ciudadano su cumplimiento, al mismo tiempo que sirva de sanción, en términos más justos, de acuerdo a los principios que rigen nuestro Sistema Penal.

Y es que, como señala Villavicencio (2019), los principios a su vez que legitiman el sistema penal, sirven como un límite en la actuación del Estado (p. 34). De ahí que nuestro Código Penal (1991), en aras de limitar el actuar punitivo del estado, regule en su estudio Preliminar como principios: al principio de Legalidad (artículo II), de no admisibilidad de la analogía (artículo III), Lesividad (artículo IV), principio de Culpabilidad (artículo VII), principio de Proporcionalidad (artículo VIII) y principio de la predeterminación de la función de la pena (artículo IX).

Siendo los principios que rigen comúnmente y resaltan de los demás, al momento de crear y justificar la sanción en una norma: el principio de Legalidad, Lesividad y Principio de culpabilidad (Bustos, 2004, p. 564)

El principio de Legalidad, viene expresado por el aforismo “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” formulado por Feuerbach (Mir, 2016, p. 114). Siendo por este principio, que el estado



no puede exceder lo que esta taxativamente señalado en la ley; y es que “por mucho que una conducta sea en alto grado socialmente nociva y reveladora de necesidad de pena, el Estado solo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídicopenales si antes lo ha advertido expresamente en la ley” (Roxin, 2006, p. 137).

Asimismo, dicho principio tiene rango constitucional, al ser reconocido por nuestra constitución en el artículo 2 inciso 24 literal d), que expresa: “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” (Constitución Política del Perú, 1993). De ahí que, surgen como garantías para la protección de este principio: entre otros, por el *Nullum crimen sine lege certa*, que significa la ley penal debe ser redactada con la mayor precisión posible (*lex certa*) y *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*, no existe delito ni pena sin ley escrita, rechazándose la costumbre (Villavicencio, 2019, p. 34).

De igual forma, debemos entender que por imperio del principio de Lesividad, “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por ley” (Código Penal, 1991); se trata entonces, que la norma solo será legítima en cuanto proteja determinados bienes jurídicos. No será suficiente entonces, que exista oposición entre la conducta y la norma penal, sino que resulta esencial la lesión o puesta en peligro del bien jurídico concreto cuya protección se encuentra protegida en el catálogo de la parte especial del código penal (Villa, 2014, p. 140).

El principio de culpabilidad, por su parte, a decir de Villavicencio (2013), comprende dos aspectos, uno referido a la necesidad de establecer la responsabilidad penal para posibilitar la imposición de la pena, y el otro que implica la exclusión de la responsabilidad por el resultado (p. 110). El profesor Mir (2016), señala que bajo esta expresión se incluyen diferentes límites al poder del Estado, que tienen en común que pueda «culpase» a quien no cumpla con la norma



que la motiva (p. 134); excluyéndose la legitimidad de toda pena que “no tenga por presupuesto la culpabilidad del autor y exceda la gravedad de la misma” (Bacigalupo, 2004, p. 159)

Finalmente dicho principio, recoge la concepción que a través de ella se proscribiera la responsabilidad por el resultado, o responsabilidad puramente objetiva. En este sentido, “el principio de culpabilidad impide la atribución a su autor de un resultado imprevisible, reduciendo las formas de imputación de un resultado al dolo y a la imprudencia” (Muñoz y García, 2022, p. 86)

De ahí que, en cumplimiento de estos principios, se ha venido en erigir una construcción legislativa que revista de un carácter legal y constitucional, y que sea técnicamente correcto para el operador jurídico. Contemplando dentro de sus postulados, un límite en la capacidad de atribución de responsabilidad de culpabilidad, respetando el carácter de reprochabilidad al autor del delito solo cuando este lo haya cometido de forma dolosa o culposa –principio de culpabilidad-; proscribiendo el reproche de una persona en ausencia de culpabilidad (derecho penal de acto), circunscribiendo únicamente su responsabilidad a niveles en que la persona pueda ser motivado por la norma.

La modificación que se plantea, surge de la necesidad de sancionar la conducta humana consciente y voluntaria que genere en nivel de graduabilidad, mayor afectación y/o lesión al bien jurídico protegido por la norma. Por eso que, en la primera parte de la propuesta legislativa, se incorporó la redacción: “y menor de 2.5 gramos-litro”. Aspecto que delimita el tipo penal, para fundamentar la sanción en dicho margen de intoxicación, que como hemos señalado tiene el carácter de científicamente inobjetable (Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, 2015), consideración que guarda relación con lo señalado por el magistrado con código de entrevistado GCL2023, quien refiere que la norma se debe reformar, debiendo introducirse algún elemento adicional a esta descripción (pregunta 9) y el entrevistado con código JMC2023, quien refiere que atribuir responsabilidad a una persona que se encuentra en un margen superior al nivel 2.5



g/l constituiría una antinomia porque la persona no gozaría de imputabilidad. Y es que, también lo ha advertido así la Corte Suprema en los Recursos de Nulidad N° 1377-2014-Lima, N° 1053-2018-Huancavelica, N° 840-2018-Lima, N° 2131-2018-Limar Sur, Casación 460-2019-Huanuco, Recurso de Nulidad 1058-2020-Lima Norte, Recurso de Nulidad 1690-2021-Lima Sur, entre otros; donde se exime de responsabilidad a la persona cuando esta se encuentra en un nivel de grave alteración de la consciencia, en niveles superiores a 2.5 g/l según el Método Widmark.

La presencia de la grave alteración de la conciencia que afecte gravemente el concepto de la realidad e imposibilite la comprensión y autodeterminación del actuar del sujeto, es una causal de inimputabilidad; por tanto, su ausencia, durante el juicio de culpabilidad, determinará que el injusto personal cometido hasta entonces carezca de culpabilidad (Cerezo, 2008, p. 732).

En ese sentido, la propuesta de reforma en este *primer término*, se erige con base en el respeto de la dignidad de la persona, que constituye el fin supremo del Estado peruano, pues la dignidad expresa la libertad de la persona de no responder por actos que no sean atribuibles a su naturaleza, exigiendo un máximo de protección por parte del Estado, siendo un mandato suprallegal que debe respetarse. En ese sentido, lo que se propone es evitar que una persona pueda ser considerada solo un medio para la realización de algún fin, es decir, se propone evitar la vulneración de la dignidad de la persona (Bacigalupo, 2004, p. 159).

De igual forma, con base en el respeto a la Legalidad penal, que exige de la norma penal la garantía del *Nullum crimen sine lege certa*, que significa que la ley penal debe ser redactada con la mayor precisión posible (*lex certa*), se cumple con esta exigencia tan merecida en este tipo penal, estableciéndose una delimitación para evitar conflictos con otras normas del sistema penal, y es que así también lo advirtió en la práctica judicial el magistrado con código GCL2023, en la pregunta 9.



Ahora bien, respecto a la modificación del término “que pudiera alterar su conciencia” y su sustitución por “*si previamente se hubiera puesto en dicho estado para evitar o disminuir su culpabilidad*”.

Como se ha advertido líneas antes, esta redacción sugiere la configuración de una estructura de ALIC, puesto que se castiga con una pena mayor al agente que previamente provoque este estado de inimputabilidad disminuida y de forma consciente realice el tipo penal de forma dolosa. Pues así lo ha advertido mucho antes Carrara (1996), para quien en este margen de configuración, en niveles inferiores a la grave alteración de la conciencia, es posible sustentar que el autor ingiere bebidas alcohólicas con el fin de tener mayor valor de cometerlo o de ahogar las dudas que le impongan su conciencia, o también pueda formularse dentro de sí alguna excusa (p. 236).

La ALIC que fundamenta el castigo como agravante, es aplicable estrictamente en supuestos de inimputabilidad restringida o disminuida; la persona en uso de su capacidad de culpabilidad de forma deliberada idea la conducta criminal generándose un motivo doble que le inhiba de detenerse de sus emociones como si de un hombre medio se tratará. Y así también, lo ha advertido la Casación N° 2075-2019-Lambayeque (2022).

Esto concuerda con la pregunta que el magistrado con código de entrevistado GCL2023 se hiciera en respuesta a la pregunta 9: ¿Por qué se pone la persona en estado de ebriedad? ¿Para cometer el delito de violación sexual? entonces si la respuesta es positiva si se podría sancionar como agravante la conducta.

Finalmente un aspecto resaltante, lo ha evidenciado el entrevistado JMC2023, quien al advertir la descripción del tipo penal agravado en propuesta de reforma, concibió que la última parte del texto modificado por Ley 30838 “que pudiera alterar la conciencia”, debiera excluirse; ya que toda ingesta de alcohol que supere los 0.5 g/l genera alteraciones en la conciencia (respuesta a la pregunta 9). Apreciación muy acertada, puesto que así configurada la norma y



tomando en cuenta dicho precepto, sería una verdadera antinomia su vigencia; no se habla aquí de ebriedad, sino de alteración de la consciencia y colisiona necesariamente con lo dispuesto en el artículo 21 del Código Penal.

De estos postulados es que existe la necesidad de su reemplazo por un término que abarque una consideración de ALIC para que dicha conducta pueda ser reprochada como una circunstancia agravante.

Finalmente, y a modo de interpretación posible para la sanción como atenuante, agravante y/o conducta de violación en el tipo doloso simple, conviene hacer las precisiones siguientes:

En primer lugar, la construcción legislativa que se propone enmarca su única aplicación como agravante a supuestos de ALIC dolosos, que a lo sumo generen inimputabilidad restringida o disminuida; pues el estado de ebriedad que se presente en un caso concreto, que genere grave alteración de la consciencia catalogada como inimputabilidad completa, no alcanzaría a la agravante por no ser posible explicar la ALIC en dichos supuestos, primero (cómo se refirió ampliamente al analizar el primer objetivo específico) no cumple con los requisitos de tipicidad, violentando los principios de legalidad y culpabilidad, al mismo tiempo que es imposible para el sujeto sobrio saber lo que hará su persona en estado ebrio –inimputable completo-.

En segundo lugar, la construcción legislativa propuesta, encuentra su margen de aplicación a única condición que se demuestre en el caso concreto luego de la verificación del margen de alcohol en la sangre del agente (de 0.5 g/l a 2.5 g/l), la configuración de la ALIC, de no ser posible esta corroboración se estará en supuestos del tipo penal simple, aplicándose una atenuante o configuración dolosa del tipo penal.

En tercer lugar, sobre la configuración de la atenuante o disminución punitiva en el tipo penal simple. Surge de la verificación que en un escenario *ex ante*, donde no hubo una intención



en el sujeto para cometer el ilícito penal, sino que la acción criminal surgió en la conducta defectuosa, vale decir, cuando la persona se encontraba en estado de ebriedad con presencia de alcohol mayor a 0.5 g/l y menor de 2.5 g/l de forma accidental o espontánea. La atenuante se sustenta en la incapacidad de resistencia normal o mayor exigibilidad frente a los impulsos criminales que supone exigir a un hombre en estado de sobriedad.

Cuarto, sobre la configuración del tipo penal simple, sin agravación ni atenuación de pena. La configuración de la agravante requiere en primer término la intención previa del sujeto de cometer el delito de violación sexual, con lo cual despliega actos típicos para configurar el delito y posterior a ello se coloca en un estado de inimputabilidad restringida. Si la persona, en estado sobrio y durante la ingesta alcohólica no prevé dicha situación en un futuro próximo, siendo este producto de una realización espontánea, sin representación alguna de la comisión futura del delito de violación sexual, no es posible aplicar la agravante sino solo el tipo penal simple. El fundamento se explica en que a la persona en dicho estado de ebriedad le era exigible no actuar de forma que no lesione el bien jurídico y pese a las limitaciones en su resistencia que el mal criminal le influía, decidió de forma intencionada y desinteresada por la afectación a la víctima, continuar con el ultraje sexual. En igual sentido, esto se explica por el nivel de alcohol en la sangre, presente en el agente; no es la misma exigencia en un nivel de 0.5 a 1.5 que un nivel de 1.5 a 2.5. En el primer nivel la persona que se encuentra en estado de ebriedad accidental o espontánea, puede evitar el delito mucho más que la persona que se encuentra con un nivel de alcohol más elevado, aunque no es del todo determinante esta fundamentación, deberá ser corroborada con pruebas periféricas de carácter objetivo y las circunstancias en cada caso.



- Sobre el Objetivo e hipótesis general, nos hemos planteado: *Determinar cuáles son los fundamentos jurídicos para interpretar adecuadamente el Estado de Ebriedad del agente como una circunstancia agravante en la comisión de delitos sexuales en Perú.*

Con base en lo ya desarrollado en los objetivos secundarios, ahora toca esgrimir cuales son los fundamentos jurídicos que sirven de sustento para interpretar de forma adecuada al Estado de Ebriedad del agente como una circunstancia agravante en sanción y comisión de Delitos Contra la Libertad Sexual, vale decir, aquí toca ahora desarrollar todos los argumentos razonables, que busquen aclarar y generalizar la interpretación del Estado de Ebriedad como una circunstancia agravante.

En ese sentido partiendo de lo más resaltante hasta ahora desarrollado, diremos que los fundamentos jurídicos se encuentran determinados en primer término por el elemento culpabilidad o reprochabilidad, que se funda en la disposición interna contraria a la norma que revela el individuo, puesto que, pese haberse podido conducir de modo adecuado a la norma y motivado en ella, no lo hizo (Zaffaroni, 1999, p. 73), en ese sentido el juicio de culpabilidad a la persona que realiza el acto punible se hace en base a esta conducta típica y antijurídica (prohibida), lo que se denomina injusto personal, siendo que el sujeto responde solo por ese injusto y no por otra cosa (Bustos, 2004, p. 1099).

Así, sucede que dentro del juicio de reprochabilidad suele ocurrir que la persona, pese a estar inmersa dentro de un injusto penal, no le es posible reprocharle dicho comportamiento (Cerezo, 2008, p. 732). Ello se debe a que, su conducta no ha cumplido –durante el juicio de reprochabilidad- con superar los elementos que estructuran la culpabilidad, y es que sin presencia de alguno de estos elementos no es posible formular un juicio de atribución.

En ese sentido, conviene precisar que los elementos que integran a la culpabilidad son:
i) la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, ii) el conocimiento de la antijuricidad del hecho



cometido y, iii) la exigibilidad de un comportamiento distinto (Muñoz y García, 2022, pp. 331-332).

Respecto del primer elemento, la imputabilidad, se entiende a esta como “el conjunto de cualidades psicológicas y fisiológicas por virtud de las cuales un sujeto conoce la trascendencia interpersonal y social de sus actos” (Villa, 2014, p. 454), siendo para Zaffaroni (1999), “la capacidad que este tiene para responder a la exigencia de que comprenda la antijuricidad y adecue su conducta a esta comprensión” (110); por el contrario, la falta de esta deviene en una causal de exclusión de la culpabilidad, denominada como conducta inimputable, es decir, que en la persona se manifiesta un déficit que le hace incapaz de poder comunicar mediante sus acciones un acto voluntario (García, 2019, p. 686).

En ese entender, partiendo del análisis de este primer elemento, diremos que este no concurre cuando en la persona no exista capacidad de culpabilidad. Así, para determinar la falta de capacidad de culpabilidad o inimputabilidad en el agente, en nuestro sistema, a decir de García (2019), se sigue un modelo mixto que vincula una deficiencia biológica con un grado de perturbación en la percepción o en el juicio. En igual sentido, señala Creus y Basílica (2020) cuando nos hablan sobre la persona inimputable, indicando que:

Es quien no posee las facultades necesarias para conocer su hecho en la forma y extensión requeridas por la ley para que su conducta sea presupuesto de la punibilidad, por lo cual se encuentra en la imposibilidad de dirigir sus acciones hacia el actuar lícito, por no haber tenido capacidad para conocer o no poder dirigir las ni aun conociendo lo que hace. (p. 336)

Ahora bien, conviene hacer la siguiente precisión respecto de la inimputabilidad, sucede que esta, al tratarse de un supuesto de falta de capacidad, en realidad no supone la ausencia de facultades para ser reprochable penalmente, sino que, se manifiesta como una deficiencia en las



facultades del agente que hacen que su conducta no sea reprochable penalmente. Esta situación, de forma más clara, lo ha evidenciado el catedrático de Chile, Bustos (2004), señalando que:

No hay individuos «inimputables» en el sentido tradicional de falta de capacidad concreta de libertad, o de culpabilidad o de motivación. Todos los hombres tienen tales capacidades, que son fundamentalmente valorativas o en relación a un determinado sistema de reglas, pues todos rigen por determinadas reglas su actuar, conforme a una determinada concepción del mundo. (p. 1133)

La gran mayoría de las personas es consciente de sus actos, conoce lo que es el bien y el mal, lo que quiere decir que pese a lo ilícito que sea su conducta, por razones presentes en la persona que ocasionan una distorsión de ese conocimiento, no podría ser merecedora de sanción en el Derecho Penal; dicho de otra forma, de lo que se trata es que su capacidad “al quedar reducida a un cierto grado, es insuficiente para basar en ella la imputabilidad del agente o capacidad de delinquir” (Jiménez de Asúa, 1951, p. 633), por ello que, “al inimputable no le falta necesariamente toda la posibilidad de entrar en contacto intelectual con la norma, sino que, en cuanto aquel actúa conscientemente, esta puede incidir en su proceso de motivación” (Mir, 2016, p. 557).

Por este motivo, no le falta razón a Jiménez de Asúa (1951, p. 633) al señalar que fueron estas una de las causas por las que se reemplazó, en algunos sistemas, la fórmula de “inconciencia” por la moderna y que rige actualmente en España “trastorno mental transitorio”. Así, resulto ser tan correcta y adecuada esta última significación que, inclusive, nuestra Corte Suprema al diferenciar entre grave alteración de la conciencia y percepción, la distingue por su carácter de temporalidad o transitoriedad (Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, 2015), advirtiendo con ello una de las características más importantes del trastorno mental transitorio.

Tomando en cuenta que, de lo que se trata es de un trastorno mental transitorio, debemos referirnos a ella como una perturbación del psiquismo fundamentalmente diferenciada de la



enajenación por tener el carácter transitorio y deberse a una causa exógena (Mir, 2016, p. 604). La persona afectada por este trastorno no puede merecer reproche penal por su conducta, pese a ser esta ilícita; puesto que el trastorno mental transitorio “ha de determinar, una perturbación tal en la mente del sujeto que determine una plena anormalidad en su conocimiento de la situación o en las condiciones de su autocontrol” (Mir, 2016, p. 603), con lo que, eximirá de responsabilidad si afecta psicológicamente al sujeto al punto de impedirle comprender la ilicitud de su acto y de actuar conforme a dicha comprensión, así también señala el entrevistado con código JMC2023, cuando relaciona esta afectación provocada por el estado de ebriedad, advirtiendo: “el estado de ebriedad no es -per se- una eximente de responsabilidad penal, sino solo y únicamente será una eximente de responsabilidad penal la ingesta de bebidas alcohólicas por parte del sujeto activo que ocasione una grave alteración de la conciencia” (respuesta a la pregunta 2).

En ese sentido, sancionar a una persona que comete un injusto personal cuando se encuentre afectado de un trastorno mental transitorio, supondría una afectación al principio de culpabilidad que solo fue admisible en regímenes autoritarios donde las penas se imponían con prescindencia del comportamiento concreto del agente (Bustos, 2004, 1100), ya que lo que se sanciona es un comportamiento defectuoso e imprevisible para la persona, lo que deviene en una situación incompatible con el Estado social y democrático de Derecho (Villavicencio, 2013, p. 113). La consecuencia jurídica, que supone realizar un delito en un estado de inimputabilidad, es la aplicación de una causal de exclusión de la culpabilidad, esto es, la aplicación de una eximente completa.

Ahora bien, conforme hemos mencionado, el trastorno mental transitorio se manifiesta por la presencia de causas exógenas, esto es, sustancias o sucesos que penetran al organismo desde el exterior, su origen puede ser traumático (por lesiones cerebrales), por intoxicación (debido al consumo de drogas o alcohol) o por infección (García, 2019, p. 689), es decir, son



causas exógenas las que no consisten en una enfermedad o característica interna propia del sujeto (Mir, 2016, p. 604), siendo causas exógenas: el alcohol, drogas, fármacos, etc. (Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, 2015).

Como nuestro objeto de estudio tiene que ver con el estado de ebriedad, es a la luz de esta categoría que debemos precisar que la embriaguez, hace referencia a un estado de alteración orgánica y psíquica que es ocasionada por alcohol etílico y sicotrópicos (Recurso de Casación N° 2039-2019-ANCASH, 2021), siendo este estado, una de las premisas para considerar a una persona con trastorno mental transitorio (en igual sentido opina JMC2023). Ahora bien, a decir de Carrara (1996), esta embriaguez constituye un aspecto proteiforme, que se evidencia a través de aspectos fisiológicos, con manifestaciones objetivas y materiales; y psicológicos, cuando el alcohol influye en la voluntad de la persona, llegando incluso a niveles altos donde extingue momentáneamente todas las capacidades del ebrio (pp. 225-226).

La ebriedad en una persona, puede ser clasificada de diferente manera; siendo una, en razón a los efectos que producen en el cuerpo, siendo esta proporcional a los efectos que produce sobre la voluntad de la persona (Carrara, 1996, p. 232). Así, tenemos al ebrio alegre, que se caracteriza porque ejerce influjo sobre la voluntad de la persona, la hace más precipitada e irreflexiva. El ebrio furioso, que influye sobre el entendimiento ofuscandolo de tal forma que le quita capacidad de percibir y de juzgar rectamente. Y al ebrio letárgico, cuando asume la forma de coma, que paraliza tanto las fuerzas del alma como las fuerzas del cuerpo, v.g. el sueño; en este último supuesto, no existe razonablemente una posición que apueste por no considerarla una eximente de responsabilidad.

Asimismo, la embriaguez puede considerarse en razón a su gradualidad, apreciada por juristas como completa o plena e incompleta o semiplena, según deje un destello de inteligencia, y, ahí, cierta posibilidad de consciencia (Carrara, 1996, p. 235).



Por otro lado, se considera también una clasificación de la ebriedad, en razón a la causa que la produce, manifestándose de la siguiente forma: accidental, culposa, voluntaria y estudiada. Siendo la embriaguez estudiada o preordenada, aquella situación en la que el sujeto se pone luego de haber premeditado la comisión de un delito, ello con la finalidad de tener mayor valor de cometerlo, de eliminar las dudas que le proponga la consciencia, o de prepararse una excusa (Carrara, 1996).

En ese sentido, diremos que el trastorno mental transitorio, ocasionado por la ingesta de bebidas alcohólicas, se evidencia cuando en la persona se presenta una ebriedad completa o incompleta, pudiendo haberse ocasionado dicho trastorno, de forma accidental, culposa, voluntaria o estudiada.

Resulta relevante ello, puesto que su tratamiento en el ordenamiento jurídico penal peruano, se ha venido en plasmar en los artículo 20 y 21 del Código Penal, considerándose al trastorno mental transitorio, sea completo o incompleto, como una eximente en el primer caso o como una atenuante de responsabilidad penal en el segundo supuesto. Y es que, como señala el magistrado entrevistado con código GCL2023, por regla general sucede que cuando existe una alteración en la consciencia que genere poco control de impulsos (pregunta 3) o el autor se encuentre en un nivel de grave alteración de la consciencia, es posible absolverlo por un eximente (pregunta 4), ello obedece a que en la persona faltaría el elemento de la culpabilidad conocido como imputabilidad.

Sin embargo, el tratamiento del trastorno mental transitorio, grave alteración de la consciencia como lo denomina nuestro Código Penal, como una causal de exención o reducción punitiva, ha ido variando considerablemente en los últimos años, situación que se evidencia a través de las múltiples reformas al Código Penal, y es que actualmente, que una persona se encuentre en estado de grave alteración de la consciencia o con síntomas que evidencien dicha



afectación constituye una circunstancia que agrava e incrementa el margen punitivo de la conducta.

Así, el Código Penal (1991), regula como circunstancia agravante en los delitos de feminicidio, lesiones graves, lesiones leves, violación sexual, conducción en estado de ebriedad y delitos de peligro común; que, en el agente se encuentre “la presencia de alcohol en la sangre al momento de la comisión del delito”, considerándose como una agravación de su conducta. Siendo de la opinión algunos magistrados que no solamente se ha incrementado en dicho aspecto, sino que también en los delitos de violencia de género, contra la mujer (entrevistado con código GCL2023, pregunta 5).

En ese sentido, mediante Ley 30838, se ha incorporado nuevas figuras –circunstancias- que agravan la comisión del delito de Violación Sexual, siendo una de ellas la circunstancia que la agrava cuando “el agente actúa en estado de ebriedad con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor a 0.5 gramos-litro (...)” (Código Penal, 1991, artículo 170), aumentando con ello el marco punitivo de la conducta descrita en el artículo 170 del Código Penal.

Frente a esta reforma, ha surgido inicialmente su consideración como una antinomia normativa, pues si bien resulta clara la intención del legislador, al hacer frente a la criminalidad sexual; empero, se advierte que esta circunstancia agravante, en su primera parte, incorpora una antinomia normativa entre la Parte General y la Parte Especial del Código Penal, esto es, entre las eximentes perfectas e imperfectas -artículo 20 y 21- y la regulación como agravante del inciso 13 del artículo 170 del Código Penal; considerando que la ebriedad genera, una eximente o atenuante en el primer caso y un supuesto de agravación en el segundo caso. En igual sentido los magistrados con código de entrevista LASN2023, LAAC2023, RGCA2023, MWAR2023; al responder a la pregunta 6, señalan que en efecto, tal como está redactado el tipo penal, existiría una muestra clara de antinomia normativa.



Sin embargo, parecen más adecuadas las consideraciones que realizan los entrevistados con código GCL2023, ALM2023 y JMC2023, quienes manifiestan que no existiría una antinomia normativa. Si bien el entrevistado JMC2023, señala que no apreciaría este fenómeno en la construcción de leyes, porque el estado de ebriedad no está propiamente regulada como eximente en el inciso 1 del artículo 20 del Código Penal y que para que esta oposición ocurra es necesario la afectación que requiere el referido artículo, no compartimos totalmente dicho argumento, puesto que pese a resultar adecuado no resuelve el problema de fondo, ya que el estado de ebriedad llegado a un punto de grave afectación en el agente, si colisionaría con él tipo penal agravado del inciso 13 del artículo 170, con lo que se mantiene la antinomia.

Por el contrario, consideramos correcta las opiniones de los magistrados ALM2023, quien considera que no existe una antinomia pues deben preponderar los principios fundamentales del Derecho Penal (pregunta 6); y del magistrado, GCL2023, para quien, desde un punto de vista literal si habría una antinomia, pero se tendría que dar una interpretación teleológica, sistemática y darle sentido a esta norma, esto es, se tiene que buscar una interpretación razonable (pregunta 6).

En ese sentido, reconocemos la existencia de una antinomia, por lo menos desde una interpretación literal de la norma, sin embargo, resulta importante el aporte de estos dos últimos magistrados que buscan encontrar a la norma un sentido interpretativo conforme al sistema penal. Y es que, al encontrarse la norma válidamente positivizada, esta debe ser cumplida, y solo cuando no sea posible encontrar viabilidad con otros preceptos legales y/o constitucionales deviene necesariamente suprimirla.

Al respecto, los entrevistados GCL2023 y JMC2023 señalan que por imperio del precepto constitucional de legalidad, la norma adjetiva debe cumplirse (respuestas a la pregunta 3); por ello, en respeto irrestricto del principio de legalidad, sumado a que consideramos que la reforma obedece a que dicha circunstancia es una de las causas más concurrentes que concatena



el tipo penal de violación sexual, conviene buscarle, de existir, un sentido interpretativo acorde al sistema penal.

El problema fundamental de la antinomia, se advierte y no encuentra solución, conforme lo hemos evidenciado al desarrollar el primer problema específico, al considerar a la grave alteración de la consciencia “que afecta a una persona al punto de considerarla inimputable, en grado completa” como una circunstancia agravante. Manifestamos ello, porque el tratamiento de la grave alteración de la consciencia, como una eximente completa encuentra amplia fundamentación histórica y dogmática (Zaffaroni, 1981), así como jurisprudencialmente (Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, 2015).

Y es que, pese a existir una posición doctrinaria que intenta asumir la presencia de la ALIC como un fundamento para considerar imputable la acción de una persona que actúa en inimputabilidad completa; como ya desarrollamos, dicha doctrina no encuentra asidero por gran parte de la doctrina (Zaffaroni, 1981), puesto que, dentro de la estructura de la ALIC, sea la conducta en el tiempo T_1 o en el T_2 la que se castigue, lo que sucede es que su fundamento no se adecua a las reglas generales de la teoría del delito (Pérez, 2016, p. 51), en igual sentido opinó el magistrado con código MWAR2023 en su respuesta a la pregunta 5. En primer lugar, la ALIC para supuestos en los que el ataque surge por persona inimputable en grado completo, violenta el Principio de culpabilidad, el Principio de Coincidencia y el de Identidad, al encontrar reprochabilidad en el hecho realizado por una persona que no tiene capacidad de culpabilidad (en el tiempo T_2); no encuentra coincidencia el momento de su capacidad con el momento del hecho (T_1), así como, tampoco concurren los elementos de la culpabilidad en ambos tiempos ($T_1 \neq T_2$); igualmente, violenta el principio de legalidad, entre otros, por que la ALIC supone adelantar la culpabilidad a momentos previos a la Tipicidad.

Lo contrario, sucede cuando se aplica la fundamentación de la ALIC para entender el estado de ebriedad como una circunstancia agravante, en supuestos que la persona ocasiona el



ataque al bien jurídico cuando se encuentra en un estado de embriaguez, en grado incompleta o inimputabilidad restringida.

Aquí, se trata de una ALIC donde concurriría para ambos tiempos de su estructura, tanto en la conducta precedente (T_1) como en la conducta ulterior, ejecutiva del delito (T_2), la capacidad de comprensión y autodeterminación en el sujeto. Entonces, a diferencia de la ALIC en supuestos de ataque en estado inimputabilidad completa, aquí la ALIC cumpliría con las exigencias del Principio de Culpabilidad, el Principio de Legalidad, Principio de Coincidencia y Similitud; exigencias que si bien cuestionan la fundamentación óptica de la ALIC, aquí si se cumplen.

En estas situaciones de embriaguez incompleta, que se catalogan como inimputabilidad restringida, se respeta la culpabilidad de la conducta, porque la persona es capaz de comprender el injusto personal de su hecho y pasible de poder actuar conforme a esa comprensión, claro está que a la persona le puede costar más o menos motivarse por la norma (Roxin, 2006, p. 839), pero todavía es capaz de evitar la comisión del delito (Villavicencio, 2013, p. 606).

Entonces, la aplicación de la ALIC es posible y no vulnera el principio de culpabilidad al aplicarse a casos de inimputabilidad disminuida o incompleta, lo que sirve como un fundamento jurídico que nos ayuda a explicar y entender al estado de ebriedad como una agravante.

La solución que despliega la ALIC en la comisión del delito de violación sexual, es, en primer lugar, evitar la disminución del margen punitivo de la conducta (que es lo común, como lo evidencian los magistrados con Código LASN2023, RGCA2023 a las preguntas 3; MWAR2023, ALM2023 y GCL2023 en las preguntas 2).

En segundo lugar, la realización de esta conducta de manera premeditada y voluntaria para la consecución del posterior resultado, en un estado consciente, justificaría con base en la ALIC un incremento punitivo, así lo ha señalado Jescheck (2014), al señalar que el incremento



punitivo encuentra justificación en que “la culpabilidad, frente al caso normal, puede estar notablemente incrementada por el hecho de que el autor haya originado culpablemente el trastorno psíquico y, por ende, pudo haber previsto el peligro de la comisión del delito” (p. 653). En el mismo sentido, lo entendieron Jiménez de Asúa (1984) y Hurtado (2016), para quienes una disminución punitiva automática en estos supuestos resulta ilógico, más cuando al contrario la persona en este estado resulta más peligroso, deviene aplicar su agravación.

De igual forma, Arbulú (2018) y Peña Cabrera (2023), al comentar el delito de violación sexual, señalan que la conducta del agente es agravada por el estado de ebriedad de este en la medida que concurre una ALIC, en la que el autor consume bebidas alcohólicas para motivarse y cometer la conducta ilícita. Precizando que dicha motivación solo puede alcanzarse en supuestos de inimputabilidad incompleta o restringida.

En igual sentido, desde una visión práctica refieren su posible agravación los jueces y fiscales entrevistados (ver anexo B3), quienes no han venido aplicando esta figura penal, pero refieren la posibilidad de aplicación de la ALIC, así señala el magistrado con código GCL2023, quien de manera muy ilustrativa refiriéndose al delito de violación sexual, señala que “si se presenta un caso de ese tipo, que una persona ha planificado varios días cometer un delito de violación, se ha preparado, incluso ha obtenido objetos para lastimar de mayor manera a la agraviada, u otras cosas para hacer sufrir a la agraviada, se ha comprado bebidas (rones) y en ese estado ha maquinado como cometer el delito” (pregunta 6), “hay una planificación como digo una violación, por ejemplo de días (por lo minucioso de la violación), el lugar, la habitación, si tiene objetos, ha esperado a la víctima, la ha estudiado, sabe dónde vivía a esperado la hora cuando estaba sola, ha obtenido sustancias para que se adormezca, ha bebido también, no creo que se razonable absolverlo. Pienso que se tendría que aplicar, en estos casos, la doctrina de la *Actio Libera in Causa*” (pregunta 8).



Así, también lo explica Jakobs (1997), al fundamentar la ALIC, tomando como solución el método de la excepción y de la autoría mediata, señalando que:

Si el autor mediato se sirve de sí mismo como instrumento, mantiene el control sobre sí mismo siempre y cuando persista la continuidad de su motivación –es decir, siempre que no se convierta en inimputable-, y mantiene el control sobre sí como ser responsable en tanto que el baremo que se le aplica aumenta su rigor proporcionalmente a los condicionamientos de la motivación que se producen. (p. 612)

En ese sentido el ALIC aplicada solo a supuestos de inimputabilidad restringida, sirve de fundamento para realizar una interpretación adecuada del estado de ebriedad como una circunstancia agravante en el delito de violación sexual.

Por otro lado, sirve de fundamento también la aplicación del Método Widmark, en razón a que los resultados que arroja el método Widmark, al contar con un carácter científico, tal como lo ha señalado la Corte Suprema, son plenamente validos e inobjetables (Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, 2015, F.J. 3.8). Lo que supone, la imposibilidad de negar el valor vinculante que le otorga la Corte Suprema a este método que surge necesariamente para determinar retrospectivamente el grado de alcohol en la sangre del agente que cometió el ilícito penal.

El método Widmark, evidencia que su remisión a la Tabla de Alcoholemia, incorporada como anexo de la Ley 27753, deviene en necesaria para coadyuvar en un límite legal a la consideración como agravante del delito de violación sexual. Pues al fijarse como limite la grave alteración de la consciencia en el nivel de 2.5 a 3.5 g/l, fija un baremo infranqueable que por imperio del principio de legalidad (artículo 20 inciso 1 del Código Penal), sería una causal de exención de responsabilidad penal; y es que así también se ha pronunciado la jurisprudencia de forma uniforme, al entender al cuarto periodo como causal de exención de responsabilidad



penal (Recurso de Nulidad 840-2018-Lima; Recurso de Nulidad 2131-2018-Lima Sur, entre otros).

Otro aporte importante de este método, lo fija también la misma Tabla de Alcholemla, donde se postulan a modo referencial ciertos síntomas o características que presenta la persona que ingiere bebidas alcohólicas en grado superior a 0.5 g/l (relevante para el Derecho Penal); síntomas o características que ayudan a definir las capacidades presentes en el agente al momento de la comisión del hecho. Los resultados del método traducidos en la tabla de alcholemla también lo ha venido apreciando la jurisprudencia a través del Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, Recurso de Nulidad 1053-2018-Huancavelica, Recurso de Nulidad 840-2018-Lima, Recurso de Nulidad 2131-2018-Lima Sur, Casación 460-2019-Huanuco, Recurso de Nulidad 1058-2020-Lima Norte y Recurso de Nulidad 1690-2021-Lima Sur, a fin de encontrar y evidenciar en el agente una sanción acorde a la conducta presente al momento de los hechos.

Este último punto es importante, porque a partir de estos estados físicos objetivos, síntomas o características, podrá advertirse la presencia de un nivel de consciencia pleno o una posible mayor ventaja en la ejecución en el delito, esto es, la evidencia de un mayor plus en la planificación de su conducta (Respuesta a la pregunta 5 del entrevistado con código GCL2023). Por ende, a partir de allí, es posible interpretar dicho estado como una circunstancia agravante, por la presencia de características que fundamentan una mayor graduación del desvalor de la conducta del agresor sexual.

En ese sentido, deviene en señalar también que a partir del quebrantamiento del primer elemento de la culpabilidad –inimputabilidad–, surge la teoría de la ALIC para fundamentar la circunstancia agravante de estado de ebriedad; sin embargo, existe un elemento adicional que coadyuva con la interpretación del estado de ebriedad como una circunstancia agravante en la comisión del delito de violación sexual.



Este otro fundamento para entender al estado de ebriedad como circunstancia agravante en la comisión del delito de violación sexual, consiste en el análisis del tercer elemento de la culpabilidad, la exigibilidad de la conducta, como una manifestación de desprecio por la norma a un nivel que sea sancionado como un delito sin reducción o como una circunstancia agravante. Y es que, la persona que se encuentra en estado de embriaguez incompleta, como se manifestó, es posible que determine su conducta conforme a derecho, es decir, es capaz de evitar la comisión del delito (Villavicencio, 2013, p. 606); sin embargo, pese a ello, opta por no inclinarse por esta decisión y, en algunos casos, incrementar la peligrosidad de su conducta.

Así también lo señala Jakobs (1997), al señalar que “siempre que el autor no pierda la imputabilidad, sino que se situó en un estado de exigibilidad en si excluida, sigue siendo posible la imputación de acuerdo con las reglas aplicables entre exigibilidad e inexigibilidad” (p. 615).

Ahora bien, debemos de precisar que el delito de violación sexual es un delito de resultado, que se configura cuando el agente haciendo uso de la violencia o amenaza grave, logra realizar el acceso carnal con la víctima sin contar con su consentimiento o voluntad. (Salinas, 2019), caracterizada por la realización de un acto de forma clandestina e ideada, pues en la práctica como señala el magistrado con código GCL2023, la comisión de un delito no surge de forma espontánea, en los delitos contra la libertad sexual o en los delitos de violencia, siempre hay una planificación y cuando uno analiza el aspecto psicológico, por ejemplo en la comisión de un delito de violación sexual, se determina muchos aspectos, como la forma en que va convencer a la víctima, donde la va a llevar a la persona (si es mujer o niña), que le va a decir, en qué lugar la va esperar, en determinado lugar, etc.. Es decir el dolo del violador es un dolo de planificación (pregunta 5).

En ese entender, otro fundamento que justifica la consideración como circunstancia agravante al estado de ebriedad en el delito de violación sexual, surge análisis conjunto de la



circunstancia agravante con los elementos del tipo penal, debe analizarse los elementos del tipo penal de violación sexual en consonancia con la circunstancia agravante.

Se tiene en ese sentido como elementos del delito de violación sexual: la violencia física o psicológica, la amenaza grave y el entorno de coacción como medios comisivos, así como el verbo “obligar”; este último consiste en que previo al acceso carnal, se vence o anula la resistencia u oposición de la víctima (Salinas, 2019, p. 933).

El verbo rector se va a desarrollar en el contexto de estos elementos comisivos, lo que servirá para anular o vencer la resistencia de la víctima, y es que la jurisprudencia ha determinado la exigencia de cierta resistencia u oposición de la víctima en este delito (Peña Cabrera, 2023, 303).

Respecto a los elementos comisivos de este delito con la modificatoria de la Ley 30838, la violencia que puede ser física o psicológica (Arbulú, 2018, p. 206) tiene que doblegar la voluntad de la víctima. La amenaza, tiene que ser grave, al punto de quebrantar la voluntad de la víctima; siendo idónea está en razón a las condiciones personales del agraviado, a fin de calificar la idoneidad de la presión psicológica que puede ejercer a través de su conducta el agresor (Peña Cabrera, 2023, p. 305). Respecto al entorno de coacción esta tiene relación con los efectos que produce la grave amenaza y es que un entorno de coacción puede impedir reaccionar de manera acertada a la víctima o llevarla a resignarse frente al propósito de su agresor (Villareal, 2022, p. 47), donde el consentimiento se encuentra condicionado.

Así, es a partir de estos elementos comisivos para doblegar la voluntad o consentimiento de la víctima, que encuentra fundamentación la circunstancia agravante; puesto que sumado a la conducta previa y dolosa (ALIC) y las características o estados que nos otorga el método Widmark (con reconocimiento de otras circunstancias según la jurisprudencia), podemos advertir en el agente la existencia de un mayor desvalor en su acción típica, que se expresa en una mayor sanción, pues es posible que la persona en un estado de ebriedad –consciente- pueda



generar un mayor peligro para el bien jurídico tutelado por el delito de violación sexual, a diferencia de una persona en estado sobrio.

Haciendo un análisis a los supuestos de agravación del delito de violación sexual, tendremos que, por ejemplo en la agravante por comisión a mano armada, interesa para la agravante que el arma, se emplea para aumentar la agresión o poder ofensivo en el agente; provocando una afectación considerable al bien jurídico fundamental del individuo, que supone una amenaza tal para la víctima, a fin de neutralizar cualquier tipo de oposición y, así accederla sexualmente sin problema alguno (Peña Cabrera, 2023, p. 329).

Por otro lado, la agravante por el concurso de dos o más personas, fundamenta su agravación por la menor posibilidad de defensa que tiene la víctima frente a una pluralidad de agentes, ósea, genera una mayor facilidad para acceder a la ejecución del delito. Así, para Carmona (s.f., citado por Peña Cabrera, 2023, p. 331), “el fundamento de la agravante radica en la mayor dificultad que en tales supuestos encuentra la víctima ya sea para defenderse, ya sea para intentar la huida , así como el mayor daño físico y psíquico que, por supuesto, sufrirá (...)”.

En ese entender, la conducta delictiva que despliega una persona que provoca de forma premeditada su ingesta de alcohol para realizar el delito doloso, sugiere una mayor gradualidad en punición por la afectación violenta –en mayor desvalor- de la acción típica, en razón a que en dicho estado puede generar o ejercer mayor violencia física, psicológica o propeler una grave amenaza. Sumado a ello se tiene el entorno de coacción, como nuevo elemento comisivo y es que así lo explica de forma clara, Pando (2022), citando en su tesis a DA SILVA, WOODHANS, HARKINS (2014), al señalar que desde el plano del agente o sujeto activo, “la influencia del alcohol o drogas, en su cuerpo, puede hacer que aumente su comportamiento violento, ofreciendo una violencia psicológica, que se traduce en intimidación, sumada a las otras circunstancias de la intimidación ambiental” (pp. 21-22).



Por ende, resulta prudente analizar en cada caso, las circunstancias o estados que provoca el alcohol en la persona para fundamentar su agravación, siendo ilógico no recurrir a la ALIC para compatibilizar ello, en razón a que la persona que ejerce una mayor lesión al bien jurídico fue porque previamente lo premeditó o planificó.

Por todos estos fundamentos, hemos formulado una construcción de reforma legislativa, que enmarca todos estos tópicos para encontrar responsabilidad y una sanción agravada adecuada, cuando medie en el agente presencia de alcohol en su sangre al momento de la comisión del delito de violación sexual, siendo nuestra propuesta la siguiente:

Tabla 18.

Propuesta de Modificatoria Legislativa

PROPUESTA DE MODIFICATORIA LEGISLATIVA
Artículo 170.- Violación sexual (...). La pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, en cualquiera de los casos siguientes: 1. (...) 13. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 y menor de 2.5 gramos-litro , o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, si previamente se hubiera puesto en dicho estado para evitar o disminuir su culpabilidad.

Fuente: Elaboración propia.

Propuesta que consideramos adecuada, según los planteamientos hasta ahora ya esbozados y discutidos, siendo una novedad la implementación de una redacción similar, por no decir igual, a la estructura de la ALIC; ello para fundamentar la sanción de la conducta ejecutada en estado de ebriedad como agravante.



Asimismo, dicha redacción resulta importante y necesaria, pues al plasmar una interpretación de la estructura del tipo con una sanción como ALIC, sin previamente haberla positivizado, dicha forma de interpretación constituiría una violación al principio de legalidad.

Finalmente, producto de la reforma legislativa al Código Penal, esto, a través de la Ley 30838, se ha venido en incrementar como supuestos de agravación de la conducta para los tipos penales de: Violación de persona en estado de inconciencia o imposibilidad de resistir; Violación sexual de persona en incapacidad de dar su libre consentimiento; Violación de persona bajo autoridad o vigilancia; Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos sin consentimiento; y, Tocamientos, actos de connotación sexual o actos libidinosos en agravio de menores. Todo ello, a condición de la concurrencia y configuración en cada tipo penal, de la circunstancia contenida en el inciso 13 del artículo 170 del Código Penal (Ley 30838, 2018); conforme así lo dispone el artículo 177 del Código Penal, modificado también con la misma ley.

Al respecto, señalamos que no merece ningún aporte adicional en esta investigación, en razón a que al tratarse de una remisión de la agravante de estado de ebriedad a cada tipo penal, debe analizarse los elementos de cada tipo penal en consonancia con la agravante conforme a los parámetros ya esgrimidos y así, evidenciar la concurrencia o no de las circunstancias agravantes del artículo 177 del Código Penal.

Pese a ello, llama la atención que no sea posible la remisión de dicha agravante al tipo penal de violación de menor de edad, regulado en el artículo 173 del Código Penal; siendo necesario su implementación, tomando en cuenta la afectación al bien jurídico y las consecuencias que pudiera generar en este tipo de víctimas.

En igual forma, resulta necesario advertir que la remisión de la circunstancia agravante al tipo penal de violación de persona en estado de inconciencia o imposibilidad de resistir, plasmada en el artículo 171 del Código Penal, no resultaría ser necesaria, en función a que los



elementos comisivos en concordancia con la agravante, ya estarían comprendidas en su totalidad, al mismo tiempo que la acción típica por las máximas de la experiencia no podrían evidenciar un supuesto de ALIC, aunque no sería imposible. Señalamos que no se podría en la mayoría de los casos, porque la estructura de la ALIC requiere en la conducta precedente T₁ la presencia de una persona consciente y no en un estado defectuoso, como sería en este delito.

A modo de conclusión, desde nuestra postura, consideramos que los fundamentos jurídicos hasta aquí plasmados ayudaran a entender de forma adecuada el estado de ebriedad como una circunstancia agravante, que no vulnera los principios del Sistema Penal y se guía por los mandatos constitucionales que rigen al Estado peruano. Si bien como se evidencia de la revisión del Proyecto de Ley N° 1037/2016-CR (2017) y del Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos (2018), no existe fundamento por parte del Legislador para entender la circunstancia agravante de estado de ebriedad; conforme lo hemos manifestado, no es menos cierto que esta circunstancia –estado de ebriedad- es una de las causas más concurrentes que concatenan al delito de violación sexual, consecuentemente, encuentra relevancia su estudio y delimitación conforme los avances científicos en la Dogmática Penal.

La agravante resaltamos, una vez más, solo encuentra sentido si previamente el agente a premeditado el delito de violación sexual y posterior a ello la ha generado, en un estado de inimputabilidad restringida; lo que importa aquí es la conducta previa, sin perjuicio de reconocer como una teoría válida el modelo de la Excepción, en el sentido que la conducta precedente tiene que comunicar actos ejecutivos del delito para hablar de una ALIC, caso contrario sería difícil evidenciar una situación de premeditación y consecuente agravación de la conducta.



D. CONCLUSIONES

PRIMERA:

Los fundamentos jurídicos para una interpretación adecuada del Estado de Ebriedad del agente como una circunstancia agravante en la comisión del Delito de violación sexual, surgen de la interpretación acorde a un Sistema Penal que respete sus principios, con base en la Constitución Política del Estado y el respeto de los Derechos Fundamentales de los justiciables. Partiendo así, del respeto a los principios de Culpabilidad y Legalidad que rigen sobre todo nuestro sistema penal, siendo por otro lado uno de los postulados que nos ayuda a interpretar tal estado como una circunstancia agravante, la teoría denominada *actio libera in causa* que se presenta en sus dos vertientes, en función al estado defectuoso, en *actio libera in causa-inimputabilidad* y *actio libera in causa-semiinimputabilidad* (inimputabilidad incompleta o restringida); siendo la única aplicable para explicar la agravante *in comento*, la *actio libera in Causa* que conlleva en su estructura el castigo del ataque producido por una persona en estado de inimputabilidad incompleta. Asimismo, se funda la agravante en la mayor lesividad al bien jurídico que es posible evidenciarla a través de las características que nos proporciona cada nivel de la Tabla de Alcoholemia producto de la aplicación del método Widmark, siendo esto último, acorde con las decisiones impartidas por la jurisprudencia nacional, la cual requiere de circunstancias periféricas al examen toxicológico que ayuden a evidenciar el estado real del agente. En igual sentido, la aplicación de esta circunstancia agravante encuentra asidero jurídico a partir del análisis del elemento de la culpabilidad, a saber, “la exigibilidad de la conducta”, mediante el cual el agente pese a estar consciente de sus actos, de forma dolosa y premeditada, actúa contrario a los valores que le impone la norma penal. Finalmente, otro fundamento jurídico que justifica la aplicación de esta circunstancia agravante, surge a partir del análisis conjunto de las circunstancias concurrentes que rodean a cada caso en concreto, ello conforme a las exigencias dogmáticas y los elementos que conforman el tipo penal de violación sexual, debiendo existir



una correlación entre los elementos comisivos del tipo penal y el estado de ebriedad para evidenciar allí un mayor desvalor en la conducta típica.

SEGUNDA:

La doctrina de la *actio libera in causa*, encuentra serios problemas de validación doctrinaria y jurisprudencial en el sistema penal peruano, puesto que colisiona con varios de sus principios. La principal crítica se sustenta en la violación al principio de culpabilidad, pues la solución y fundamento de punición que plantea dicha doctrina, supone la existencia de una regla excepcional para sancionar como imputable a una persona inimputable, lo que desde ya violenta el principio de inocencia y de coincidencia. Su fundamento, sugiere la presencia de una situación comunicativa –consciente– entre la conducta precedente y la conducta ejecutiva; sin embargo, esta solo es posible mientras la conducta ejecutiva sea aún reprochable. Por ende su aplicación se limita únicamente a supuestos de *actio libera in causa*, en que la conducta ejecutiva sea realizada por una persona inimputable en grado incompleto (*actio libera in causa-semiinimputabilidad*). La *actio libera in causa* al no estar expresamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, requiere una aplicación cuidadosa y limitada, puesto que sus fundamentos evidencian sugerentes manifestaciones de derecho penal de autor. Esta doctrina no debe ser una vía para permitir la impunidad o arbitrariedad en los Delitos contra la Libertad Sexual u otros delitos, sino más bien una tesis válida para ser aplicada en situaciones donde los hechos hagan entrever un mayor desvalor en la acción típica, cuya sanción deba ser materialmente contraria a las tradicionales formas de atribución de culpabilidad.

TERCERA:

El método Widmark es una herramienta útil que determina la descripción objetiva que señala el tipo penal agravado del artículo 170 del Código Penal, esto es, el nivel de alcohol presente en el agente al momento de la comisión del delito. Sin embargo, pese al carácter referencial de la Tabla de Alcoholemia, introducida legalmente mediante Ley 27753, jurisprudencialmente,



sus resultados se han definido como científicamente inobjetable. Así pues, la jurisprudencia considera en varios de sus pronunciamientos que el resultado superior a 2.5 g/l de alcohol en la sangre, obtenido por el método Widmark en grado retrospectivo, deviene en una circunstancia que provoca una grave alteración de la conciencia en la persona, consecuentemente la conducta allí enmarcada deviene en inimputable y, de igual forma, las conductas ilícitas enmarcadas dentro de límites inferiores a 2.5 g/l de alcohol devienen en conductas reprochables jurídico-penalmente. En igual sentido, la jurisprudencia ha evidenciado que el método Widmark como método científico, necesita *per se* a sus resultados científicamente inobjetable, de situaciones concretas, síntomas o características que padezca el sujeto a causa de la ingesta de alcohol, a fin de fundamentar una adecuada sanción y reprochabilidad como circunstancia agravante en el tipo penal.

CUARTA:

Se formula una construcción de modificatoria legislativa, la cual busca entender al estado de ebriedad del agente como una circunstancia agravante, sin vulnerar las reglas fijadas por nuestro Sistema Penal a través de sus principios y manteniendo una armonía con las normas que regulan a dicho estado como eximente y/o atenuante de responsabilidad penal. En ese sentido, la construcción aquí plasmada, busca delimitar de manera adecuada el tipo penal para así considerar al estado de ebriedad como una circunstancia agravante, recurriendo para ello a la positivización de una estructura típica de la doctrina de la *actio libera in causa*. Estableciendo un límite en su positivización, en el sentido que su aplicación como circunstancia agravante esta únicamente condicionada a la concurrencia de una conducta propia de la *actio libera in causa-semiinimputabilidad*, con lo que su redacción garantiza una adecuada aplicación de la circunstancia agravante a determinados ilícitos penales.



E. RECOMENDACIONES

PRIMERA:

Se recomienda la implementación de la doctrina de la *actio libera in causa* en la descripción de la Parte General de nuestro ordenamiento jurídico penal, pues su regulación permite un equilibrio con las normas que viene implementando el legislador penal, lo que salvaguarda los principios que rigen todo nuestro sistema penal; siempre desde una perspectiva restrictiva, limitando su aplicación solo a lesiones en estados defectuosos de semiinimputables.

SEGUNDA:

Se recomienda a todos los operadores del derecho, en la instancia correspondiente, se practique el examen toxicológico a cada persona que se encuentre inmerso en el procesamiento por la comisión de un ilícito penal donde medie la ingesta de bebidas alcohólicas, puesto que de su resultado con base en el método Widmark, es posible advertir muchos beneficios para el desarrollo del proceso y garantizar una decisión justa en el caso concreto. De igual forma, es imprescindible tomar en consideración las características personales que presenta cada persona al momento de su intervención, lo que sumado al carácter referencial y características que tiene la Tabla de Alcoholemia, permitirá justificar una sanción adecuada.

TERCERA:

El estudio del Estado de Ebriedad, como trastorno mental transitorio, resulta de suma importancia para todo estudiante y profesional del derecho, más aun cuando antaño fue utilizada como una circunstancia atenuante y hoy, en la actualidad, se busca legitimar su agravación y sanción en ciertos casos.

CUARTO:

Se recomienda al Poder Legislativo, la implementación de la construcción legislativa aquí formulada, con la precisión que se amplíen supuestos del artículo 177 del Código Penal, para que dicha agravación alcance a los delitos de Violación Sexual de menor de edad.



F. Referencias bibliográficas

- Ale, R. y Gómez, Y. (2004). *Teoría Jurídica del Delito - Una nueva sistemática en el Derecho Penal Peruano*. Editora RAO.
- Aranzamendi, L. y Humpiri, J. (2021). *Ruta para hacer la tesis en Derecho*. GRILEY.
- Arbulú, V. (2018). *Derecho Penal. Parte Especial*. Instituto Pacifico.
- Bacigalupo, E. (2004). *Derecho Penal Parte General*. ARA Editores.
- Baumann, J. (2021). *Derecho Penal. Conceptos Fundamentales y Sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*. ARA Editores.
- Bramont-Arias, L. M. (2008). *Manual de Derecho Penal Parte General*. EDDILI.
- Bustos, J. (2004). *Obras completas*. (Tomo I). ARA Editores.
- Cabrera Martin, D. (2021). *¿Qué es la curva de alcoholemia de Widmark?*
<https://www.abogadoarroyomolinos.com/que-es-la-curva-de-alcoholemia-de-widmark/>
- Carrara, F. (1996). *Programa de Derecho Criminal Parte General*. (Vol. I). Temis.
- Castro Cuba, Y. E. (2019). *Investigar en Derecho*. Vicerrectorado de Investigación Universidad Andina del Cusco.
- Cerezo, J. (2008). *Derecho Penal Parte General*. B de F.
- Chanamé Orbe, Raúl (2016). *Diccionario Jurídico Moderno*. Lex & Iuris
- Creus, C. y Basílica, R. (2020). *Derecho Penal Parte General*. Astrea.
- Código Penal. Decreto Legislativo N° 635. 08 de abril de 1991 (Perú). Diario Oficial El Peruano.
- Código Penal de Argentina. Ley 11.179. (1984).
https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_arg_codigo_penal.htm
- Código Penal de Bolivia. Decreto Ley 10426. (1972).
http://www.silep.gob.bo/norma/4368/ley_actualizada



Código Penal de Chile. Ley 2561. (1874). <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984>

Código Penal de Colombia. Ley 599 de 2000.
https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/1_20130808_01.pdf

Código Penal de Costa Rica. Ley 4573. (1970). <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/490157>

Código Penal de Ecuador. Asamblea Nacional. (2014).
<https://www.secretariadelamazonia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/05/CODIGO-PENAL-act.pdf>

Código Penal de El Salvador. Decreto Ley 883. (2002).
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1826.pdf>

Código Penal de España. Ley Orgánica 10/1995. (1995).
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Código Penal de Guatemala. Decreto Nro. 17-73. (1973).
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0136.pdf>

Código Penal de Honduras. Decreto 130-2017. (2017).
[https://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/CodigoPenalNo.130-2017\(actualizadojulio2020\).pdf](https://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/CodigoPenalNo.130-2017(actualizadojulio2020).pdf)

Código Penal de México. Decreto de 16 de julio de 2002. (2002).
<https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/9cd0cdef5d5adba1c8e25b34751ccfdcca80e2c.pdf>

Código Penal de Nicaragua. Ley 641. (2007).
https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/ni_0018.pdf

Código Penal de Panamá. Ley 14 de 2007. (2007). <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2016/09/codigo-penal-2016.pdf>

Código Penal de Paraguay. Ley 1160/1997. (1997).
https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/coleccion-derecho-penal.pdf



Código Penal de Republica Dominicana. Ley 550/2014. (2014).

https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/do_0326.pdf

Código Penal de Uruguay. Ley 9.155. (1933). [http://www.impo.com.uy/bases/codigo-](http://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933)

[penal/9155-1933](http://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933)

Código Penal de Venezuela. Ley 5494. (2000).

https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo6.pdf

Código Procesal Penal. Decreto Legislativo N° 957. 29 de julio de 2004 (Perú). Diario Oficial El Peruano.

Congreso Constituyente Democrático. (1993). Constitución Política del Perú.

Congreso de la República del Perú. (2002, 09 de junio). *Ley N° 27753 Ley que modifica los artículos 111°, 124° y 274° del Código Penal referidos al Homicidio Culposo, Lesiones culposas y conducción en estado de ebriedad o drogadicción y el artículo 135° del Código Procesal Penal, sobre mandato de detención.* Diario Oficial El Peruano.

<https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/27753.pdf>.

Congreso de la República del Perú. (2015, 23 de noviembre). *Ley N° 30364 Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.* Diario Oficial El Peruano. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-para-prevenir-sancionar-y-erradicar-la-violencia-contra-ley-n-30364-1314999-1/>

Congreso de la República del Perú. (2017). *Expediente del Proyecto de Ley 02402/2017-CR Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para Fortalecer la Prevención y Sanción de los Delitos contra la Libertad de Indemnidad Sexuales.* Ley 30838.

https://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/visbusqpramdoc1621/02402?opendocument



Congreso de la República del Perú. (2017, 08 de marzo). *Proyecto de Ley N° 1037/2016-CR.*

https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0103720170308.pdf

Congreso de la República del Perú. (2017, 02 de noviembre). *Proyecto de Ley N° 2070/2017-CR.*

https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0207020171102.pdf

Congreso de la República del Perú. (2018, 28 de febrero). *Proyecto de Ley N° 2460/2017-CR.*

https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0246020180228..pdf

Congreso de la República del Perú. (2018, 19 de abril). *Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.*

https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/00460DC15MAY20180419.pdf

Congreso de la República del Perú. (2018, 03 de agosto). *Ley N° 30838 Ley que modifica el Código Penal y el Código de Ejecución Penal para fortalecer la prevención y sanción de los delitos contra la Libertad Sexual e Indemnidad Sexual.* Diario Oficial El Peruano.

<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-que-modifica-el-codigo-penal-y-el-codigo-de-ejecucion-pe-ley-n-30838-1677448-1/#:~:text=El%20que%20por%20su%20cultura,disminuida%2C%20se%20atenuar%3A1%20la%20pena.>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. (2018) *Recurso de Nulidad N° 1053-2018-HUANCAVELICA.* Magistrado Ponente Sequeiros Vargas.

<https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/>



Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. (2018) *CASACIÓN N° 697-2017-PUNO*. Magistrado Ponente Príncipe Trujillo. <https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. (2020) *CASACIÓN N° 460-2019-HUÁNUCO*. Magistrado Ponente Figueroa Navarro. <https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. (2021) *CASACIÓN N° 2039-2019-ÁNCASH*. Magistrado Ponente Coaguila Chávez. <https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. (2021) *CASACIÓN N° 2064-2019-HUANCAVELICA*. Magistrado Ponente San Martín Castro. <https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. (2021) *CASACIÓN N° 229-2020-JUNÍN*. Magistrado Ponente Coaguila Chávez. <https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. (2022) *CASACIÓN N° 581-2020-LAMBAYEQUE*. Magistrado Ponente Sequeiros Vargas. <https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. (2022) *CASACIÓN N° 2075-2019-LAMBAYEQUE*. Magistrado Ponente Sequeiros Vargas. <https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. (2023) *CASACIÓN N° 1520-2021-ICA*. Magistrado Ponente Altabás Kajatt. <https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. (2009) *Recurso de Nulidad N° 3482-2008-CALLAO*. Magistrado Ponente Elvia Barrios Alvarado.



<https://lpderecho.pe/embriaguez-puede-constituir-trastorno-mental-transitorio-eficacia-eximente-r-n-3482-2008-callao/>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. (2013) *Recurso de Nulidad*
N° 2698-2013 UCAYALI. Magistrado Ponente Príncipe Trujillo.
<https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. (2015) *Recurso de Nulidad*
N° 1377-2014-LIMA. Magistrado Ponente Salas Arenas.
<https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. (2019) *Recurso de Nulidad*
N° 840-2018-LIMA. Magistrado Ponente Prado Saldarriaga.
<https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. (2019) *Recurso de Nulidad*
N° 2131-2018-LIMA SUR. Magistrado Ponente Castañeda Otsu.
<https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. (2021) *Recurso de Nulidad*
N° 1799-2019-CALLAO. Magistrado Ponente Guerrero López.
<https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. (2022) *Recurso de Nulidad*
N° 1058-2020-LIMA NORTE. Magistrado Ponente Pacheco Huancas.
<https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. (2022) *Recurso de Nulidad*
N° 1690-2021-LIMA SUR. Magistrado Ponente Pacheco Huancas.
<https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/>



Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Transitoria. (2023) *Recurso de Nulidad*

N° 598-2022-LIMA SUR. Magistrado Ponente Guerrero López.

<https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/>

Demetrio, E. (2020). *La tentativa en la autoría mediata y en la Actio libera in causa*. Ibañez.

Donna, E. (1995). *Teoría del Delito y de la Pena*. Tomo 2. Astrea.

Donna, E. (2013). *Derecho Penal Parte General*. Tomo IV. Rubinzal Culzoni Editores.

Espinoza, J. (2020) *El estado de embriaguez como agravante en los delitos que atentan contra la integridad de las personas* (Tesis para optar por el título de abogado en la Universidad

Regional Autónoma de los Andes, Ecuador).

<https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/12669/1/PIUSDAB065-2020.pdf>

Espinoza, M., Asanza, V. (2016). “*Diseño de un alcoholímetro digital acoplado a un LDR que permite analizar los parámetros de frecuencia cardiaca utilizando un arduino mega*”

en Repositorio CORE.

https://core.ac.uk/display/223104037?utm_source=pdf&utm_medium=banner&utm_campaign=pdf-decoration-v1

https://core.ac.uk/display/223104037?utm_source=pdf&utm_medium=banner&utm_campaign=pdf-decoration-v1

Fontán, C. (1998). *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. Abeledo Perrot.

García, J. A. (2023). *Argumentación Jurídica. Fundamentos Teóricos y elementos prácticos*.

Tirant Lo Blanch.

García, P. (2012). *Derecho Penal, Parte General*. Jurista Editores.

García, P. (2019). *Derecho Penal Parte General*. Ideas.

Gimbernat, E. (2020). *Concepto y Método de la ciencia del Derecho Penal*. B de F.

Guevara, I. P. (2021). *La determinación judicial de la pena concreta. La regla de tercios y operaciones de tipo objetivo y tipo subjetivo. Parte General*. Gamarra Editores.

Hurtado, J. (2016). *El sistema de control penal*. Instituto Pacifico.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Marcial Pons.



Jakobs, G. (2004). *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Civitas.

Jescheck, H. (2014). *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. (Vol. I). Instituto Pacifico.

Jiménez de Asúa, L. (1984). *La Ley y el Delito: Principios del Derecho Penal*. Sudamericana.

Jiménez de Asúa, L. (1950). *Tratado de Derecho Penal*. (Tomo I). Editorial Losada.

Jiménez de Asúa, L. (1951). *Tratado de Derecho Penal*. (Tomo III). Editorial Losada.

Jiménez de Asúa, L. (1956). *Tratado de Derecho Penal*. (Tomo V). Editorial Losada.

Künsemüller, C.G. (2021). *Las circunstancias agravantes de la responsabilidad penal en el Código Chileno*. Tirant Lo Blanch.

León, A. (2020) *El método de Widmark y su aplicación en el delito de conducción en estado de ebriedad, para reducir la impunidad* (Tesis para optar por el título de abogado en la Universidad Cesar Vallejo, Trujillo).

https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/50673/Le%c3%b3n_AA_M-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

López, C. (1999). *Código Penal Alemán*. Universidad Externado Colombia.
<https://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/35633-codigo-penal-aleman-traducido-al-espanol>

Luzón, D. (2016). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Tirant lo Blanch.

Mir, S. (2016). *Derecho Penal Parte General*. B de F.

Muñoz, F. y García, M. (2022). *Derecho Penal Parte General*. Tirant Lo Blanch.

Muñoz, F. (2014). *Introducción al Derecho Penal*. B de F.

Nardiello, A.G. (2015). *Derecho Penal. Parte general*. Hammurabi

Organización Panamericana de la Salud, (s.f.). *Violencia sexual en Latinoamérica y el Caribe: Análisis de datos secundarios*.

https://www3.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=3341:20



[10-sexual-violence-latin-america-caribbean-desk-
review&Itemid=0&lang=es#gsc.tab=0](https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/9070/Rojas_Valencia_Edwin_Hernando.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Pando, J. (2022). *La intimidación ambiental en los delitos sexuales*. (Trabajo de Fin de Grado). Universidad Internacional de la Rioja. España.
<https://reunir.unir.net/handle/123456789/12673>

Peña Cabrera, A. R. (2017). *Derecho Penal Parte General* (Tomo I). Sexta Edición. Idemsa, Editorial Rodhas.

Peña Cabrera, A. R. (2023). *Delitos contra la libertad sexual*. Editorial Motivensa.

Peña, O. (2022). *Técnicas de Litigación Oral: teoría y práctica*. Editorial APECC.

Pérez, J. (2016). *Las 15 eximentes de responsabilidad penal*. Gaceta Jurídica.

Podesta, M. (2022). *La agravante por estado de ebriedad en el delito de violación sexual en los Códigos Penales de Latinoamérica* en la Revista de Derecho YACHAQ N° 14.
<https://revistas.unsaac.edu.pe/index.php/ry/article/view/1073/1291>

Prado, V., Demetrio, E., Velásquez, F., Van, A. y Couso, J. (2015). *Determinación judicial de la pena*. Instituto Pacifico.

Prado, V. (2018). *La dosimetría del castigo penal*. Ideas Solución Editorial.

Real Academia Española. (s.f.). Embriaguez. En Diccionario de la lengua española. Consultado el 14 de mayo de 2023, de <https://www.rae.es/drae2001/embriaguez>

Rojas, E. (2020) *Actio libera in causa, como excepción para considerar al estado de ebriedad o drogadicción como un agravante de punición* (Tesis para optar por el título de abogado en la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo, Lambayeque).
[https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/9070/Rojas_Valencia
Edwin_Hernando.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/9070/Rojas_Valencia_Edwin_Hernando.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Roxin, C. (2006). *Derecho Penal Parte General*. (Tomo I). Civitas.



Rusconi, M. y Kierszenbaum, M. (2020). *Elementos de la parte general del derecho penal.*

Hammurabi.

Salinas, R. (2019). *Derecho Penal Parte Especial.* Volumen 2. Editorial Iustitia.

Silva Sánchez, J. M. (2012). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo.* B de F.

Tantaleán, M. (2016). “Tipología de las investigaciones jurídicas”. *Revista Derecho y Cambio Social*, p. 1-37. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456267>

Toledo, D. (2021) *Influencia del método Widmark en la responsabilidad penal en la fiscalía provincial mixta el porvenir-Trujillo* (Tesis para optar por el título de abogado en Universidad Señor de Sipan, Pimentel). <https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/8128/Toledo%20Rodr%c3%adguez%2c%20Deysi%20Judith.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Ujala, J. (1992). *La doctrina de la «Actio Libera in causa» en derecho penal (ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto).* JMB.

Valiente, V. (2020). “La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal. El ejemplo de la imprudencia”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Número 22-22, p. 1-32. <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-22.pdf>

Velásquez, F. (2022). *Fundamentos de Derecho Penal Parte General.* Tirant Lo Blanch.

Villa, J. (2014). *Derecho Penal Parte General.* Ara Editores.

Villar, S. (2016, abril). *Las antinomias y el principio pro persona: La interpretación de la ley por el legislador* [Ponencia]. Congreso REDIPAL Virtual IX. México https://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/TEMA2/T2_CRV-IX-01-16.pdf

Villareal, J. (2022). *Delitos Sexuales Análisis de la doctrina y jurisprudencia.* Ubi Lex Asesores.

Villavicencio, F. (2013). *Derecho Penal Parte General.* Grijley.



Villavicencio, F. (2019). *Derecho Penal Básico*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Villegas, E. (2017). *Como se aplica realmente la teoría del delito: un enfoque a partir del análisis de los casos jurisprudenciales*. Gaceta Jurídica.

Villegas, E. (2021). *Delitos Sexuales. Criterios de imputación y técnica probatoria para el litigio estratégico*. Gaceta Jurídica.

Zaffaroni, E. (1998). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Ediar Sociedad Anónima Editora.

Zaffaroni, E. (1981). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Tomo III. Ediar Sociedad Anónima Editora.

Zaffaroni, E. (1999). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Tomo IV. Ediar Sociedad Anónima Editora.



ANEXOS:

Matriz de Consistencia: “Estado de ebriedad del agente como circunstancia agravante en la comisión de los Delitos Sexuales: Interpretación adecuada y propuesta de modificatoria del inciso 13 del artículo 170 del Código Penal”

Planteamiento del Problema	Objetivos	Hipótesis de trabajo	Categorías	Subcategorías	Metodología
<p>Problema general: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para una interpretación adecuada del Estado de Ebriedad del agente como circunstancia agravante en la comisión de los Delitos Sexuales?</p> <p>Problemas específicos: - ¿Es la doctrina de la <i>actio libera in causa</i> un fundamento jurídico para realizar una adecuada interpretación del Estado de Ebriedad del agente como agravante en la comisión de los Delitos Sexuales? - ¿El Método Widmark sirve como fundamento jurídico para una correcta interpretación del Estado de Ebriedad del agente como circunstancia agravante en la comisión de Delitos Sexuales? - ¿Cuál es el contenido de una propuesta de modificatoria legislativa en el inciso 13 del artículo 170 del Código Penal, que respete los principios que rigen nuestro Sistema Penal, con base en la Constitución y los Derechos Fundamentales de los justiciables, evitando impunidad y arbitrariedad en procesados por delitos contra la Libertad Sexual?</p>	<p>Objetivo general: Determinar cuáles son los fundamentos jurídicos para una interpretación adecuada del Estado de Ebriedad del agente como circunstancia agravante en la comisión de Delitos Sexuales.</p> <p>Objetivos Específicos: - Analizar de qué manera la doctrina de la <i>actio libera in causa</i> es un fundamento jurídico para realizar una adecuada interpretación del Estado de Ebriedad del agente como agravante en la comisión de los Delitos Sexuales. - Analizar si el Método Widmark sirve como fundamento jurídico para interpretar al Estado de Ebriedad del agente como circunstancia agravante en la comisión de Delitos Sexuales. - Desarrollar el contenido de una propuesta de modificatoria legislativa en el inciso 13 del artículo 170 del Código Penal, que respete los principios que rigen nuestro Sistema Penal, con base en la Constitución y los Derechos Fundamentales de los justiciables.</p>	<p>- La doctrina de la <i>Actio libera in causa</i> al no estar positivizada en nuestro ordenamiento no es aplicable, al mismo tiempo que su reconocimiento de forma ilimitada constituiría una manifestación de derecho penal de autor. Por lo que debe limitarse su aplicación a extremos inferiores a un nivel de inimputabilidad completa.</p> <p>- El método Widmark sirve para delimitar la circunstancia objetiva que señala el tipo penal agravado del art. 170 del código penal, siendo importante que en cada caso, con base en pruebas periféricas, advertir la presencia de estados o características que ayuden a evidenciar un mayor desvalor de la conducta típica realizada.</p> <p>- Una propuesta de modificatoria legislativa que permita entender al Estado de Ebriedad del Agente como una circunstancia agravante, sin colisionar con las eximentes reconocidas a los inimputables, regulado en los artículos 20 y 21 del Código Penal, parte de considerar una delimitación en el tipo penal, así como del reconocimiento de la <i>Actio Libera In Causa</i> en la estructura típica del delito de violación sexual.</p>	<p>Categoría 1 El Estado de Ebriedad del Agente.</p> <p>Categoría 2 Circunstancias agravantes.</p> <p>Categoría 3 La comisión de los Delitos Sexuales</p>	<p>- Principios del Derecho Penal. - Culpabilidad. - Eximentes perfectas e imperfectas. - La grave alteración de la conciencia. - Alteraciones de la percepción. - Derecho Penal de autor y de acto - Actio Libera in Causa - Método Widmark - Legislación comparada</p> <p>- Circunstancias, clases y efectos - Circunstancias agravantes - Nuevas figuras agravadas incorporadas con la ley N° 30838 - Modificación de las agravantes del artículo 170 del Código Penal -El estado de ebriedad del agente como circunstancia agravante en los delitos de violación sexual</p> <p>- Bien jurídico. - Tipicidad objetiva y subjetiva. - El delito de violación sexual - Tipos penales agravados. - Legislación comparada sobre violación sexual y ebriedad.</p>	<p>Tipo: Dogmático analítico propositiva.</p> <p>Enfoque: Cualitativo.</p> <p>Unidad de análisis: Los fundamentos jurídicos para una adecuada interpretación del Estado de Ebriedad como una circunstancia agravante en la comisión de los delitos sexuales.</p> <p>Técnicas e instrumentos para la recolección de datos: -Técnica del análisis documental de textos y jurisprudencial. Ficha de análisis documental de textos. -Entrevista a expertos. Guía de entrevista.</p>



Instrumentos de recolección de datos

Anexo B. 1 Ficha de análisis documental

<p>Tipo de documento:</p> <p>Autor:</p> <p>Lugar y fecha de análisis:</p>
<p>a. Ideas principales:</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>b. Ideas secundarias:</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>
<p>Conclusiones:</p> <p>.....</p> <p>.....</p> <p>.....</p>



Anexo B.2.

SOBRE GUIA DE ENTREVISTAS

Indicaciones:

- Los presentes documentos están compuestos por las Entrevistas realizadas a especialistas en la Ciencia del Derecho Penal, entre ellos a jueces, fiscales (y asistentes en función fiscal) y un abogado penalista. Signados con un Código Único.
- Luego de la Entrevista a cada experto, se encuentra anexo a dicho documento el “Consentimiento Informado”, donde se podrá advertir la rúbrica y nombre real del entrevistado, que por motivos de ética profesional se reserva a su publicación.
- Asimismo, se aparece en la presente el LINK para acceder a las entrevistas realizadas mediante grabación y que fueron transcritas.

LINK DE ENTREVISTAS GRABADAS:

<https://drive.google.com/drive/folders/1yD3xH37Z2wm8JiSVuHoP5KKuxdSz117>

[B?usp=sharing](#)



Sabiduría que vive en ti.

DATOS DEL ENTREVISTADO

Código del Entrevistado: LASN2023
Centro de Trabajo: Poder Judicial
Especialidad: Penal
Fecha: 20-05-2023

OBJETIVO: La presente entrevista tiene por finalidad obtener información estrictamente académica respecto del "Estado de Ebriedad" y su regulación como "circunstancia agravante en la comisión de los delitos sexuales", ilícito penal regulado en el artículo 170º inciso 13) del Código Penal; por lo que agradecemos su gentil colaboración..

INSTRUCCIONES: Por favor, lea detenidamente cada pregunta y responda; en caso de preguntas cerradas, marcar con una X en su respuesta.

- 1. ¿Cuánto tiempo se desempeña como Especialista en Derecho Penal?
2. Considera usted que ¿El estado de ebriedad del agente o sujeto activo, es una eximente de responsabilidad penal?
3. Según su opinión, ¿existe la posibilidad de entender al "Estado de Ebriedad del agente o sujeto activo" como una agravante?
4. Conoce usted en que consiste la denominada doctrina de la "Actio Libera in Causa"
SI (X) NO ()



De ser afirmativa su respuesta, ¿nos puede indicar, según su opinión, que entiende por esta figura penal?

Es cuando una persona se embriega por consumo de alcohol y al estar en estado de ebriedad comete un delito, pero cuando se comete un delito.

5. ¿Conoce usted que en el año 2018, se ha implementado como una circunstancia agravante en la comisión de los delitos sexuales, que "el agente actuó en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre mayor a 0.5 gramos-litro?"

SI (X) NO ()

De ser afirmativa su respuesta, qué opinión le merece esta incorporación legislativa:

Le parece contradictoria con la responsabilidad penal.

6. Según su opinión, ¿cree usted que existe una antinomia normativa (colisión de normas) al considerar al Estado de Ebriedad como una eximente en el inciso 1) del artículo 20º y por otro lado, como una agravante en el inciso 13) del artículo 170º de nuestro Código Penal?

Si porque una misma circunstancia a la vez el estado de ebriedad es punible con pena de prisión y como agravante para delitos sexuales.

7. ¿Conoce o escucho acerca del Método Widmark, como método científico para determinar de forma retroactiva la cantidad de bebida alcohólica ingerida por una persona a través de la concentración etílica en su sangre?

Si pero me parece un método que la constante es humana no es igual por tanto sus resultados solo serían referenciales.

8. Qué opinión le merece que una persona cometa el delito de violación sexual en un estado de ebriedad total o absoluto?

Siempre que en estado de ebriedad total o absoluta se comete un delito.

9. Qué opina usted de la incorporación y redacción del artículo 170º inciso 13) del Código Penal. ¿Es adecuada, merece una reforma parcial o debe ser eliminada como circunstancia agravante en este tipo de delitos?

Es adecuada () Merece una reforma parcial () No debe existir (X)



Sabiduría que vive en ti.

DATOS DEL ENTREVISTADO

Código del Entrevistado: MWAR-2013
 Centro de Trabajo: PODOVA JUDICIAL
 Especialidad: PENAL Y PROCESAL PENAL
 Fecha: 05 JUN 23

OBJETIVO: La presente entrevista tiene por finalidad obtener información estrictamente académica respecto del "Estado de Ebriedad" y su regulación como "circunstancia agravante en la comisión de los delitos sexuales", ilícito penal regulado en el artículo 170° inciso 13) del Código Penal; por lo que agradecemos su gentil colaboración.

INSTRUCCIONES: Por favor lea detenidamente cada pregunta y responda; en caso de preguntas cerradas, marcar con una X en su respuesta.

1. ¿Cuánto tiempo se desempeña como Especialista en Derecho Penal?
 ... MÁS DE VEINTE AÑOS
2. Considera usted que ¿El estado de ebriedad del agente o sujeto activo, es una eximente de responsabilidad penal?
 ... SÍ, SIEMPRE Y CUANDO NO SEA PROVOCADO Y PLANEADO
3. Según su opinión, ¿existe la posibilidad de entender al "Estado de Ebriedad del agente o sujeto activo" como una agravante?
 ... NO ME PARECE ADECUADA
4. Conoce usted en que consiste la denominada doctrina de la "Actio Libera in Causa"
 SI (X) NO ()



De ser afirmativa su respuesta, ¿nos puede indicar, según su opinión, que entiende por esta figura penal?

ES LA AUSENCIA DE ACCIÓN, CUANDO EL AGENTE DEBE RESPONDER POR UN DELITO, PERO A ENCONTRARSE EN ESTADO DE EBRIEDAD O INTOXICACIÓN PROVOCADA.

5. ¿Conoce usted que en el año 2018, se ha implementado como una circunstancia agravante en la comisión de los delitos sexuales, que "el agente actuó en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre mayor a 0.5 gramos-litro?

SI (X) NO ()

De ser afirmativa su respuesta, ¿qué opinión le merece esta incorporación legislativa:

NO ES ADECUADA Y CONTRAVIENE LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO.

6. Según su opinión, ¿cree usted que existe una antinomia normativa (colisión de normas) al considerar al Estado de Ebriedad como una eximente en el inciso 1) del artículo 20° y por otro lado, como una agravante en el inciso 13) del artículo 170° de nuestro Código Penal?

SÍ

7. ¿Conoce o escucho acerca del Método Widmark, como método científico para determinar de forma retroactiva la cantidad de bebida alcohólica ingerida por una persona a través de la concentración etílica en su sangre?

SÍ, LO VÍ EN LA CLASE SUPLEN EN UN REAUSO DE MEDICINA

8. Qué opinión le merece que una persona cometa el delito de violación sexual en un estado de ebriedad total o absoluto

QUE DEBE SER SANCIONADO DE ACUERDO A SI HA SIDO PARCIAL, COMO CIRCUNSTANCIA ES UNA EXIMIENTE.

9. Qué opina usted de la incorporación y redacción del artículo 170° inciso 13) del Código Penal. ¿Es adecuada, merece una reforma parcial o debe ser eliminada como circunstancia agravante en este tipo de delitos?

Es adecuada () Merece una reforma parcial () No debe existir (X)



Universidad
Andina
del Cusco

Sabiduría que vive en ti.

DATOS DEL ENTREVISTADO

Código del Entrevistado: RGCA2023
 Centro de Trabajo: Comite Superior de Justicia del Cusco
 Especialidad: Penal y procesal penal
 Fecha: 30/5/23

OBJETIVO: La presente entrevista tiene por finalidad obtener información estrictamente académica respecto del "Estado de Ebriedad" y su regulación como "circunstancia agravante en la comisión de los delitos sexuales", ilícito penal regulado en el artículo 170° inciso 13) del Código Penal; por lo que agradecemos su gentil colaboración.

INSTRUCCIONES: Por favor lea detenidamente cada pregunta y responda; en caso de preguntas cerradas, marcar con una X en su respuesta.

1. ¿Cuánto tiempo se desempeña como Especialista en Derecho Penal?
25 años
2. Considera usted que ¿El estado de ebriedad del agente o sujeto activo, es una eximente de responsabilidad penal?
SI
3. Según su opinión, ¿existe la posibilidad de entender al "Estado de Ebriedad del agente o sujeto activo" como una agravante?
siempre hemos considerado como una atenuante para rebajar la pena
4. Conoce usted en que consiste la denominada doctrina de la "Actio Libera in Causa"
 SI (X) NO ()



De ser afirmativa su respuesta, ¿nos puede indicar, según su opinión, que entiende por esta figura penal?

es un hecho cometido en falta de libertad ejm. caso de embriaguez voluntaria

- 5. ¿Conoce usted que en el año 2018, se ha implementado como una circunstancia agravante en la comisión de los delitos sexuales, que "el agente actuó en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre mayor a 0.5 gramos-litro?

SI (X) NO ()

De ser afirmativa su respuesta, ¿qué opinión le merece esta incorporación legislativa:

lamentablemente responde a políticas contrarias a principios del derecho penal, pues no podría ser invocada como agravante, una circunstancia que es atenuante y reduce la pena

- 6. Según su opinión, ¿cree usted que existe una antinomia normativa (colisión de normas) al considerar al Estado de Ebriedad como una eximente en el inciso 1) del artículo 20° y por otro lado, como una agravante en el inciso 13) del artículo 170° de nuestro Código Penal?

Así es, por un lado el art. 20 señala la imputabilidad y por otro lado el legislador incluye como una agravante el estado de ebriedad, cuando el C.P. señala como causal de eximente o reducción de pena

- 7. ¿Conoce o escucho acerca del Método Widmark, como método científico para determinar de forma retroactiva la cantidad de bebida alcohólica ingerida por una persona a través de la concentración etílica en su sangre?

Si, incluso se usa bastante por los jueces para determinar la imputabilidad o atenuante de pena.

- 8. ¿Qué opinión le merece que una persona cometa el delito de violación sexual en un estado de ebriedad total o absoluto?

Simplemente es una circunstancia que puede darse y dado el estado de embriaguez del autor, puede ser considerada como una agravante o exculpación art. 20 y 21 C.P.

- 9. ¿Qué opina usted de la incorporación y redacción del artículo 170° inciso 13) del Código Penal. ¿Es adecuada, merece una reforma parcial o debe ser eliminada como circunstancia agravante en este tipo de delitos?

Es adecuada () Merece una reforma parcial () No debe existir (X)



Subiduría que vive en ti

DATOS DEL ENTREVISTADO

Código del Entrevistado: ALM2023
Centro de Trabajo: CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO
Especialidad: PENAL
Fecha: 26-05-2023.

OBJETIVO: La presente entrevista tiene por finalidad obtener información estrictamente académica respecto del "Estado de Ebriedad" y su regulación como "circunstancia agravante en la comisión de los delitos sexuales", ilícito penal regulado en el artículo 170º inciso 13) del Código Penal; por lo que agradecemos su gentil colaboración.

INSTRUCCIONES: Por favor lea detenidamente cada pregunta y responda; en caso de preguntas cerradas, marcar con una X en su respuesta.

TRASCRIPTIÓN DE ENTREVISTA GRABADA EN AUDIO

1. ¿Cuánto tiempo se desempeña como Especialista en Derecho Penal?
Mi trayectoria dentro del estudio del Derecho Penal nace desde mis estudios universitarios, pero dentro del ejercicio de la Magistratura a la fecha tengo ocho (08) años como Juez de Investigación Preparatoria de Cusco. Antes de ejercer esta labor también me desempeñe como Fiscal Adjunto Titular en el Distrito Judicial del Cusco.
2. Considera usted que ¿El estado de ebriedad del agente o sujeto activo, es una eximente de responsabilidad penal?
Por supuesto que sí, dentro de nuestro sistema penal existe el artículo 20º, que determina las causas de eximente y de justificación, siendo una de ellas, el estado de inconciencia; siendo este estado como uno en el cual el sujeto activo pierde conocimiento del actuar como ser humano y actúa de forma desproporcionada a su propia conciencia y comete un acto delictivo. Es por eso que esta norma lo exime de responsabilidad, pues el fin del Sistema Penal es de carácter finalista, ello implica que una persona para cometer un acto delictivo debe de tener conciencia de lo que está haciendo y al no tener esa conciencia, la norma prevé un acto de eximente. Por otro lado, de no estar dentro de un acto de inconciencia absoluto, puede ser relativa, la norma también determina la reducción de norma relativa.



3. Según su opinión, ¿existe la posibilidad de entender al "Estado de Ebriedad del agente o sujeto activo" como una agravante?

Considero que no, yo estoy en contra de la posición de que a nivel de un delito se pueda determinar como una agravante al estado de ebriedad; puesto que sería incongruente con los principios y las normas de nuestra norma penal sustantiva. Por ejemplo, una de estas es, si un delito considera como agravante una situación de estado de ebriedad, el artículo 20º de eximentes de estado de inconciencia, resultaría siendo contradictorio; y por otro lado, se tiene que tener en cuenta que el Código Penal en el Título Preliminar numeral VII, establece la existencia del Principio de Responsabilidad, en el cual una persona es sancionada por lo que ha hecho objetivamente. Entonces, estos aspectos, son los que contradicen los principios del Derecho Penal.

4. Conoce usted en que consiste la denominada doctrina de la "Actio Libera in Causa"?

SI ()

NO ()

De ser afirmativa su respuesta, ¿nos puede indicar, según su opinión, que entiende por esta figura penal?

Claro, el Actio Libera In Causa es un razonamiento doctrinario que hace el Derecho Penal, para aquellos supuestos en los que una persona se crea o se sujeta en un estado de inconciencia a propósito para ser favorecido con la eximente de responsabilidad penal. Frente a esta circunstancia, lo que se busca a través del Actio Libera In Causa es analizar que esa persona, que ha cometido el acto delictivo, previamente haya calculado o mecanizado este supuesto estado de inconciencia; todo ello para determinar su responsabilidad y eliminar la supuesta eximente de responsabilidad.

5. ¿Conoce usted que en el año 2018, se ha implementado como una circunstancia agravante en la comisión de los delitos sexuales, que "el agente actué en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre mayor a 0.5 gramos-litro"?

SI ()

NO ()

De ser afirmativa su respuesta, qué opinión le merezca esta incorporación legislativo:

Esa incorporación legislativa, tiene una motivación más mediática que técnica, por que como he explicado en las preguntas anteriores, es contradictorio e incongruente con los Principios del Derecho Penal y también con el propio artículo 20º, que determina las causas de eximente por el estado de inconciencia. El motivo de ser de nuestro sistema penal, del Código Penal que ha adoptado nuestro país todavía en el año de 1991, ha determinado que nuestro Código Penal es finalista y cuando nosotros hablamos de finalismo, entendemos que lo que propugna el legislador es valorar la intención que tiene



el agente para cometer un delito, dejando de lado el causalismo, que implicaba la comisión del acto delictivo sin importar si esa persona se puso a deliberar lo que iba a cometer. Entonces existe una contradicción al sistema penal, por tanto no debería ser considerado como una agravante.

6. Según su opinión, ¿cree usted que existe una antinomia normativa (colisión de normas) al considerar al Estado de Ebriedad como una eximente en el inciso 1) del artículo 20° y por otro lado, como una agravante en el inciso 13) del artículo 170° de nuestro Código Penal?
No antinomia, yo considero que podría considerarse en un primer momento que sí, pero se debe preponderar los principios fundamentales del Derecho Penal.

7. ¿Conoce o escucho acerca del Método Widmark, como método científico para determinar de forma retroactiva la cantidad de bebida alcohólica ingerida por una persona a través de la concentración etílica en su sangre?

Sí, el Método Widmark es un esfuerzo que hace la jurisprudencia utilizando la ciencia, a fin de medir los estados de alcoholemia y de esa manera poder determinar los niveles de responsabilidad, es por ello que lo determina en grados y etapas; para poder determinar si una persona estaba en estado de ebriedad total, relativo, ínfimo y de esa manera poder valorar el nivel de responsabilidad.

8. Qué opinión le merece que una persona cometa el delito de violación sexual en un estado de ebriedad total o absoluto

En primer, yo cuestiono tengo rechazo a la comisión de un delito de ultraje sexual porque es un acto totalmente indigno el ultraje a una persona en cualquier circunstancia; empero, hay que analizar el caso como es, si es que la violación sexual total o absoluto por parte del agente del delito hay que tomar en cuenta esa circunstancia para la propia calificación y determinación de penal, pero considerar ello como una agravante me parece un despropósito.

9. Qué opina usted de la incorporación y redacción del artículo 170° inciso 13) del Código Penal. ¿Es adecuada, merece una reforma parcial o debe ser eliminada como circunstancia agravante en este tipo de delitos?

Es adecuada () Merece una reforma parcial () No debe existir (X)



Sabiduría que vive en ti.

DATOS DEL ENTREVISTADO

Código del Entrevistado: GCL2023
Centro de Trabajo: CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO
Especialidad: PENAL
Fecha: 26-05-2023.

OBJETIVO: La presente entrevista tiene por finalidad obtener información estrictamente académica respecto del "Estado de Ebriedad" y su regulación como "circunstancia agravante en la comisión de los delitos sexuales", ilícito penal regulado en el artículo 170° inciso 13) del Código Penal; por lo que agradecemos su gentil colaboración..

INSTRUCCIONES: Por favor lea detenidamente cada pregunta y responda; en caso de preguntas cerradas, marcar con una X en su respuesta.

TRASCRIPTIÓN DE ENTREVISTA GRABADA EN AUDIO

1. ¿Cuánto tiempo se desempeña como Especialista en Derecho Penal?
Soy Juez penal. Vengo desempeñando mis labores acá en la Ciudad del Cusco, ya seis (06) años.
2. Considera usted que ¿El estado de ebriedad del agente o sujeto activo, es una eximente de responsabilidad penal?
Bueno, las eximentes están desarrolladas en el Código Penal, y existen dos tipos de eximentes, eximente perfecta y eximente imperfecta del delito. Cuando es perfecta la eximente, determina que la persona no ha tenido la capacidad para comprender la naturaleza de su conducta o que su conducta sea legítima, por lo tanto su conducta no es antijurídica entonces se archiva el proceso. El Código Penal, establece cuáles son las eximentes para que no se establezca responsabilidad y el proceso se archive. Una de las eximentes no es justamente el estado de ebriedad en sí. el código señala que "no haya tenido la aptitud para comprender la naturaleza de su conducta en un determinado hecho", puede ser el estado de ebriedad o el consumo de sustancias ilícitas; sin embargo, como el estado de ebriedad, por conocimiento científico, altera el sistema de respuesta de la persona y puede alterar los sentidos, si es considerado como una eximente que puede



ser perfecta o imperfecta, para ello se requiere una prueba científica no es un tema jurídico solamente, sino un tema relacionado a otras ciencias.

3. Según su opinión, ¿existe la posibilidad de entender al “Estado de Ebriedad del agente o sujeto activo” como una agravante?

Es una buena pregunta, la regla es que la alteración que altere el pensamiento o genere poco control de impulsos, sea por causas de ebriedad o por el consumo de otras sustancias, sea una eximente imperfecta, esa era la regla. Sin embargo, actualmente, como indica la pregunta, el Código no permite que se atenúe la pena sino que se agrave esta; esa la pregunta es si es legal o no, el tema es que es una norma, y como está en la ley se tiene que cumplir, pero se tiene que entender el sentido del legislador, porque ha considerado eso lo ha considerado porque hay personas que se ponen en ese estado en forma deliberada para cometer delitos, esa es la única forma de entenderlo. No es que sea algo espontáneo, ósea por ejemplo, si yo me pongo a tomar y de casualidad cometo un delito, entonces hay personas que se ponen en ese estado para cometer delitos. Con esa lógica, su pena podría ser más grave, esa es la única explicación.

4. Conoce usted en que consiste la denominada doctrina de la “Actio Libera in Causa”

SI ()

NO ()

De ser afirmativa su respuesta, ¿nos puede indicar, según su opinión, que entiende por esta figura penal?

En realidad el Actio Libera In Causa, surge de la casuística, ya que casi no se presenta, en el tiempo que he estado acá no he visto esta figura solo hay en doctrina pero el legislador lo ha considerado. Esta surge cuando una persona se pone en estado de inconciencia para cometer un delito en forma dolosa, el dolo tiene que ser previo a la realización del hecho me tengo que poner en ese estado para cometer un delito: en apariencia sería inimputable, pero me he puesto en ese estado en la consideración de que voy a cometer un delito. Esa es la única explicación práctica, pero no he visto estos casos.

5. ¿Conoce usted que en el año 2018, se ha implementado como una circunstancia agravante en la comisión de los delitos sexuales, que “el agente actué en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre mayor a 0.5 gramos-litro?”

SI ()

NO ()

De ser afirmativa su respuesta, qué opinión le merece esta incorporación legislativa:

Respecto a esta incorporación como agravantes de conductas ilícitas por el estado de ebriedad, se ha incorporado no solamente en este aspecto, sino en los delitos de violencia de género, contra la mujer. Existe una tendencia a que si una persona comete un delito



en estado de ebriedad la pena debe ser mayor, no por el delito sino que es una tendencia. Estamos en una situación actual de protección frente a la violencia de género, si se comete el delito en estado de ebriedad la pena es mayor, es cierto que la ley tiene que cumplirse pero se le tiene que dar una interpretación adecuada, es decir, cual es el sentido de esta norma, porque el legislador ha considerado el agente en estado de ebriedad, porque seguramente con informes se ha evidenciado que las personas, en forma deliberada, se ponen en estado de ebriedad para incrementar su conducta, es decir el plus de violencia es mayor. Este es un tema psicológico, la comisión de un delito no surge de forma espontánea, en los delitos contra la libertad sexual o en los delitos de violencia, siempre hay una planificación y cuando uno ve el aspecto psicológico, por ejemplo para cometer un delito de violación sexual, determina muchos aspectos: por ejemplo planifico como la voy a convencer, donde la voy a llevar a la persona (si es mujer o niña), que le voy a decir, le voy a esperar en un determinado lugar, etc. La persona sobria se inhibe en el pensamiento, se inhibe cuando está sano; pero cuando la persona está en estado de ebriedad la planificación se acelera, empieza a planificar más o de determinada manera. Yo entiendo que el legislador ha considerado estas agravantes, justamente por esto, viendo los procesos mentales; porque es distinto que una persona que espontáneamente cometa un delito y es muy distinto que una persona cometa el delito con una planificación mayor. Esta creo yo, que es la única razón, por la que se está incorporando estas agravantes para la sanción penal, porque hay un mayor plus; es distinto que una persona cometa en forma espontánea un delito (el dolo puede surgir en un minuto no hay problema), pero el dolo del violador o de un feminicidio (que también tiene esta agravante) es un dolo de planificación. Incluso, la conducta es más deleznable y más violenta, porque la persona está en estado de ebriedad y se ha puesto en esa situación para actuar de esa manera. Por eso es que pienso que debe entenderse desde un aspecto psicológico y no solo jurídico.

6. Según su opinión, ¿cree usted que existe una antinomia normativa (colisión de normas) al considerar al Estado de Ebriedad como una eximente en el inciso 1) del artículo 20° y por otro lado, como una agravante en el inciso 13) del artículo 170° de nuestro Código Penal? *En realidad si se analiza desde una interpretación literal, si hay una antinomia. Entonces como se debe de quebrar la antinomia, porque una atenúa y otra agrava; desde una interpretación literal existiría antinomia. Entonces, si se presenta un caso de este tipo, por ejemplo un caso en concreto, que una persona ha planificado en días cometer un delito de violación, se ha preparado, incluso ha obtenido objetos para lastimar de mayor*



manera a la agraviada, u otras cosas para hacer sufrir a la agraviada, se ha comprado bebidas (rones) y en ese estado ha maquinado como cometer el delito; pienso que en ese caso, tendría que hacerse una interpretación teleológica, sistemática y darle sentido a esta norma, y una interpretación en base a otras ramas del derecho (psicológicas, etc). Es decir, si en un caso uno quiere salvar porque ve en los hechos que no se puede bajar la pena porque es un acto tan reprochable y tan planificado, entonces tendría que realizar otro tipo de interpretación, de alguna forma justificar la sanción que tiene que ser razonable.

7. ¿Conoce o escucho acerca del Método Widmark, como método científico para determinar de forma retroactiva la cantidad de bebida alcohólica ingerida por una persona a través de la concentración etílica en su sangre?

Bueno, es un método donde según la Jurisprudencia, señala que por este se determina el grado de alcohol en sangre de una persona al momento de cometer un hecho. Como método científico, se utiliza. Incluso hacen pericias. El mismo abogado también puede realizar el método considerando el grado de alcohol y porque es muy fácil de entender. Sin embargo, si se utiliza solo el método (y lo hacen muchos), en efecto podría ser una persona inimputable, pero esa es la interpretación subsumiendo solamente el método y el grado en base al hecho -esa es la regla es cierto-, pero la excepción, como digo, podría haber casos en los que aun estando en ese estado con un grado alcohólico alto, donde la persona se haya puesto en tal estado, de tal manera para cometer un delito pese a ello tendría cierto grado de conciencia. Entonces, este método, esta valoración es un poco distinta, literal.

8. Qué opinión le merece que una persona cometa el delito de violación sexual en un estado de ebriedad total o absoluto

Si uno se pone a pensar, por ejemplo, que una persona tiene un grado de alcohol alto (considerando el método Widmark) que supera los 2,5 grados de alcohol, van a ver jueces que pueden absolverlo; porque dirán que estaba en un estado de ebriedad alto, pueden absolverlos. Esa es la regla sí; pero en casos de violación sexual de niñas, niños, personas discapacitadas, personas que están en situación de vulnerabilidad, la interpretación no debe ser literal porque tiene que irse más allá, porque tiene que verse el sentido y ahí entra el aspecto social, porque una persona comete este hecho. Si hay una planificación como digo una violación, por ejemplo de días (por lo minucioso de la violación), el lugar, la habitación, si tiene objetos, ha esperado a la víctima, la ha estudiado, sabe dónde vivía, a esperado la hora cuando estaba solo, ha obtenido sustancias para que se adormezca,



ha bebido también; no creo que sea razonable absolverlo. Entonces, pienso que se tendría que aplicar, por ejemplo en estos casos, la doctrina de la Actio Libera In Causa.

9. Qué opina usted de la incorporación y redacción del artículo 170º inciso 13) del Código Penal. ¿Es adecuada, merece una reforma parcial o debe ser eliminada como circunstancia agravante en este tipo de delitos?

Es adecuada () Merece una reforma parcial () No debe existir ()

En realidad, sí merece una mejor redacción, porque justamente la regla, como hemos indicado, es que una eximente determina la atenuación por que la persona no tiene pleno control de los impulsos cuando es espontáneo. Entonces que debe hacer un Juez, lo correcto en realidad es que para evitar antinomias, se debe reformar. Sería bueno que se introduzca algún elemento adicional a esta descripción porque como indica "el agente actuó en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre mayor a 0.5", el tema es que si se lee así debería incrementarse, porque hay otra regla. Tiene que haber una diferencia, seguramente está generando problemas esta norma, entonces, debería mejorarse y como se mejora también con la doctrina y el Actio Libera In Causa podría ayudar a entender de mejor manera el hecho. Sería bueno una propuesta de redacción complementaria que de un entendimiento a esta norma, que se agregue una conducta, es decir, porque se pone en estado de ebriedad, ¿para cometer el delito de violación sexual? entonces si se entiende así podría ser sancionado porque no ha sido espontáneo sino se ha puesto en estado de ebriedad para cometer el delito. De esa forma de alguna manera se podría entender este delito.



Universidad
Andina
del Cusco

Sabiduría que vive en ti.

DATOS DEL ENTREVISTADO

Código del Entrevistado: LAAC 2023
 Centro de Trabajo: Ministerio Pública Fiscalía de la Nación
 Especialidad: Penal
 Fecha: 26-05-2023

OBJETIVO: La presente entrevista tiene por finalidad obtener información estrictamente académica respecto del "Estado de Ebriedad" y su regulación como "circunstancia agravante en la comisión de los delitos sexuales", ilícito penal regulado en el artículo 170º inciso 13) del Código Penal; por lo que agradecemos su gentil colaboración.

INSTRUCCIONES: Por favor lea detenidamente cada pregunta y responda; en caso de preguntas cerradas, marcar con una X en su respuesta.

1. ¿Cuánto tiempo se desempeña como Especialista en Derecho Penal?
22 años
2. Considera usted que ¿El estado de ebriedad del agente o sujeto activo, es una eximente de responsabilidad penal?
Si, en la parte General del Código esta considerada dentro del estado de incondencia. Eximente perfecta e imperfecta
3. Según su opinión, ¿existe la posibilidad de entender al "Estado de Ebriedad del agente o sujeto activo" como una agravante?
No, pero no estoy de acuerdo con que sea entendida como una eximente perfecta sino como una agravante
4. Conoce usted en que consiste la denominada doctrina de la "Actio Libera in Causa"
 SI (X) NO ()



De ser afirmativa su respuesta, ¿nos puede indicar, según su opinión, que entiende por esta figura penal?

Consiste en consumir e ingerir bebidas alcohólicas con el propósito de cometer un delito para cometer el delito.

- 5. ¿Conoce usted que en el año 2018, se ha implementado como una circunstancia agravante en la comisión de los delitos sexuales, que "el agente actué en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre mayor a 0.5 gramos-litro?

SI (X) NO ()

De ser afirmativa su respuesta, ¿qué opinión le merece esta incorporación legislativa:

No me encuentro de acuerdo puesto que esta agravante resulta discriminatoria porque conforme lo establece la parte general del Código Penal debería considerarse una atenuante.

- 6. Según su opinión, ¿crec usted que existe una antinomia normativa (colisión de normas) al considerar al Estado de Ebriedad como una eximente en el inciso 1) del artículo 20° y por otro lado, como una agravante en el inciso 13) del artículo 170° de nuestro Código Penal?

Si, por un lado se busca eximir de responsabilidad al imputado y por el otro lado se busca agravar la pena, condenarlo más años.

- 7. ¿Conoce o escucho acerca del Método Widmark, como método científico para determinar de forma retroactiva la cantidad de bebida alcohólica ingerida por una persona a través de la concentración etílica en su sangre?

Si, es materia de una Resolución o pronunciamiento de la Corte Suprema.

- 8. ¿Qué opinión le merece que una persona cometa el delito de violación sexual en un estado de ebriedad total o absoluto?

mi opinión es que una persona que requiere previamente consumir bebidas alcohólicas para cometer este delito, forma parte de una patología en su personalidad, porque hay personas reprimidas y cambian con la ingesta de bebidas alcohólicas.

- 9. ¿Qué opina usted de la incorporación y redacción del artículo 170° inciso 13) del Código Penal. ¿Es adecuada, merece una reforma parcial o debe ser eliminada como circunstancia agravante en este tipo de delitos?

Es adecuada () Merece una reforma parcial () No debe existir (X)



Sabiduría que vive en ti.

DATOS DEL ENTREVISTADO

Código del Entrevistado: GDEA2023
 Centro de Trabajo: Ministerio Público
 Especialidad: Penal
 Fecha: 28-05-23

OBJETIVO: La presente entrevista tiene por finalidad obtener información estrictamente académica respecto del "Estado de Ebriedad" y su regulación como "circunstancia agravante en la comisión de los delitos sexuales", ilícito penal regulado en el artículo 170º inciso 13) del Código Penal; por lo que agradecemos su gentil colaboración.

INSTRUCCIONES: Por favor lea detenidamente cada pregunta y responda; en caso de preguntas cerradas, marcar con una X en su respuesta.

1. ¿Cuánto tiempo se desempeña como Especialista en Derecho Penal?
Tanto casos penales desde hace 12 años aproximadamente, pero tengo la maestría en derecho Constitucional.
2. Considera usted que ¿El estado de ebriedad del agente o sujeto activo, es una eximente de responsabilidad penal?
Considero que conforme manda la norma penal si es una eximente o atenuante de la responsabilidad penal pero hay suspensiones que también están señaladas en la ley.
3. Según su opinión, ¿existe la posibilidad de entender al "Estado de Ebriedad del agente o sujeto activo" como una agravante?
Según como manda la norma penal así está dispuesto para ciertos delitos relacionados con la violencia contra la mujer (violación sexual, femicidio, lesiones)
4. Conoce usted en que consiste la denominada doctrina de la "Actio Libera in Causa"
 SI NO ()



De ser afirmativa su respuesta, ¿nos puede indicar, según su opinión, que entiende por esta figura penal?

Es una conducta leve de la víctima

5. ¿Conoce usted que en el año 2018, se ha implementado como una circunstancia agravante en la comisión de los delitos sexuales, que "el agente actué en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre mayor a 0.5 gramos-litro?

SI (X) NO ()

De ser afirmativa su respuesta, qué opinión le merece esta incorporación legislativa:

considero que esa incorporación se contempló para esos delitos por cuanto muchos de los casos se dan cuando el agente del delito se encuentra en estado de ebriedad.

6. Según su opinión, ¿cree usted que existe una antinomia normativa (colisión de normas) al considerar al Estado de Ebriedad como una eximente en el inciso 1) del artículo 20° y por otro lado, como una agravante en el inciso 13) del artículo 170° de nuestro Código Penal?

No, en esta forma eso que debe existir un límite al grado de alcohol que haya inpedido el sujeto activo pero en este tipo de delitos la presencia del estado de ebriedad predispone a la comisión del delito.

7. ¿Conoce o escucho acerca del Método Widmark, como método científico para determinar de forma retroactiva la cantidad de bebida alcohólica ingerida por una persona a través de la concentración etílica en su sangre?

Es el método a través del cual permite determinar el grado de alcohol en la sangre.

8. Qué opinión le merece que una persona cometa el delito de violación sexual en un estado de ebriedad total e absoluto

Si después de un examen así se determina, sólo en ese caso se tendría que considerar como una atenuante privilegiada por cuanto está relacionado con el tema de la coacción.

9. Qué opina usted de la incorporación y redacción del artículo 170° inciso 13) del Código Penal. ¿Es adecuada, merece una reforma parcial o debe ser eliminada como circunstancia agravante en este tipo de delitos?

Es adecuada () Merece una reforma parcial (X) No debe existir ()



De ser afirmativa su respuesta, ¿nos puede indicar, según su opinión, que entiende por esta figura penal?

Suces cuando el agente provoca su estado de inimpetabilidad para realizar una conducta típica

- 5. ¿Conoce usted que en el año 2018, se ha implementado como una circunstancia agravante en la comisión de los delitos sexuales, que "el agente actué en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre mayor a 0.5 gramos-litro?

SI (X) NO ()

De ser afirmativa su respuesta, ¿qué opinión le merece esta incorporación legislativa:

Me parece que es una idea porosa necesaria para las cosas en que los agentes utilicen o se aprovechen del estado de ebriedad para cometer sus delitos

- 6. Según su opinión, ¿cree usted que existe una antinomia normativa (colisión de normas) al considerar al Estado de Ebriedad como una eximente en el inciso 1) del artículo 20º y por otro lado, como una agravante en el inciso 13) del artículo 170º de nuestro Código Penal?

No, ya que ambas deben interpretarse sistemáticamente, el estado de ebriedad sólo será considerado agravante cuando el agente instrumentalice tal situación para cometer el delito.

- 7. ¿Conoce o escucho acerca del Método Widmark, como método científico para determinar de forma retroactiva la cantidad de bebida alcohólica ingerida por una persona a través de la concentración etílica en su sangre?

Si

- 8. ¿Qué opinión le merece que una persona cometa el delito de violación sexual en un estado de ebriedad total o absoluto

Me parece una situación que difícilmente podría darse pues en un estado de "ebriedad Absoluta" el agente difícilmente podría cometer el delito de violación sexual.

- 9. ¿Qué opina usted de la incorporación y redacción del artículo 170º inciso 13) del Código Penal. ¿Es adecuada, merece una reforma parcial o debe ser eliminada como circunstancia agravante en este tipo de delitos?

Es adecuada (X) Merece una reforma parcial () No debe existir ()



Sobiduno que vive en ti.

DATOS DEL ENTREVISTADO

Código del Entrevistado: FTV 2023
Centro de Trabajo: Ministerio Público
Especialidad: Penal
Fecha: 26-05-2023

OBJETIVO: La presente entrevista tiene por finalidad obtener información estrictamente académica respecto del "Estado de Ebriedad" y su regulación como "circunstancia agravante en la comisión de los delitos sexuales", ilícito penal regulado en el artículo 170º inciso 13) del Código Penal; por lo que agradecemos su gentil colaboración..

INSTRUCCIONES: Por favor lea detenidamente cada pregunta y responda; en caso de preguntas cerradas, marcar con una X en su respuesta.

- 1. ¿Cuánto tiempo se desempeña como Especialista en Derecho Penal? Cinco años
2. Considera usted que ¿El estado de ebriedad del agente o sujeto activo, es una eximente de responsabilidad penal? Desconozco a la parte general de Derecho Penal establecido en el artículo 20º, podemos establecer que si es considerado una eximente.
3. Según su opinión, ¿existe la posibilidad de entender al "Estado de Ebriedad del agente o sujeto activo" como una agravante? Si existe la posibilidad, siempre y cuando se encuentre establecido en el tipo penal de forma expresa
4. Conoce usted en que consiste la denominada doctrina de la "Actio Libera in Causa" SI (X) NO ()



De ser afirmativa su respuesta, ¿nos puede indicar, según su opinión, que entiende por esta figura penal?

Es cuando el agente ha realizado un hecho en estado de ausencia de libertad, estado que ha sido provocado con anterioridad a su conducta negativa.

- 5. ¿Conoce usted que en el año 2018, se ha implementado como una circunstancia agravante en la comisión de los delitos sexuales, que "el agente actué en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre mayor a 0.5 gramos-litro?

SI (X) NO ()

De ser afirmativa su respuesta, qué opinión le merece esta incorporación legislativa:

Es una norma expresa con la finalidad de evitar interpretaciones subjetivas en la comisión del delito a fin de evitar su responsabilidad.

- 6. Según su opinión, ¿cree usted que existe una antinomia normativa (colisión de normas) al considerar al Estado de Ebriedad como una eximente en el inciso 1) del artículo 20º y por otro lado, como una agravante en el inciso 13) del artículo 170º de nuestro Código Penal?

considero que: no.

- 7. ¿Conoce o escucho acerca del Método Widmark, como método científico para determinar de forma retroactiva la cantidad de bebida alcohólica ingerida por una persona a través de la concentración etílica en su sangre?

Si conozco y considero que es un método científico objetivo y que sirve de probanza.

- 8. Qué opinión le merece que una persona cometa el delito de violación sexual en un estado de ebriedad total o absoluto

Debe realizarse un análisis de acuerdo a cada circunstancia y analizar si dicha conducta fue premeditada o casual.

- 9. Qué opina usted de la incorporación y redacción del artículo 170º inciso 13) del Código Penal. ¿Es adecuada, merece una reforma parcial o debe ser eliminada como circunstancia agravante en este tipo de delitos?

Es adecuada (X) Merece una reforma parcial () No debe existir ()



Sabiduría que vive en ti.

DATOS DEL ENTREVISTADO

Código del Entrevistado: JMC2023
Centro de Trabajo: MENDOZA & CASTILLO ABOGADOS ASOCIADOS
Especialidad: PENAL
Fecha: 25-05-2023.

OBJETIVO: La presente entrevista tiene por finalidad obtener información estrictamente académica respecto del "Estado de Ebriedad" y su regulación como "circunstancia agravante en la comisión de los delitos sexuales", ilícito penal regulado en el artículo 170° inciso 13) del Código Penal; por lo que agradecemos su gentil colaboración..

INSTRUCCIONES: Por favor lea detenidamente cada pregunta y responda; en caso de preguntas cerradas, marcar con una X en su respuesta.

TRASCIPCIÓN DE ENTREVISTA GRABADA EN AUDIO

1. ¿Cuánto tiempo se desempeña como Especialista en Derecho Penal?
Me dedico al estudio de casos penales por más de trece (13) años desde la obtención de la colegiatura y vengo ejerciendo como magister en Derecho Penal, cinco (05) años.
2. Considera usted que ¿El estado de ebriedad del agente o sujeto activo, es una eximente de responsabilidad penal?
Sobre el particular, considero que el estado de ebriedad -propriamente dicho-, no es una eximente de responsabilidad penal, sino que el nivel de ingesta de alcohol por las personas o el consumo de bebidas alcohólicas genera la presencia de alcohol en la sangre y según el nivel de alcohol en la sangre podemos encontrarnos en diferentes periodos, así se tiene la ley 27753, que en el artículo 4º se hace alusión al anexo consistente en la Tabla de Alcoholemia, en donde en el primer periodo se considera entre 0.1 a 0.5 gramos-litro de alcohol en la sangre, denominado periodo subclínico, el segundo periodo que va desde 0.5 a 1.5 g/l, denominado ebriedad, el tercer periodo que va desde 1.5 al 2.5 g/l denominado ebriedad absoluta, el cuarto periodo que va desde 2.5 a 3.5 g/l denominado grave alteración de la conciencia y el quinto periodo que comprende a niveles mayores de 3.5 g/l denominado COMA. En ese sentido, la ingesta de bebidas alcohólicas que se ubica entre el cuarto periodo denominado grave alteración de la conciencia, este



supuesto si constituye una eximente de responsabilidad penal, ello a condición de que esta grave alteración de la conciencia afecte de sobremanera o gravemente el concepto de realidad del agente y este no posea la autodeterminación o la facultad para enmendar el carácter delictuoso de su acto o pueda determinarse según esa comprensión, es decir, el estado de ebriedad –perse- no es una eximente de responsabilidad penal, sino solo y únicamente será una eximente de responsabilidad penal la ingesta de bebidas alcohólicas por parte del sujeto activo del delito que ocasione una grave alteración de la conciencia. En ese sentido, la ingesta de alcohol por parte de un individuo solo y únicamente constituirá una eximente de responsabilidad penal en el supuesto de que dicha ingesta haya generado una grave alteración de la conciencia y pueda ser calificada dentro del cuarto periodo según la tabla de alcoholemia antes precisada, ello a condición de que la grave alteración de la conciencia provocada por la ingesta de alcohol mermen la percepción de la realidad del agente y que este haya perdido la potestad o la capacidad de entender que su proceder constituye un delito.

Ahora bien es necesario tomar en cuenta que la grave alteración de la conciencia, que si constituye una eximente de responsabilidad penal, es tal porque genera que una conducta que sea típica y antijurídica no sea culpable y no es culpable debido a que concurriría o convergería la ausencia del elemento imputabilidad, el cual es el primer elemento abordado por la culpabilidad de un injusto penal, ello en razón a que el sujeto activo del delito no contaría con la capacidad de culpabilidad al no gozar de la libertad de autodeterminación. Asimismo es necesario que se tome en cuenta además de reconocer nuestro código penal a la grave alteración de la conciencia como una eximente de responsabilidad penal por la ausencia de la imputabilidad como elemento de la culpabilidad, nuestro código penal también reconoce la institución de la responsabilidad atenuada en el artículo 21º, que establece que “de no concurrir alguno de los requisitos para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal”, ello quiere decir que si la ingesta de alcohol por el sujeto activo del delito, no habría llegado al cuarto periodo de grave alteración de la conciencia y además dicha situación no haya generado la ausencia de facultad del agente para comprender el carácter delictuoso de su acto y si el agente se encuentra en periodos menos graves como el de la ebriedad absoluta, el nivel de ebriedad o incluso el subclínico, al no haber ocasionado la ingesta de alcohol una grave alteración de la conciencia podría eventualmente recurrirse a la responsabilidad



atenuada con el fin de disminuir prudencialmente la pena o imponer al sujeto activo del delito.

3. Según su opinión, ¿existe la posibilidad de entender al "Estado de Ebriedad del agente o sujeto activo" como una agravante?

Al respecto me permito señalar que respetando el Principio de Legalidad, el estado de ebriedad concurrente en el agente en el momento en que este consuma el delito según el artículo 170º constituiría una circunstancia agravante de primer grado.

4. Conoce usted en que consiste la denominada doctrina de la "Actio Libera In Causa"?

SI () NO ()

De ser afirmativa su respuesta, ¿nos puede indicar, según su opinión, que entiende por esta figura penal?

En principio, la denominada Actio Libera In Causa, es una denominación esbozada por la doctrina en materia penal y que no tiene un reconocimiento expreso en nuestra legislación penal o legislación penal especial, que supone el acto preordenado por el agente a través del cual provoca en él un eventual estado en el que este pierde totalmente su concepto de la realidad y no posee la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o no es consistente o no puede determinarse según su comprensión y este estado generado por el sujeto activo del delito sirve para la materialización o consumación de un ilícito penal, siendo este acto provocado por el sujeto activo con el único fin de quedar impune respecto del ilícito penal que habría perpetrado.

5. ¿Conoce usted que en el año 2018, se ha implementado como una circunstancia agravante en la comisión de los delitos sexuales, que "el agente actuó en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre mayor a 0,5 gramos-litro"?

SI () NO ()

De ser afirmativa su respuesta, qué opinión le merece esta incorporación legislativa.

Si, mediante la ley 30838, publicada el 04 de agosto de 2018 se ha incorporado el numeral 13 contenido en el artículo 170º el cual constituye una circunstancia agravante de primer grado. Respecto a mi opinión respecto de esta incorporación normativa, considero que la misma no constituye una grave alteración de la conciencia sino que únicamente nos encontraríamos en un periodo denominado de ebriedad absoluta, el cual sería susceptible de erigirse en un supuesto de responsabilidad atenuada, pero no como una circunstancia agravante.



6. Según su opinión, ¿cree usted que existe una antinomia normativa (colisión de normas) al considerar al Estado de Ebriedad como una eximente en el inciso 1) del artículo 20º y por otro lado, como una agravante en el inciso 13) del artículo 170º de nuestro Código Penal?
Considero que no existe una antinomia normativa o colisión de normas, ya que el inciso 1) del artículo 20º, no reconoce al estado de ebriedad propiamente dicho como una eximente de responsabilidad penal, sino única y exclusivamente se reconoce de forma expresa como eximente de responsabilidad penal a la grave alteración de la conciencia, siendo esta el cuarto periodo de ingesta o de nivel de alcohol en la sangre, reconocido en la tabla de alcoholemia puesta en vigencia a partir del artículo 4º de la ley 27753, ello a condición de que la grave alteración de la conciencia producida por la ingesta de alcohol que oscile en un rango de 2.5 a 3.5 haya afectado gravemente el concepto de realidad del agente o que este no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto. En ese sentido, el estado de ebriedad como tal única y exclusivamente podrá ser considerado como un supuesto de responsabilidad atenuada del código penal, en la medida que haya afectado el concepto de la realidad del agente o que la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto haya disminuido; por otro lado, se tendrá que el inciso 13) del artículo 170º reconoce como circunstancia agravante al supuesto de estado de ebriedad con presencia de alcohol en la sangre en una proporción mayor de 0.5 g/l, circunstancia agravante de primer grado o nivel del artículo 170º del código penal, que no hace mención a que la ingesta de alcohol antes descrito haya sido capaz de afectar el concepto de realidad del agente o que este haya perdido en alguna medida la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto. Por tanto, el artículo 21 del código penal que regula la institución de la responsabilidad atenuada y el artículo 20 inciso 1) que regula la grave alteración de la conciencia como eximente de responsabilidad penal, contiene una descripción normativa que difiere del contenido establecido en el inciso 13) del artículo 170º del código penal.
7. ¿Conoce o escucho acerca del Método Widmark, como método científico para determinar de forma retroactiva la cantidad de bebida alcohólica ingerida por una persona a través de la concentración etilica en su sangre?
Sí, conforme lo he manifestado.
8. Qué opinión le merece que una persona cometa el delito de violación sexual en un estado de ebriedad total o absoluto
Al respecto, es necesario señalar que la ebriedad absoluta según la tabla de alcoholemia antes aludida, importa la ingesta de alcohol en un nivel que oscila entre 1.5 a 2.5



denominado tercer periodo, dicho supuesto puede ser considerado como un supuesto de responsabilidad atenuada según el artículo 21° del código penal, solo y únicamente cuando dicha ingesta de alcohol por el sujeto activo del delito haya mermado y/o afectado su concepto de la realidad o que haya ocasionado la pérdida de la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o haya afectado la posibilidad del agente de autodeterminarse según la comprensión que tenga del carácter ilícito de su conducta; vale decir, que la ebriedad absoluta no constituye un supuesto subsumible dentro de la grave alteración de la conciencia como un supuesto extimente de responsabilidad penal.

9. Qué opina usted de la incorporación y redacción del artículo 170° inciso 13) del Código Penal. ¿Es adecuada, merece una reforma parcial o debe ser eliminada como circunstancia agravante en este tipo de delitos?

Es adecuada () Merece una reforma parcial (**X**) No debe existir ()

Considero que merece una reforma parcial en el sentido de que deba excluirse la última parte que consigna que pudiera alterar la conciencia, ya que si el agente se encuentra en estado de ebriedad con presencia de alcohol en la sangre mayor a 0.5 g/l y esta circunstancia altera su conciencia o altera su concepto de la realidad y hace eventualmente que el sujeto activo del delito no cuente con la facultad plena de comprender el carácter delictuoso de su acto, dicho supuesto ya constituiría un supuesto de responsabilidad atenuada, según lo establecido por el artículo 21° del código penal y peor aún, si la ingesta de alcohol en la sangre es u oscila entre el 2.5 para adelante, ya nos encontramos en supuestos de grave alteración de la conciencia o el de coma, supuestos en los que el agente no gozaría de imputabilidad, el cual está comprendido dentro del elemento de la culpabilidad desarrollado como el tercer elemento de la Teoría del Delito Finalista, esto es, después de la tipicidad y antijuricidad.



ANEXO B 4

CONSENTIMIENTO INFORMADO

TÍTULO: “El Estado de ebriedad del agente como circunstancia agravante en la comisión de los Delitos Sexuales: Interpretación adecuada y propuesta de modificatoria del inciso 13 del artículo 170 del Código Penal”

Investigador: Bach. Jhoel Andmar Sicus Concha

Propósito del estudio:

El presente trabajo tiene por objetivo *determinar cuáles son los fundamentos jurídicos para una interpretación adecuada del Estado de Ebriedad del agente como circunstancia agravante en la comisión de los Delitos Sexuales*; estudio que será desarrollado para obtener el título de Abogado en la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Andina del Cusco.

Una de las técnicas de recolección de datos de la investigación, es la entrevista la que se efectuará a través de preguntas que usted responderá con la mayor objetividad. Usted podrá tomarse el tiempo que sea necesario para responder, así como puede detener la entrevista en el momento que lo considere.

Participación:

Si decide participar en este estudio, se realizará lo siguiente:

1. Se aplicará una guía de preguntas semiestructuradas a fin de recabar información sobre: El Estado de Ebriedad; la doctrina de la Actio Libera in Causa; el Método Widmark; todo ello vinculado al Delito de Violación Sexual Agravado por el inciso 13) del artículo 170° del Código Penal.

Riesgos:

La aplicación del instrumento no generará ningún riesgo para su salud o su trabajo.

Beneficios:

Con el presente trabajo no habrá mayor beneficio que solo el conocimiento de los datos requeridos y el aporte intelectual para con la sociedad a fin de otorgarle un entendimiento adecuado de estos ilícitos penales.

Validez:

Para que el cuestionario sea válido y brinde la información necesaria, se deberá responder a todas las interrogantes planteadas.

Costos y compensación:

La participación en el presente estudio, no le generará ningún costo, ni recibirá incentivo



económico ni de otra índole.

Confidencialidad de la información:

La información brindada será resguardada con códigos ([REDACTED]) y no con nombres, en el estudio no se mostrará ninguna información que permita la identificación de las personas que participaron en este estudio.

Problemas o preguntas:

Cualquier duda o pregunta que tenga será respondida por el investigador en el momento.

Derechos del participante:

Si decide dejar de participar en el estudio, puede hacerlo en cualquier momento, sin que ello ocasione ningún perjuicio para usted.

Una copia de este consentimiento informado le será entregada.

Consentimiento:

Acepto voluntariamente participar en este estudio, comprendo las actividades en las que participaré.

Contacto del investigador:

Para cualquier consulta relacionada con el presente estudio contáctese con:

Bach. Joel Andmar Sicus Concha.

Teléfono Móvil:

+51 9 [REDACTED]

Apellidos y Nombre (s) del participante:

_____.

Firma del Participante

Firma del Investigador

Fecha:



Propuesta de Proyecto de modificación Legal

TÍTULO: PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 170 DEL DECRETO LEGISLATIVO 635 CÓDIGO PENAL, MODIFICADO POR EL ARTICULO 1 DE LA LEY 30838, A FIN DE ARMONIZAR Y UNIFORMIZAR CRITERIOS RESPECTO DE LA AGRAVANTE POR ESTADO DE EBRIEDAD EN DELITOS SEXUALES.

PARTE INTRODUCTIVA

Los congresistas de la República integrantes del Grupo parlamentario....., a iniciativa del congresista, al amparo de lo establecido por el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y los artículos 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República proponen el siguiente Proyecto de Ley:

CONSIDERANDO:

Que, la delincuencia y el estado de ebriedad, han encontrado una alta incidencia como fenómeno inherente a nuestra sociedad, siendo evidente que al redactarse en nuestra normativa al estado de ebriedad, desde la óptica del Derecho Penal, se advierte de manera imperante la necesidad de que el Legislador, elabore una adecuada redacción de la circunstancia para tenerla presente al momento de encontrar justicia en cada caso concreto.

Que, respecto del estado de ebriedad como elemento normativo del tipo, en consonancia con la incorporación legislativa que modifica el Delito de Violación Sexual, artículo 170 del Código Penal e incorpora como agravante a dicho estado de ebriedad, mediante Ley 30838 (2018), se ha advertido un aparente conflicto de normas a nivel jurisprudencial, doctrinario y práctico en los operadores del Derecho, que puede ocasionar serias consecuencias para el Sistema Penal.



Que, es evidente que existe una antinomia normativa en relación a la agravante del inciso 13 del artículo 170 del Código penal con la eximente y/o eximente incompleta del artículo 20 y 21 del Código Penal; puesto que, en el primer supuesto se advierte que el estado de ebriedad puede agravar la conducta del delincuente y en el segundo, dicho estado puede generar una atenuante o eximente de responsabilidad penal.

Que, a nivel de la doctrina se tienen los pronunciamientos de los profesores Peña Cabrera (2023)¹, Arbulú (2018)² y Villareal (2022)³, quienes al comentar la circunstancia agravante de ingesta de alcohol incorporada en la comisión de Delitos de violación sexual, sostienen la aplicación de la ALIC como solución interpretativa correcta para estos casos. Sin embargo, existen posiciones discordantes, esto a partir de lo señalado por el magistrado Salinas Siccha⁴, para quien la agravante in comento debe ser aplicado de forma literal. Posiciones que hacen entrever que no se ha llegado a un criterio uniforme respecto a la aplicación de esta agravante.

Que, a nivel de jurisprudencia, existen pronunciamientos sobre situaciones ilícitas cometidas en estado de ebriedad, donde se ha aplicado la sanción como eximente o atenuante de responsabilidad y en otros casos, pese a la ingesta de alcohol, se sanciona como delito doloso simple (Recurso de Nulidad 1377-2014-Lima, Recurso de Nulidad 1053-2018-Huancavelica, Recurso de Nulidad 840-2018-Lima, Recurso de Nulidad 2131-2018-Limar Sur, Casación 460-2019-Huanuco, Recurso de Nulidad 1058-2020-Lima Norte y Recurso de Nulidad 1690-2021-Lima Sur). Pese al delito materia de controversia en dichos pronunciamientos, resalta la consideración que hace la Corte Suprema al considerar la existencia de la Actio Libera In Causa,

¹ Peña Cabrera, A. R. (2023). *Delitos contra la libertad sexual*. Editorial Motivensa. P. 347.

² Arbulú, V. (2018). *Derecho Penal. Parte Especial*. Instituto Pacifico. P. 2010.

³ Villareal, J. (2022). *Delitos Sexuales Análisis de la doctrina y jurisprudencia*. Ubi Lex Asesores. Pp. 60-61

⁴ Salinas, R. (2019). *Derecho Penal Parte Especial*. Volumen 2. Editorial Iustitia. Pp. 998-999.



como posible solución para evitar impunidad por exoneración o aminoración de pena en el agente que premedito su conducta y ahora se encuentra exento.

Que, resaltan los fundamentos que esgrimen las ejecutorias supremas: Casaciones N° 2064-2019-Huanuco, Recurso de Nulidad N° 598-2022-Lima Sur, la Casación N° 1520-2021-Ica y Casación N° 2075-2019-Lambayeque. En las cuales los hechos se circunscriben a un Delito contra la Libertad Sexual y a un feminicidio y suceden posterior a la entrada en vigencia de la modificatoria realizada por la Ley N° 30838 al Código Penal. Casos en los que pese a la ingesta de bebidas alcohólicas del delincuente se obvia la aplicación legal de la norma como agravante.

Que, a nivel jurisprudencial se advierte de los fundamentos que allí se expresan la necesidad de fijar una nueva forma de delimitación en cuanto al nivel de alcohol y conducta del ebrio para ser considerado como circunstancia agravante, ello debido a que en muchos de los pronunciamientos de la Corte Suprema, se advierte criterios en los que se considera a la ahora agravante como una eximente o atenuante y, en otros no se aplica dicha agravante pese a la vigencia de la norma que la reconoce.

Que, frente a la evidencia esgrimida del conflicto pragmático, dogmático y jurisprudencial que conlleva la existencia del estado de ebriedad en la redacción normativa contenida en el inciso 13 del artículo 170 del Código Penal; con la intención de zanjar este problema interpretativo, se considera que la actual redacción del artículo 170 inciso 13, conforme la modificatoria de la Ley 30838, de 04 de agosto de 2018, es inadecuada y debe ser reformulada, con una mejor técnica de redacción por parte del Legislador que contemple las necesidades y solucione los problemas evidenciados en líneas anteriores.



PARTE SUSTENTATORIA

EXPOSICION DE MOTIVOS

Introducción:

El presente proyecto tiene como objetivo abordar la problemática derivada de la redacción actual del inciso 13 del artículo 170 del Código Penal peruano, que trata sobre el estado de ebriedad considerada como una circunstancia agravante en casos de Delitos contra la Libertad Sexual. La incorporación de esta agravante mediante la Ley 30838 (2018) ha generado conflictos interpretativos a nivel jurisprudencial, doctrinario y práctico en el ámbito jurídico.

Antinomias normativas:

Se ha identificado una antinomia normativa en relación a la agravante del estado de ebriedad (inciso 13) con las eximentes o atenuantes contempladas en los artículos 20 y 21 del Código Penal. Mientras algunos operadores jurídicos sostienen la existencia de esta antinomia, otros niegan tal conflicto, considerando que la ebriedad no es en sí misma una eximente ni atenuante, sino un factor que puede influir en la aplicación de dichas circunstancias.

Perspectivas doctrinarias:

Diversos académicos han expresado opiniones divergentes sobre la interpretación de la agravante, algunos proponen la aplicación de la Actio Libera In Causa (ALIC) como solución interpretativa, mientras que otros abogan por una interpretación literal de la norma. La falta de consenso evidencia la necesidad de establecer un criterio uniforme.

Jurisprudencia contradictoria:

La jurisprudencia refleja inconsistencias en la aplicación de la agravante, con casos donde se ha aplicado eximente o atenuante pese al estado de ebriedad, y otros donde se sanciona



como delito doloso simple. La Corte Suprema ha mencionado la ALIC como posible solución, pero su aplicación específica no se ha concretado.

Propuesta de modificación:

Ante la evidente conflictividad en la interpretación y aplicación del estado de ebriedad como agravante, proponemos la reformulación del artículo 170 inciso 13. La redacción deberá ser clara, precisa y contemplar las particularidades del estado de ebriedad en Delitos contra la Libertad Sexual. Además, se sugiere establecer criterios objetivos para evitar interpretaciones divergentes.

Conclusiones:

La actual redacción del artículo 170 inciso 13, conforme a la Ley 30838, es insuficiente y genera conflictos interpretativos. La modificación propuesta busca superar las antinomias normativas, unificar criterios doctrinarios y proporcionar claridad en la aplicación jurisprudencial. La reforma busca fortalecer la justicia y garantizar la efectividad del marco legal en casos específicos donde el estado de ebriedad pueda influir en la comisión de delitos evitando arbitrariedad durante el proceso.

ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

La presente iniciativa legislativa no acarrea ningún gasto al erario nacional.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN NUESTRA LEGISLACIÓN NACIONAL

La iniciativa legislativa no se contrapone con ninguna norma de nuestro ordenamiento legal.

PARTE RESOLUTIVA

Propone a consideración del Congreso de la República el siguiente Proyecto de Ley;



El Congreso;

Ha dado la ley siguiente;

“Ley que modifica el artículo 170 del Decreto Legislativo 635 Código Penal, modificado por el artículo 1 de la ley 30838, a fin de armonizar y uniformizar criterios respecto de la agravante por estado de ebriedad en Delitos Sexuales”

Artículo 1° Objeto de la Ley

Clarificar y armonizar la redacción del artículo 170 inciso 13 del Código Penal Peruano, específicamente en lo referente a la agravante por estado de ebriedad en delitos sexuales y de violencia de género. La propuesta busca superar conflictos interpretativos y normativos que han surgido en la jurisprudencia, doctrina y práctica jurídica, estableciendo una redacción precisa y coherente que permita una aplicación justa y uniforme de la agravante, evitando contradicciones con otras figuras legales, como eximentes o atenuantes, y promoviendo la aplicación de los fines a que se propuso la Ley 30838 de 2018.

Artículo 2° Modificación del artículo 170 del Decreto Legislativo 635 Código Penal, modificado por el artículo 1° de la ley 30838

Redacción original:

Artículo 170.- Violación sexual

El que, con violencia, física o psicológica, grave amenaza o aprovechándose de un entorno de coacción o de cualquier otro entorno que impida a la persona dar su libre consentimiento, obliga a esta a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de catorce ni mayor de veinte años. La pena privativa de libertad



será no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, en cualquiera de los casos siguientes:

1. (...)

13. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas que pudiera alterar su conciencia.

Modificación:

Artículo 170.- Violación sexual

(...). La pena privativa de libertad será no menor de veinte ni mayor de veintiséis años, en cualquiera de los casos siguientes:

1. (...)

13. Si el agente actúa en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 y **menor de 2.5 gramos-litro**, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, **si previamente se hubiera puesto en dicho estado para evitar o disminuir su culpabilidad.**

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

PRIMERA:

Quedan derogadas las leyes que se opongan o contradigan la presente ley.

Lima, febrero del 2024.