



**UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO**

**“DELIMITACIÓN ENTRE DOLO EVENTUAL Y CULPA CONSCIENTE”**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**AUTOR:**

ROBLES TELLO, EDWIN MARIO

**ASESOR:**

EDILBERTO ESPINOZA CALLAN

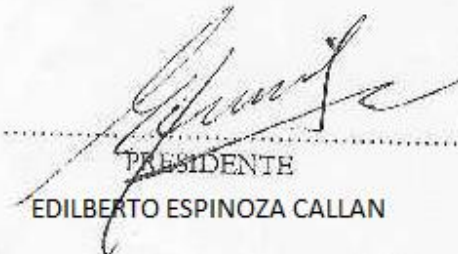
**LINEA DE INVESTIGACIÓN:**

DERECHO PENAL

**TRUJILLO – PERÚ**

**2015**


**PAGINA DEL JURADO**



PRESIDENTE  
EDILBERTO ESPINOZA CALLAN



SECRETARIO  
RAFAEL ALDAVE HERRERA



VOCAL  
POOL FERNANDEZ BERNABE

## **DEDICATORIA**

A mis padres Maria Tello Villanueva y Nolberto Robles Salvatierra que se han esforzado día a día, han sacrificado muchas cosas en su vida para lograr hacerme un hombre de bien y que además me han dado la fuerza para salir adelante.

A mis hermanos Marco Antonio Robles Tello, Andrea Robles Tello y Claudia Robles Tello, que me han acompañado durante toda la vida, y me han dado siempre su apoyo emocional.

A Dios por ser quien guía mis pasos y darme las bendiciones que me han permitido llegar a este punto de mi vida.

## **AGRADECIMIENTO**

En primer lugar agradezco a Dios por haber sido mi guía y haberme acompañado durante el camino hacia el término de mi carrera, por darme fuerzas en los momentos de debilidad y por otorgarme salud, aprendizajes y sobre todo no dejarme caer en el mal camino.

A mis padres Nolberto y María por su gran apoyo, por las enseñanzas que me han dado a lo largo de mi existencia, por darme la oportunidad de tener una carrera profesional; Sobre todo por ser el mejor ejemplo de vida a seguir.

A mis hermanos por ser parte importante de mi vida y representar la unidad familiar. A Marco por sus consejos y apoyo incondicional, a Claudia y Andrea por llenar mi vida de alegrías cuando más lo he necesitado.

Le agradezco la confianza, apoyo y dedicación a todos y cada uno de mis profesores. Por haber compartido conmigo sus conocimientos y amistad.

Muchas Gracias a todos

**EL AUTOR**

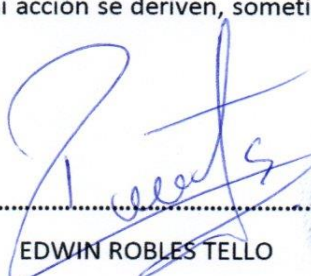
### DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Yo, EDWIN MARIO, ROBLES TELLO, en mi calidad de estudiante de la carrera profesional de Derecho en la Universidad César Vallejo, identificado con DNI N° 44900806, **"DELIMITACIÓN ENTRE DOLO EVENTUAL Y CULPA CONSCIENTE"**, declaro bajo juramento que:

1. La presente tesis es de mi autoría.
2. En la presente Tesis respeté todas las normas referidas a citas y referencias respecto de las fuentes consultadas. Es de este modo que, la tesis no ha sido plagiada de ningún modo.
3. La presente tesis nunca ha sido presentada para la obtención de algún título académico, por lo tanto no es plagiada.
4. Estos datos presentados como resultados son verídicos y no constituyen ningún tipo de plagio o copia, por lo cual estos resultados serán aportes muy valiosos dentro de la realidad.

De identificarse existencia de fraude (datos falsos), plagio (información sin citar autores), auto plagio (presentar como nuevo algún trabajo de investigación propio que haya sido publicado), piratería (uso ilegal de información ajena) o falsificación (representar falsamente ideas de otros), asumo las consecuencias y sanciones que de mi acción se deriven, sometiéndome a la normatividad vigente de la Universidad Cesar Vallejo.

Trujillo, 12 de Diciembre del 2015



.....  
EDWIN ROBLES TELLO

DNI N° 44900806

## **PRESENTACIÓN**

Ante ustedes, señores miembros del jurado, presento mi tesis que tiene por título “DELIMITACIÓN ENTRE DOLO EVENTUAL E IMPRUDENCIA CONSCIENTE”, la cual busca DETERMINAR SI SE PUEDE DIFERENCIAR EL DOLO EVENTUAL Y CULPA CONSCIENTE A TRAVEZ DE LA APLICACIÓN DE LA TEORIA DE LA VOLUNTAD.

Esta tesis es fruto del trabajo realizado día a día, donde se ha podido plasmar todos los conocimientos que he obtenido durante todo el tiempo que duró mi formación profesional.

Así mismo, es la oportunidad de llegar mi agradecimiento a todos los docentes de la Escuela de Derecho, quienes a través de sus enseñanzas y experiencia me transmitieron sus conocimientos; los cuales han ayudado en mi formación profesional y a la vez me permitieron realizar la presente tesis, del mismo modo agradezco a todas las personas que me apoyaron a culminar este trabajo.

El Autor

Trujillo, 12 de Diciembre del 2015

## ÍNDICE

<b>I.</b>	<b>PAGINA DEL JURADO</b> .....	<b>2</b>
<b>II.</b>	<b>DEDICATORIA</b> .....	<b>3</b>
<b>III.</b>	<b>AGRADECIMIENTO</b> .....	<b>4</b>
<b>IV.</b>	<b>DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD</b> .....	<b>5</b>
<b>V.</b>	<b>PRESENTACIÓN</b> .....	<b>6</b>
<b>VI.</b>	<b>INDICE</b> .....	<b>7</b>
<b>VII.</b>	<b>RESUMEN</b> .....	<b>8</b>
<b>VIII.</b>	<b>ABSTRACT</b> .....	<b>9</b>
<b>IX.</b>	<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>10</b>
<b>II.</b>	<b>PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN</b> .....	<b>11</b>
2.1	<b>REALIDAD PROBLEMÁTICA</b> .....	<b>11</b>
2.2	<b>FORMULACIÓN DEL PROBLEMA</b> .....	<b>11</b>
2.3	<b>JUSTIFICACIÓN</b> .....	<b>11</b>
2.4	<b>RELEVANCIA</b> .....	<b>12</b>
2.5	<b>CONTRIBUCIÓN</b> .....	<b>12</b>
2.6	<b>OBJETIVOS</b> .....	<b>13</b>
2.4.1	<b>OBJETIVO GENERAL</b> .....	<b>13</b>
2.4.2	<b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b> .....	<b>13</b>
2.7	<b>HIPÓTESIS</b> .....	<b>13</b>
<b>III.</b>	<b>MARCO METODOLÓGICO</b> .....	<b>13</b>
	<b>PRIMERA UNIDAD</b> .....	<b>13</b>
	<b>SEGUNDA UNIDAD</b> .....	<b>18</b>
3.1	<b>CATEGORIZACIÓN</b> .....	<b>52</b>
3.2	<b>ESCENARIO DE ESTUDIO</b> .....	<b>53</b>
3.3	<b>CARACTERIZACIÓN DE LOS SUJETOS</b> .....	<b>53</b>
3.4	<b>TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS</b> .....	<b>53</b>
<b>IV.</b>	<b>RESULTADOS</b> .....	<b>53</b>
4.1	<b>DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS (ANÁLISIS DE TEORÍAS):</b> .....	<b>53</b>
<b>V.</b>	<b>DISCUSIÓN</b> .....	<b>54</b>
<b>VI.</b>	<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>57</b>
<b>VII.</b>	<b>RECOMENDACIONES</b> .....	<b>58</b>
<b>VIII.</b>	<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>58</b>
<b>IX.</b>	<b>ANEXOS</b> .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>

## RESUMEN

El presente tema traído a debate “es una de las más clásicas interrogantes del derecho penal”, a la cual diversas teorías han intentado responder, la cual es la obtención de un criterio de diferenciación entre el dolo eventual y la imprudencia consciente.

Al respecto cabe traer a colación la acertada opinión de Welzel cuando señala que esa delimitación “es uno de los problemas más difíciles y discutidos del Derecho Penal”, en virtud de que en ambos casos el agente comprende que con su acción puede dar lugar a consecuencias perjudiciales (WELZEL, 1969)

Es así que, el realizar esta delimitación tiene mucha importancia ya que como señala Claus Roxín “de dicha distinción depende o bien la punibilidad misma del hecho, como sucede en la mayoría de los casos a raíz de la ausencia de una conminación penal para el delito imprudente, o bien, por lo menos, la intensidad de la pena” (barberá)

Por otra parte, puedo decir que es muy complicado probar y observar el elemento subjetivo como si fuese un dato de fácil percepción por parte de nuestros sentidos. Es por esto que el elemento subjetivo tiene precisamente su peculiaridad en que ninguna persona que no sea de la cual se trata su subjetividad puede conocer su contenido exacto.

**PALABRAS CLAVE: DOLO, CULPA, TEORÍA DE LA VOLUNTAD, PUNIBILIDAD, ELEMENTO SUBJETIVO, ELEMENTO COGNITIVO**



## ABSTRACT

The present issue brought to debate "is one of the most classic questions of criminal law", to which various theories have tried to answer, which is the obtaining of a criterion of differentiation between the eventual fraud and conscious imprudence.

In this regard it is worth mentioning the opinion of Welzel when he points out that this delimitation "is one of the most difficult and discussed problems of Criminal Law", because in both cases the agent understands that his action can lead to consequences harmful (WELZEL, 1969)

Thus, the realization of this delimitation is very important because, as Claus Roxín points out, "the aforementioned distinction depends either on the punishability of the act itself, as it happens in the majority of cases as a result of the absence of a criminal conviction for the offense imprudent, or, at least, the intensity of the punishment "(barberá)

On the other hand, I can say that it is very complicated to test and observe the subjective element as if it were a fact of easy perception by our senses. That is why the subjective element has precisely its peculiarity in that no person who is not of which its subjectivity is treated can know its exact content.

**KEY WORDS:** DOLO, GUILT, THEORY OF THE WILL, PUNIBILITY, SUBJECTIVE ELEMENT, COGNITIVE ELEMENT.

## I. INTRODUCCIÓN

1. El objetivo de esta tesis es determinar un concepto que diferencie que es dolo eventual y que es imprudencia consciente. Tomando como base LA TEORÍA DE LA VOLUNTAD; y de esta manera poder definir y diferenciar el cuando ocurre una acción con dolo y cuando ocurre una acción culposa.
2. Es de este modo que debido a la cantidad de terminología usada en el concepto de dolo, esta investigación debe ser CONCEPTUAL, esto quiere decir que va más allá de nuestro ordenamiento jurídico, debido a que como podemos ver en los artículos 11, 12 y 14 de nuestra ley penal, la cual tiene como modelo el código penal alemán, los legisladores no dan una definición de lo que es dolo e imprudencia, dejando esta tarea a la jurisprudencia y doctrina, que tiene como fuente al código penal de Alemania, es de este modo que el jurista opta por no establecer una clara definición que diferencie a lo que es dolo de culpa, como vemos que se recurre a una diversidad de opiniones a fin de establecer una diferencia entre actuaciones con dolo o con culpa, basando algunos fallos mayormente dándoles mayor preponderancia al elemento cognitivo, y otros al volitivo, teniendo en cuenta criterios propios de las teorías del consentimiento o aprobación. Dentro de la doctrina nacional no se ha desarrollado tampoco esta interrogante.
3. Por estas consideraciones, es que en esta tesis busco encontrar un concepto que defina, diferencie o delimite al dolo eventual de la culpa consciente, mediante la aplicación de la teoría volitiva.

## **II. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

### **2.1 REALIDAD PROBLEMÁTICA**

En esta tesis, tanto el dolo como la culpa de ninguna manera se relacionan con los elementos del conocimiento y la voluntad, esto no quiere decir que, tanto la voluntad como el conocimiento, en cuanto sean datos obtenidos a través de una investigación, dejen de ser elementos relevantes para la realización de determinados hechos que tengan imprudencia o dolo.

La cuestión está plasmada en que las diversas teorías existentes no han podido dar una definición clara a lo que es el dolo eventual plasmado en la realidad; Es decir que por lo mismo que acabo de subrayar, es necesaria esta investigación donde podré abordar la problemática de que ha de entenderse por dolo eventual, como una de las clases de dolo y su diferenciación con la culpa consciente; teniendo en cuenta la teoría volitiva que creo es la que nos define mejor esta delimitación.

Se trata de una investigación conceptual porque a través de la teoría volitiva la cual ha sido desarrollada por diversos autores, quienes tratando de explicar que es el dolo, han desarrollado definiciones diversas respecto a que es el dolo y su diferenciación con la culpa consciente.

Es por estas razones que la presente tesis tiene como característica el ser una investigación conceptual, y así posteriormente realizar un análisis de las teorías más importantes, y finalmente formar una postura propia con respecto a la cuestión problemática planteada.

### **2.2 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Es factible determinar la delimitación entre dolo eventual y culpa consciente aplicando la teoría volitiva?

### **2.3 JUSTIFICACIÓN**

En esta tesis, me limitaré a hacer una investigación de tipo conceptual respecto a cómo las diversas teorías definen al dolo eventual, a fin de encontrar una definición clara

de dolo y así finalmente elaborar una definición que nos permita establecer una diferenciación entre Dolo de la culpa de manera general y en términos más específicos diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente basándome en la teoría de la voluntad.

A fin de no exceder el marco teórico de esta tesis, no tocaré temas tales como la tentativa, tipo imprudente o la teoría del error.

Los resultados y posterior toma de posición respecto al tema de investigación, los aplicaré a un caso puntual y muy famoso, que además ya ha sido tratado por nuestra jurisprudencia el cual viene a ser el caso Utopía,. Que va a ser tratado en los últimos capítulos de esta tesis, así podemos evitar la creación de casis supuesto, los cuales me pueden llevar a sacar conclusiones erradas sobre el concepto de dolo a utilizar.

## 2.4 RELEVANCIA

**Impactos Jurídicos:** Siendo que la interrogante respecto a la definición de dolo y su diferencia con la culpa consciente vendría a ser uno de los temas más complicados y que mayor discusión generan dentro del derecho penal, además nuestros tribunales, por lo cual buscamos resolver este problema en base a la teoría volitiva a fin de entregar una definición concreta que pueda ayudar a resolver los casos que se presentan dentro de esta problemática

**Impactos Sociales:** Siendo la finalidad principal del derecho penal proteger los bienes jurídicos, buscamos una mejor manera de resolver los conflictos que se presentan con esta problemática y de esta manera mantener protegidos estos bienes jurídicos y por ende la sociedad..

## 2.5 CONTRIBUCIÓN

**Beneficio directo:**

Proteger bienes jurídicos.

**Beneficios indirectos:**

Entregar a los jueces una solución a este conflicto a fin de que puedan resolver de manera correcta.

## **2.6 OBJETIVOS**

### **2.4.1 OBJETIVO GENERAL**

DETERMINAR SI PODEMOS ESTABLECER UNA DIFERENCIACIÓN ENTRE DOLO EVENTUAL Y CULPA CONSCIENTE APLICANDO LA TEORIA VOLITIVA.

### **2.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Determinar la claridad de las definiciones de dolo y culpa con la finalidad de diferenciar que es una acción con dolo de una culposa.
  
- Desarrollar los criterios establecidos sobre la teoría del consentimiento.

## **2.7 HIPÓTESIS**

SI ES FACTIBLE DETERMINAR LA DELIMITACIÓN ENTRE DOLO EVENTUAL Y CULPA CONSCIENTE APLICANDO LA TEORÍA VOLITIVA.

## **III. MARCO METODOLÓGICO**

### **PRIMERA UNIDAD**

#### **1.1. DOLO EVENTUAL E IMPRUDENCIA CONSCIENTE**

El dolo y la imprudencia no son conceptos ontológicos sino normativos (ZILESINKY, 2003, pág. 23) que deben ser determinados por la dogmática penal y por la jurisprudencia, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 11, 12 y 14 de nuestro Código penal, mediante la interpretación del derecho positivo. Dolo e imprudencia son en definitiva, conceptos cuya determinación depende de las normas penales (ZILESINKY, 2003, pág. 23)En el Código

vigente, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos-como el suizo o el austríaco - no nos dice lo que hay que distinguir como dolo e imprudencia. La distinción tiene gran relevancia práctica, ya que no sólo la imprudencia tiene una pena menor, sino que en caso de no concurrir el dolo, o sea su falta o inexistencia, en muchos casos determina la impunidad de la conducta (MARCO, 2014, pág. 25).

El fundamento de la distinción entre ambas categorías radica en la infracción de deber, aquella que no es un elemento que diferencie al injusto del delito imprudente del doloso, sino que caracteriza a ambos (BACIGALUPO, 2004, pág. 304). Gran parte de la doctrina afirma, que el no cumplimiento del deber se manifiestan solo en los delitos culposos, es de este modo que se origina una impresión equivocada de que la acción dolosa no es antijurídica a causa del enfrentamiento por sí mismo.

Se evidencia que una vez que el jurista nombra una determinada conducta como antijurídica, este nos dice que debemos evitar realizarla, En los delitos culposos, contrario sensu, se refiere al deber objetivo de cuidado como un deber menos realizable.

Como señala Marco Bustinza Siucho en su tesis “Esta diferenciación de carácter sintáctico (lógico) y a su vez normativo, es posible gracias al artículo 12 que prescribe lo siguiente: “Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa. El agente de infracción culposa es punible en los casos establecidos por ley”. Con lo cual el legislador ha optado por un sistema de *numerus apertus* para el dolo y de *numerus clausus* para la imprudencia”. (MARCO, 2014, pág. 87)

### **1.2.1. La imputación a título de dolo.**

Podemos decir que la acción dolosa se caracteriza por un sujeto que decide ejecutar una determinada acción a pesar de que sabe (conocer intelectualmente) que el hecho que está cometiendo reúne todos los requisitos para convertirse en un hecho típico. En el delito doloso el sujeto que comete la acción actúa a sabiendas que esta acción está penalmente tipificada, por lo cual tiene una sanción penal; como señala ZIELINSKY “Todo ciudadano que tiene la realización del hecho típico ante sus ojos está en el deber de evitar que se produzca ese hecho. En los delitos de resultado lesivo,

el autor no puede conocer, desde luego el resultado, ya que cuando éste se produce el ordenamiento no le puede exigir que planifique nada Sólo el posible conocer el pasado y el presente mas no el futuro, éste sólo se puede calcular, prever, predecir (ZILESINKY, 2003, págs. 15-16). Así mismo Díaz Pita señala que “Antes de la realización del tipo, sólo se puede pronosticar que el resultado se producirá o que se podrá producir. Para imputar una conducta a título de dolo basta con que una persona tenga la información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar el resultado lesivo. Es necesario que el autor abarque, intelectualmente el peligro que permite explicar el posterior resultado o el riesgo idóneo, adecuado o suficiente para producir el resultado. En el conocimiento del peligro se encuentra implícito el conocimiento del resultado, y, desde luego la decisión del autor está vinculada con el resultado. Actúa con dolo el que conociendo el peligro lo omite (y es garante en casos de comisión por omisión) (pita, 2004).

AC mismo no podemos hablar sobre un el conocer los hechos que van a suceder en el futuro, pero, Se puede hacer un cálculo en función a datos que encuentra el autor. En conclusión, para decir que una acción es dolosa, no es necesario conocer con exactitud los hechos, sino que la comisión de la acción típica puede ser ocasionada por un hecho fortuito y que el involucrado ha hecho lo necesario a fin de evitar el la consecuencia lesiva. Marco Bustinza señala en su tesis que “El autor doloso, es alguien que conoce los elementos objetivos que pertenecen al tipo, es decir, que conoce las circunstancias concretas de un suceso real que corresponde con la abstracta descripción del tipo penal, con lo cual se prescinde del elemento volitivo como configurador del dolo. Este razonamiento se condice con lo prescrito por el código penal. El artículo 14 del Código penal atenúa la pena por la menor relevancia del injusto cuando falta el elemento intelectual, no establece ninguna consecuencia para la ausencia del “querer” relacionado con el tipo objetivo, en relación con el resultado” (MARCO, 2014, pág. 42).

Es por esto que las diferentes teorías quieren separar el querer la comisión del hecho,

como algo no relevante para que el hecho sea considerado como delito doloso. Por ejemplo, Corcoy Bidasolo señala que “para que sea posible de “querer” es necesario que se reconozca la existencia de los factores de riesgo que hacen posible la realización típica, si el sujeto, no conoce el riesgo inherente a su conducta, no es posible hablar de voluntad de realización típica (BIDASOLO, 1989, pág. 262). Es así que la diferenciación está basada en el conocimiento del autor sobre la realidad, es esto lo que vendría a determinar que existe el dolo, en ese sentido no tiene mayor relevancia lo que no desee el autor

“El hacer que la imputación dependa, a título de dolo, de datos psíquicos incurre en la arbitrariedad y obliga a tratar de forma desigual supuestos valorativamente idénticos. El confiar, esperar o ansiar que el resultado no se produzca a pesar de saber que se hace todo lo necesario para matar, lesionar o dañar es algo irracional y que no se puede tener en cuenta intersubjetivamente, y, por el contrario, una vez que se tiene dicho conocimiento lo que el sujeto espere o confíe no aporta nada a la valoración de un hecho como injusto doloso. De esta forma “las teorías de la voluntad” conducen a privilegiar de forma injustificada al autor especialmente temerario frente a otros más prudentes. El derecho sólo puede asumir de manera racional como relevante la confianza en la ausencia de resultado cuando el autor emprende las medidas de evitación mínimas o carece de información suficiente sobre la lesividad de su comportamiento, pero no cuando a pesar de saber que va a crear un riesgo o peligro se limita en confiar en el azar o que el resultado no se producirá por razones que ya no tienen que ver con su actuación” (MARCO, 2014). Rodríguez Montañés señala que “El que “tiene un hecho típico ante sus ojos” ya no podrá exonerar su responsabilidad por “haber confiado” (montañés, 1994, pág. 62). Por citar un ejemplo, el que maneja un vehículo con el pensamiento de que los que van en el mismo sentido van a apartarse en cualquier momento tiene un comportamiento doloso, es decir si el chofer sabe o puede calcular el peligro latente en esta situación, no puede defenderse diciendo “confiaba en que no se iba a producir el resultado” o “estaba jugando”, sobre la percepción de peligro. La diferenciación entre el dolo eventual y la culpa consciente nada tiene que ver con que el sujeto pueda tomar seriamente un peligro que él conoce, sino que sepa que debe tomar en serio el peligro. Es así que Bustinza Siucho nos señala que “El partir de una perspectiva normativa permite superar una visión que



en demasía se ha centrado en el aspecto psicologicista del dolo. El autor que de acuerdo con los datos fácticos que se encuentran a su alcance enjuicia o procesa de forma correcta (coincidente con la realidad) el peligro o la situación de peligro debe tomar en serio la producción del resultado, por lo que la mera confianza en la ausencia del resultado no lo exonera ni total ni parcialmente de responsabilidad” (MARCO, 2014). Marco Bustinza siucho señala también que “De acuerdo con una concepción normativa del dolo, lo decisivo es que el autor conozca que el resultado típico, debe ser evitado, por lo cual, no habría que recurrir a datos psicológicos, que además de su difícil probanza, se expresan en: “no contara con”, “no tomara en serio”, la posible producción del resultado lesivo. Por ejemplo, contagiar conscientemente de forma típica con el VIH a otro no puede dejar de ser calificado como un injusto doloso por la mera razón de que el contagia, de manera optimista, confía en que la ciencia en poco tiempo encontrar la cura para tal enfermedad” (MARCO, 2014). Esta persona toma la decisión de realizar algo que ya permite explicar la muerte de una persona o es suficiente para explicar la muerte de una persona, dejando la producción del resultado al azar y no en su propio dominio. Por ello infringe una norma penal, contenida en un tipo específico y, por lo tanto, comete un injusto doloso (MARCO, 2014).

Es así que son varias las opiniones que distinguen hasta ahora sobre el problema que genera la diferenciación de categorías entre dolo eventual y culpa consciente. Dentro de Las teorías modernas existen opiniones que delimitan y a la vez ofrecen solución mas claras y que si bien no resuelven la mayoría de los casos con esta problemática puesto que se pueden solucionar sin problema alguno mediante los principios garantes.

En lo consecutivo vamos a revisar las principales teorías que de alguna manera quieren explicar el presente problema dándole mas relevancia al elemento cognitivo y quitándole presencia al elemento de la voluntad.

En palabras de Hassemer “no se puede concebir una voluntad vacía de contenido”, es decir que nadie puede querer algo que no es objeto de su conocimiento (joachim,

págs. 128-143). “Este elemento es ponderado en de diversas maneras ya sea como co-consciencia, representación o probabilidad hasta los planteamientos basados en el conocimiento selectivo de los elementos del tipo hasta otros que lo insertan ya en el comportamiento típico. A continuación se hará un análisis y críticas de estos planteamientos” (MARCO, 2014, pág. 95).

## **SEGUNDA UNIDAD**

### **2.1. TEORÍA DE LA VOLUNTAD**

Desde el punto de vista de las teorías causalistas, se diferencias dos definiciones de voluntad. Primero, la voluntad que se entiende como mera voluntad de hacer, y segundo, lo que contiene la voluntad. El ejercicio de la voluntariedad en una determinada acción desde el punto de vista de la causalidad puede entenderse como “ simple inervación causal, impulso de la voluntad, ciega puesta en marcha de un curso causal, voluntad de causar, en suma”. “Esta separación tajante de la voluntad (causación) y su contenido comportó una consecuencia fundamental para la teoría del delito: la separación entre lo externo- objetivo, es decir, lo atinente a la investigación y desvaloración penal del proceso causal iniciado por una acción y concluido por el resultado, y lo interno-subjetivo, es decir, todo lo concerniente a la investigación y des valoración penal del contenido de la voluntad. En la teoría jurídica esta bipartición (...) se plasmó en la división entre la tipicidad y la antijuridicidad, por un lado, y culpabilidad por otro. Las dos primeras categorías se ocupaban de lo externo-objetivo o causal, y la tercera de lo interno subjetivo, es decir, el contenido de la voluntad” (pita, 2004, pág. 69). El contenido de la voluntad, entonces se comprende en el ámbito de la culpabilidad, como la relación psicológica entre el autor y el hecho. Dicha relación puede ser dolosa, si la voluntad del sujeto se dirigió precisamente a causar el resultado típico, o imprudente, si la voluntad del sujeto no se dirigía a causar el resultado típico, pero este se produjo debido a la acción causal del sujeto. Esta doble vertiente de la voluntad como mero impulso causal, por un lado, y como dirección de la misma a un objetivo determinado, se suaviza levemente con el concepto causal- neokantiano de acción. Su precursor Mezger, define la acción como “realización de la voluntad del ser humano” (MEZGUER, 1935, pág. 28).

La voluntad ya no es concebida en su aspecto mecánico-natural, es decir, como característica humana que se manifiesta en la producción de un movimiento corporal, que de causa a su vez, una modificación perceptible, por los sentidos, sino como una característica que dota de cierto sentido al actuar humano. Este “cierto sentido” es el que pude afirmar que un ser humano realiza un comportamiento determinado. Desde esta perspectiva, se abandona, la

interpretación de la voluntad en la acción como mera inervación para pasar a un concepto de voluntad como característica del comportamiento humano. Sin embargo, los defensores de la misma teoría mantuvieron la escisión entre voluntad en sí misma considerada (característica de un comportamiento humano) y en un plano diferente, el contenido de la voluntad, seguiría conformando la culpabilidad en sus dos formas de aparición: como dolo o culpa (MARCO, 2014, pág. 75).

El punto de vista de la teoría finalista entiende a la voluntad como: “actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función de un fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es resultante causal de la constelación de causas existentes en cada momento”. Con estas palabras expresa Welzel el punto fundamental de la teoría de la acción finalista, que defendió en contra de la perspectiva causal-naturalística de sus predecesores (pita, 2004, pág. 134).

LA voluntariedad dentro de la teoría de la finalidad viene a ser una parte esencial de la: “Puesto que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de preparar dentro de ciertos límites las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, éste, conforme a un plan, a la consecución de un fin, la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal. Ella es el factor de dirección que configura el suceder causal externo y lo convierte, por tanto, en una acción dirigida finalmente, sin ella quedaría destruida la acción en su estructura y sería rebajada a un proceso causal ciego. La voluntad final, como factor que configura objetivamente el acontecer real, pertenece, por ello, a la acción” (MARCO, 2014, pág. 75)

La distinción opera en dos planos, entre voluntad observada desde una perspectiva psicológica, como proceso interno de formación de la voluntad, y la concepción de voluntad que interesa al Derecho penal (como objetivo o contenido de esa voluntad con el mundo exterior), se aúna en la teoría final, en un solo concepto, la dirección final de la acción, desarrollado en dos fases: la primera, que transcurre en el plano del pensamiento, y la segunda, que tiene lugar en el mundo real. La voluntad, pues, se expresa, como una unidad que rige la acción humana, compuesta por dos fases: formación interna de la voluntad y desarrollo de la misma en el mundo real (MARCO, 2014, pág. 75)l.

Estos vienen a ser los tres pasos que abarcan el proceso interno de creación de la voluntad:

1. La anticipación del fin que el autor quiera realizar.
2. La selección de los medios de realización.
3. La consideración de los efectos concomitantes que van unidos a los factores causales elegidos, como la consecución del fin.

Señala Welzel que la segunda fase: “se desarrolla en el mundo real. Es un proceso causal en la realidad, dominado por la determinación del fin y los medios en la esfera del pensamiento. Si no se logra el dominio final en el mundo real- por ejemplo, el resultado, no se produce por cualquier causa- la acción final queda sólo intentada (MARCO, 2014, pág. 76).

Puedo señalar que la acción final adquiere un sentido doble, el primero seguido por el planeamiento interno del sujeto respecto a conseguir su finalidad que persigue, segundo, la plasmación en la realidad del fin propuesto, teniendo en cuenta el plan que ha llevado el sujeto en su parte interna. Es por esto que debemos tener en cuenta (...), que sólo han sido producidas finalmente aquellas consecuencias a cuya realización se extendía la dirección final” La consecuencia de tal afirmación es la siguiente: “Todos los demás efectos concomitantes, que no estaban comprendidos en la voluntad final de realización, porque el autor no había pensado en ellos, o había confiado en que no se produjeran, se realizan de un modo puramente causal” (MARCO, 2014). Welzel denuncia la confusión existente entre los defensores de la teoría causalista, en donde aún no aparece una distinción diáfana entre los términos “voluntariedad”, “finalidad” o “voluntad final”. Para estos últimos, al sustraer del concepto de voluntad el contenido de la misma, todas las acciones puestas en marcha por un sujeto son voluntarias, en tanto no exista un impedimento exterior o interior que impida la realización de dichas acciones. Este concepto vendría a coincidir con lo que Welzel llama “voluntariedad” (pita, 2004, pág. 59).

En la teoría que niega la acción, la acción vuelve a conducir a la voluntad, explicándolo de este modo Schmidhäuser: “Lo que no se puede negar, por lo menos a lo que se refiere a los delitos de acción (en contraposición a los delitos de omisión) un hacer no sólo es conocido

sino también querido, es decir, una voluntad, pertenece a la estructura de un hecho delictivo (...). Esta voluntad, no obstante, no abarca esquemáticamente todo el tipo objetivo, sino sólo el suceso a cuya consecución tiende el sujeto, es decir en la acción”. (pita, 2004, pág. 59)

La voluntad como tal, siempre va a ocupar un privilegiado sitio dentro de la teoría del delito, ya bien se trate de teorías que el conocimiento o voluntad, ya que, “precisamente la adecuación de este lugar en una u otra categoría delictiva la fuente de la mayoría de los problemas planteados. Los autores que postulan la teoría negativa de la acción, lo hacen reconduciendo el componente volitivo como esencia de su concepto de acción” (MARCO, 2014, pág. 77) .

Es así que Herzberg señala, lo que a su parecer viene a ser una definición que niega a la acción:

“ El lector debe hacer un experimento mental: hemos de imaginarnos la realización activa de un tipo y tachar mentalmente el proceso de la finalidad, de la dirección voluntaria del proceso que emana del cuerpo humano, de manera que lo demás, especialmente la evitabilidad del suceso, la fuerza para detenerlo, permanezca. Por ejemplo, se produciría el daño de la cosa ajena cuando alguien reposa en un sofá extraño y, dándose cuenta de que sangra por la nariz, no se levanta para evitar que la sangre manche la tapicería; o se produciría una perturbación en un funeral cuando uno de los asistentes molestara a los demás con su carcajada no querida y en vano reprimida, aunque podría haber evitado tal molestia yéndose del funeral rápidamente” (pita, 2004, pág. 59).

LA conclusión que Herzberg saca del ejemplo es esta: “De inmediato se ve que sucesos corporales de esta naturaleza, no queridos, son suficientes para la realización de un tipo. El “dejarse ir”, la no evitación consciente del resultado, a pesar de tener capacidad para ello no basta”. “La voluntad- continúa Herzberg- es, pues, un elemento esencial de la acción humana y, con ello, un elemento esencial de los delitos de acción. Sin embargo, la voluntad no es esencial para la realización del tipo” (pita, 2004, pág. 60).

Los principales soportes de la teoría de Herzberg, vienen a ser estos: primero, deja de lado un par de conceptos que dice son equívocos y comunes, desestima dos postulados a su parecer

erróneo y tradicional, el considerar a los delitos de acción como el modelo básico del delito y dolo directo de primer grado como forma básica del dolo. En segundo lugar, como defensor de las teorías cognitivas acude al criterio del “peligro desprotegido” como objeto de conocimiento del dolo, rechaza por ello la necesidad de mantener el elemento volitivo como componente del dolo. En tercer lugar, admitiendo la presencia de la voluntad en el actuar delictivo, como también hace Schmidhäuser, traslada, al igual que los defensores de las teorías cognitivas, el elemento “voluntad” a la acción (MARCO, 2014, pág. 78).

Por esto digo, es elemento importante del delito, la voluntad, aunque su ubicación dentro del dolo no es tan cierta. Así mismo la teoría de Herzberg, va mucho más allá cuando señala: “si bien la voluntad forma parte de la acción, no es esencial para la realización del tipo”, traslada este análisis para observar su capacidad de rendimiento al ámbito de los delitos de omisión en donde no se da un comportamiento activo y sin embargo se realiza el tipo. En esta clase de delitos la voluntad no es esencial, el sujeto lleva a cabo una acción, con lo cual la voluntad tampoco parece, sin embargo, al mantener la capacidad de evitación del resultado lesivo (que junto a la posición de garante son, según Herzberg, los elementos comunes básicos que se dan en todo delito), el sujeto de hecho está realizando el tipo (MARCO, 2014, pág. 79).

### **2.1.1. Hacia una teoría unitaria del dolo**

El presente capítulo tiene la misma titulación que el sexto capítulo de la tesis I “*El dolo eventual*” del año 1994 de la doctora en Derecho penal de la Universidad de Sevilla, doctora María del Mar Díaz Pita.

En su obra, la autora se inclina por “una posición cuyas líneas básicas se caracterizan: en primer lugar, por un rechazo de las posiciones basadas exclusivamente en parámetros cognitivos; en segundo lugar, por afirmar la necesidad irrenunciable de la inclusión de un elemento volitivo en la definición de dolo, que tenga cabida por lo tanto, en la de dolo eventual; y, por último, por mostrar algunos indicadores externos del dolo que puedan ayudar a la constatación del mismo en el caso concreto en los supuestos más complicados como son los del dolo eventual” (MARCO, 2014, pág. 81)

### **2.1.2. El elemento cognitivo**

“quizá la única cuestión que sea pacífica en la doctrina, por evidente, es que el sujeto que actúa dolosamente debe conocer: el conocimiento, pues, constituye parte irrenunciable e indiscutible del concepto de dolo.” (KAUFMANN, 1960, pág. 197)(

Demás opina que se debe objetivizar el elemento cognitivo, buscando así mismo, encontrar una definición de conocimiento que tenga una igualdad con el elemento normativo de este elemento.

### **2.1.3. que se debe entender por conocer en el dolo?**

De ninguna manera siempre no se puede tomar la definición psicológica del conocimiento, en cuanto no sería posible recurrir a una pericia a fin de conocer o determinar si efectivamente el sujeto tuvo o no conocimiento. Es esta una tarea que tiene que hacer al juez por lo mismo que se necesita recurrir a todo lo que puede acceder el jurista como: los datos de fuera.

Entonces como el juez no puede afirmar la concurrencia del conocimiento partiendo de un concepto estrictamente psicológico, lo que si puede es llevar a cabo una imputación partiendo de las características del suceso externo, que se pueden constatar empíricamente, en base a un concepto objetivo de conocimiento (MARCO, 2014).

En ese sentido, la definición objetiva para conocimiento que propone el autor es “la aprehensión correcta de la situación global por parte del sujeto agente que deriva de la revisión de la tesis de la coconsciencia propuesta por Platzgummer (FEIJÓO, *El dolo eventual...*pp.58 y ss), según la cual lo coconsciente es todo aquello que se percibe de forma global por parte del sujeto, en toda su extensión y significado y de forma actual aunque no expresa, lo que construye en la mente del sujeto la “síntesis psíquica” (FEIJÓO, 2002, pág. 58).

No como Platzgummer, Díaz Pita esta de acuerdo con las tesis de coconsciencia, pero desde un punto de vista que tiene que ver con lo individual de los sujetos “ya que

solamente la observación del sujeto concreto, es decir de sus capacidades de percepción y enjuiciamiento, y del caso concreto proporcionará la clave correcta para afirmar que dicho sujeto en esa determinada situación pudo y de hecho aprehendió la situación global de manera correcta" (pita, 2004, págs. 275-276).

#### **2.1.4. ¿Qué es lo que debe conocer el sujeto?**

Se dijo ya, que Díaz Pita tiene como objetivo de estudio a la situación general, “la cual se corresponde con todos y cada uno de los elementos que conforman el tipo objetivo entre los cuales también se encuentra el resultado” (pita, 2004, pág. 281).

“En cuanto a lo que debe entenderse por conocimiento del tipo objetivo, lo que ha de conocer el sujeto son las distintas realidades –empíricas o normativas- que se corresponden con los diferentes elementos que conforman el tipo objetivo de un determinado delito, es decir apreciar la acción emprendida, la adecuación causal de esa acción para producir el resultado, etcétera, siendo a la vez consciente de que todos esos pasos constituyen, en Derecho Penal, un tipo determinado; y agrega que ello no se trata de que el sujeto sepa que su acción y el resultado causado por ella corresponden a determinado artículo del Código Penal sino de que, como ya se señaló, aprehenda correctamente la situación típica en su globalidad” (MARCO, 2014).

Como ya también se refirió, dice Díaz Pita que, a diferencia de lo sostenido por Frisch dentro del tipo objetivo se encuentra también el resultado y respecto de este último dice que el sujeto podrá conocerlo materialmente en los casos en que acción y resultado quedan separados por un margen de tiempo insignificante, y en los casos en que transcurra un lapso apreciable el sujeto podrá conocer la peligrosidad real de la acción y su capacidad para ser causa de un resultado posterior (copello, 1999, pág. 227)

#### **2.1.5. ¿En qué momento debe disponer el sujeto de ese conocimiento?**

El problema que gira en función a la cuestión planteada ha sido provocada por el mantenimiento de la tesis de Frisch que sostiene la defensa de una perspectiva ex ante, de la que se desprende la imposibilidad material del sujeto de conocer el resultado al llevar a cabo la acción (MARCO, 2014).



Sin embargo, se esta aclarando que si defendemos una postura ex ante en el sentido de observar exclusivamente las posibilidades de conocimiento del sujeto en el momento de la acción “no es cierto que el sujeto no pueda conocer, en todos los casos, el resultado proveniente de la acción por él emprendida” y en ese sentido refiere que cuando la acción y el resultado se suceden en el tiempo sin solución de continuidad, el sujeto puede aprehender materialmente ese resultado, y en los casos en que hay diferencia temporal entre la acción y el resultado, el conocimiento correcto de que la acción emprendida conduce al resultado lesivo para el bien jurídico, es suficiente para afirmar que el sujeto abarcó con su conocimiento el resultado producido (MARCO, 2014).

Como corolario expresa que el conocimiento y su objeto, entendidos como la aprehensión correcta de la situación típica en su globalidad, no resultan suficientes para establecer una frontera fiable entre dolo eventual e imprudencia consciente (RIDRIGUEZ MONTAÑES, 1994)

Esto tiene que ver con que fuera de las críticas comunes que hacen a las teorías del conocimiento; debemos verificar un punto nuevo de la cual partiríamos para definir la diferenciación entre culpa y dolo, la cual viene a ser la ratio de la pena mucho mas grave que tiene el dolo.

Así mismo, si cogemos un elemento de conocimiento como único diferenciador , nos llevaría a hacer una separación entre aquellas acciones cognitivas y las no cognitivas, así que la culpa consciente podría amenazar con tener o llevar la misma pena que el dolo.

Es por esto que el dolo eventual necesita además del conocimiento como punto fundamental y que de ninguna manera debe faltar, algo adicional que justifique la penalidad mas grave que la que trae consigo la culpa consciente.

## **2.2. EL ELEMENTO VOLITIVO**

De acuerdo a lo que señalo anteriormente, comenta Díaz Pita “que el punto de partida que nos introduce en la necesidad de contar con un elemento volitivo en la definición de

dolo lo constituye la ratio de la más grave penalidad del dolo frente a la imprudencia” (pita, 2004).

Lo que debemos conocer, es que es lo que lleva al dolo a tener una pena más grave y definir también, cuando una determinada acción tiene las suficientes características para tener esa pena.

Es así que Diaz Pita señala que “el primer paso para alcanzar dicha meta es el abandono de la tradicional terminología que definía al dolo como “conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo objetivo”, adoptando una redefinición general del dolo como decisión” (pita, 2004, pág. 284).

### **2.2.1. La ratio de la más grave penalidad del dolo**

Ahora, para poder señalar la razón principal de por qué el dolo tiene una pena mas grave , Diaz Pita opina desde el punto de vista dela norma por lo cual nos dice que “el dolo se interpreta como un soporte, un título de imputación a través del cual se atribuye a una persona una determinada responsabilidad en base a su mayor participación interna en el hecho que se traduce en una pena más severa” (pita, 2004, pág. 296)

En este caso, la persona o sujeto que comete una acción dolosa tuene mayor responsabilidad que el que comete una acción culposa, en cuanto internamente su participación es mas grande que el hecho que comete en el exterior. Es por eso que la respuesta penal es debido a que existen realmente dos casos que deben ser tratados de manera distinta.

### **2.2.2. Posición del sujeto ante el mundo de los bienes jurídicos:**

La principal orientación del derecho penal sea peruano o español es proteger el bien jurídico de las personas, como dice roxín: “ Debe darse la protección dejando de lado el pensamiento interno del que viola sus bienes jurídicos”.

Así mismo Díaz Pita nos dice “Lo que importa es determinar la posición del sujeto ante el bien jurídico. Y esa posición se plasma en una acción que es producto de una decisión que refleja la participación interna del sujeto en el hecho externo” (pita, 2004, pág. 286)

Es de este modo que, Un delito con dolo para que exista, debe probarse prometo su existencia en la realidad, tomando siempre, en cuenta las señales exteriores que esta no da o nos entrega; De que el sujeto decide actuar conociendo en su totalidad la situación y las consecuencias( lesiones a los bienes jurídicos).

### **2.2.3. Especial relación del sujeto doloso con la norma que se infringe**

Al decidirse contra el bien jurídico, el sujeto, además, lesiona la norma que lo protege. Es que la norma penal, que normalmente funciona como motivación de los miembros de la comunidad para abstenerse de realizar acciones que supongan la puesta en peligro o el menoscabo de un bien jurídico, pierde en los casos de actuación dolosa toda su efectividad (MARCO, 2014).

Con esto quiero decir que, con lo que decide, La persona no solo va en contra del bien jurídico, sino que también nos dice que no está de acuerdo con la norma jurídica que lo protege, y dice al mismo tiempo, que prioriza su interés personal respecto al bien jurídico del otro y a la norma protectora de este.

Así mismo dice Claus Roxín :” es esa particular escala de valores que prevalece a la hora de actuar ante el ordenamiento jurídico, la que constituye una amenaza, tanto potencial como normativamente. Entonces: la lesión ocasionada por un sujeto que actúa imprudentemente puede, objetivamente, ser de tanta gravedad como la del que actúa con dolo pero la primera no supone, además, el desprecio por la norma que protege el bien jurídico menoscabado” (ROXÍN, 1992, pág. 298)

Nos señala Díaz Pita, “que cuando habla del desprecio de la norma por parte del sujeto como una de las razones por las cuales el dolo es merecedor de una pena más gravosa que la imprudencia no se refiere al conocimiento de la antijuridicidad –que el causalismo ubica dentro del ámbito del dolo (dolus malus) - sino de las consecuencias de la evidente desconexión entre las escalas de valores y las máximas de riesgo del sujeto, y

las vigentes en el ordenamiento penal. Desde este punto de vista, quien actúa dolosamente resulta más “desestabilizador” que quien lo hace imprudentemente. Y con ello priva a la norma penal de su función motivadora socavando a la vez, uno de los fines de la pena: la prevención general positiva” (pita, 2004).

#### **2.2.4. Especial relación entre el sujeto y la sociedad de la que forma parte**

Nos señala que en las mismas condiciones de las realidades existen casos, los cuales pueden ser más fáciles de disculpar porque “le pueden pasar a cualquiera” y son las causadas “sin querer”; y otras que traducen un potencial del sujeto que resulta más amenazador, traspassando las barreras del actuar permitido y que son causadas “a propósito” (pita, 2004, págs. 288-289).

Y de este modo se cuestiona ¿por qué resulta más reprochable la segunda de las situaciones que la primera? La razón –señala- es que: en las situaciones en las que el sujeto emprende a propósito una acción lesiva, no sólo amenaza los intereses de la persona directamente afectada, sino que además se está lesionando “la reciprocidad de la perspectiva (MARCO, 2014) (pita, 2004, pág. 289).

Cuando pertenecemos a una determinada sociedad, esperamos que sus integrantes sean capaces de, primero, hacer una correcta valoración de los hechos que cometan; segundo, verificar su actuar desde el punto de vista de la otra persona, en caso se implique a un tercero.

De ese modo, este “tercer sujeto” del cual hay que revisar su opinión cuando se realiza una determinada acción, puede que se individualice a esta persona o en todo caso se la generalice, o sea el resto de la sociedad, con su inclinación de grupo que protege toda clase de norma, de las cuales destacamos, la norma penal.

Entonces decimos que la persona dolosa, ya que daña también la perspectiva del grupo social en este cree que la acción del sujeto se lleva a cabo teniendo en cuenta la opinión de todo el conjunto, en cuanto esto prueba todo lo desinteresado que está el sujeto por lo que la sociedad considera como muy importante.

Como conclusión puedo decir que, “una determinada acción que contiene dolo, que se entiende como una forma de desagrado para el bien jurídico, don el sujeto se relaciona de

manera negativa con la normativa penal entendida como expresión de un desprecio para los bienes jurídicos, y un ambiente de peligro a con la sociedad en sí misma, conceptualizan la mayor gravedad de la pena a imponerse.

### 2.3. EL DOLO COMO DECISIÓN:

Nos dice la jurista Díaz Pita que “antes de la puesta en marcha de la acción lesiva, se produce un *proceso de decisión* contrario a los bienes jurídicos que concluyen con la realización de la acción. Pero ¿qué se entiende por decisión?, ¿en qué circunstancias se toma esta decisión para afirmar que el sujeto actuó dolosamente? (pita, 2004)”

En palabras de Roxin la decisión contraria a los bienes jurídicos se da “cuando el sujeto se plantea, ante la posibilidad de la producción de un resultado lesivo, abstenerse de actuar o seguir adelante con su plan (ROXÍN, 1992, pág. vol 1)

Es así que, nos señala Díaz Pita, en ese concepto de decisión ubicamos las características que nos dejan verificar que estas concurren que por esto, permite legitimar la imputación dolosa:

- Como primer presupuesto ineludible de la toma de decisión, *la correcta aprehensión de la situación global* que se caracteriza por ofrecer al sujeto una serie de alternativas de comportamiento, las cuales deben haber sido aprehendidas correctamente, todas y cada una de ellas, en el sentido de que debe ser consciente de su existencia y debe haberlas valorado correctamente en todo su significado. Una de esas alternativas coincidirá con el plan de acción trazado por el sujeto, el cual puede tener como objetivo prioritario la destrucción del bien jurídico o puede aparecer como consecuencia indirecta de la puesta en marcha del plan concebido (MARCO, 2014).
- El plan de acción puede implicar la certeza o el riesgo de lesión del bien jurídico y así entramos en la segunda de las secuencias del concepto de dolo: *la amenaza de lesión para el bien jurídico protegido*. La amenaza puede ser seria y directa (certeza de lesión), o puede ser un peligro inminente y concreto que debe ser percibido y tomado en serio por el sujeto (riesgo de lesión) (MARCO, 2014).

- Llegados a este punto, en el que se ha aprehendido toda la situación y existe la conciencia de que la acción puede conducir a la lesión del bien jurídico protegido, llegamos a la *toma de decisión* en la cual el sujeto se encuentra frente a dos opciones: seguir adelante con su plan, es decir optar por la posible lesión o abstenerse de todo comportamiento que implique ese riesgo (MARCO, 2014).

Es muy importante saber que Díaz Pita es muy insistente en que puede i no nser lo mismo el fin al que quiere llegar el sujeto con el hecho plasmado en la realidad, esto es que, con lo que el sujeto desea se deja de lado la intencionalidad de la persona con el resultado obtenido. Como ideal diferenciador entre culpa y dolo.

La decisión adoptada por el sujeto refleja una serie de acontecimientos que se desarrollan en su esfera más íntima, donde hay que situar el dolo, los cuales no son constatables empíricamente – ya que en el ámbito de los elementos subjetivos ello es imposible-. Pero partiendo de la situación de riesgo, que contiene datos observables, y de distintos indicadores tanto en la fase de aprehensión del sujeto como en la toma de decisión, será factible establecer si se dan las bases para una imputación a título de dolo (MARCO, 2014).

La decisión tiene como ventaja, frente a la voluntad o el querer, ser un concepto neutral, con el cual no se entra en valoraciones sobre la actitud de aprobación o rechazo del sujeto sobre su propia acción. Lo que importa saber es, sin atender a las motivaciones personales, si el sujeto siendo consciente de la situación de riesgo en su globalidad, incluyendo las demás alternativas del comportamiento, eligió o no el camino que suponía la integridad de los bienes jurídicos protegidos (MARCO, 2014).

#### **2.4.. Recapitulación**

Es así que, “el sujeto que actúa con dolo selecciona, con base en los conocimientos que previamente ha adquirido, unos determinados objetos a los que concede preferencia frente a otros: la realización del resultado lesivo frente al respeto por el bien jurídico, p.

ej. la muerte de una persona frente a la salvaguarda de la vida, independientemente de las razones, impulsos deseos o motivos que a ello le conduzcan”. Y agrega que ese “es el sentido de la expresión “decisión contra el bien jurídico”: selección entre alternativas de comportamiento realizada con algo más que el mero conocimiento y que, además, justifica la imposición de una sanción de mayor gravedad” (pita, 2004, pág. 298)

En todo caso “Aquellas personas que actúan culposamente cometen un fallo, no ponen la atención debida y esa equivocación hace que este lesione el bien jurídico, sin embargo, nunca establecen una idea con respecto a lesionar el bien jurídico”.

En este caso, para Díaz Pita “el elemento volitivo (que como vimos en nada se relaciona con las razones personales del sujeto) existe en el dolo y de la misma manera que podemos manejar un concepto normativo de conocimiento (aprehensión correcta de la situación típica, dominio de una técnica, etcétera) podemos utilizar parámetros normativos para expresar la presencia de esa voluntad que, desde una perspectiva psicológica, nos resulta inaccesible” (pita, 2004).

Por lo expuesto, puedo acotar que la jurista se basa en una teoría moderna de la voluntad, en cuanto delimita el dolo de la voluntad y la voluntad externa, diferente de la voluntad interna que es realmente la que toma en cuenta la norma penal.

Sin embargo, “señala, Díaz Pita” que ello no debe constituir un punto de crítica por una supuesta incongruencia ya que la ampliación en la práctica del ámbito del dolo, no debe ser interpretada como una ampliación teórica del mismo sino más bien como una precisión del concepto de dolo que nos conducirá (al menos es lo que espera) a calificaciones más seguras y justas que las obtenidas hasta el momento” (pita, 2004, pág. 331)

## **TERCERA UNIDAD**

### **3.1.- El denominado “Caso Utopía”**

#### **3.1.1.- Descripción de los hechos**

El veinte de julio del dos mil dos, dentro de la discoteca llamada Utopía se llevó a cabo un evento denominado “Zoo”, para el cual se mandaron un promedio de tres mil setecientas, las cuales señalaba capacidad limitada, con esa invitación solo se podía entrar hasta la una de la mañana, wse contrató también a un circo reconocido para que coloquen diferentes bestias amaestradas a fin de ponerlos en exhibición dentro y fuera de la discotec, del mismo modo se buscó el auspicio de empresas como Heineken. Soyuo, schuepes, etc, como se ve en la parte trasera de las diversas invitaciones.

Los que fueron invitados procuraron su llegada a partir de las veintidós horas, habiendo concurrencia en masa de jóvenes que llegó a superar la mil quinientas personas Los invitados a la fiesta “Zoo” empezaron a llegar a partir de las 22 horas, teniendo una concurrencia masiva de jóvenes que superó las 1500 personas. Es de este modo que desde la una de la mañana empezó a llegar muchísima mas gente, llegando a formar grandes colas, es así que desde la una hasta las tres de la mañana de ese día siguieron saliendo e ingresando una gran cantidad de jóvenes al local; Según distintas confesiones un cuarto para las tres y las tres y cuarentaicinco de la madrugada, entra a la cabina de música el señor Roberto Ferreyros, quien a fin de lograr que los jóvenes pongan más atención a la música que estaba sonando prende fuego a un spray de pintura lo cual provoca una bola de fuego la cual llega a encender el techo dela cabina que estaba hecho de un material muy inflamable.

De acuerdo a la inspección realizada “se pudo apreciar que se trata de una espuma de dos pulgadas de espesor hecho en base a un sistema de poliuretano de baja densidad; la cual sirvió de forro acústico tanto para la cabina como para las paredes. El poliuretano tiene como matriz, la mezcla del disocianato y pololo, la que arde fácilmente y al quemado genera gran cantidad de gases tóxicos que se extienden rápidamente: como por ejemplo, el cianuro de



hidrógeno, monóxido de carbono, entre otros” (MARCO, 2014, pág. 244).

En los primeros instantes de producido el fuego, las tres personas que estaban en la cabina, intentan apagarlo de diversas formas, incluso arrojando líquidos que contenían los vasos que en ese momento bebían; sin poder conseguirlo, procedieron a buscar extintores en la cabina, en las barras y en las oficinas administrativas de la discoteca. Al no encontrar ningún extintor, procedieron a gritar a que se desalojara la discoteca y comunicaron a los miembros de seguridad que abrieran las puertas de salida para que se evacuara a los asistentes (MARCO, 2014, pág. 244).

SE calcula que pasaron unos 60 segundos aproximadamente desde que se dio inicio al fuego hasta llegar al segundo piso y cerrar la salida principal, obligando esto, a los asistentes a querer salir por la puerta de emergencia ubicada en el primer piso.

Dentro de este tiempo, Aquellos invitados que estaban en la vip zona, no se dieron cuenta de lo que estaba pasando, sin embargo después de unos segundos se escuchaban murmullos de que los animales del circo habían salido de sus jaulas, yendo estos a esconderse dentro de los servicios higiénicos que estaban junto al lado de socios.

Luego, se escucha una explosión dentro de la cabina de sonido y luces que se debió a un cortocircuito y de inmediato hubo un apagón en la pista de baile, dejando al mismo tiempo, de sonar la música, corroborándose todo esto con la inspección realizada con fecha 22/10/2002.

El fluido eléctrico de las pistas de baile, de dio producto del incendio, se produjo en los primeros instantes como consecuencia del incendio; en la revisión del tablero de distribución eléctrica se ha constatado que las llaves termo magnéticas correspondientes a la cabina de sonido y control de luces, se encontraron abiertas al haberse accionado automáticamente ante el corto circuito producido. Las llaves correspondientes a las otras llaves del local incluido la principal, se encontraron cerradas, lo que nos indica que no existió ningún problema eléctrico en otro ambiente del local. (bomberos, 2002, pág. 10)

Así mismo preciso que en ese instante, o sea, cuando se apagaron tanto las luces como la música en la pista de baile, había electricidad como para hacer funcionar el sistema de ventilación, de la zona de barras, área administrativa, baños y tesorería, el fluido eléctrico de estos lugares se desconectó tres minutos después aproximadamente, a causa de que se produjo un corte general de la electricidad.

Dijo en su testimonio el Comandante del Cuerpo de Bomberos, que el personal de Jockey Plaza (centro comercial) reaccionó cortando la electricidad de esa zona, lo cual se hizo luego del inicio del incendio, tratándose de evacuar a las personas en un lapso de tiempo de tres minutos.

Esto fue lo que hizo mucho más difícil el evacuar a todos los invitados que se encontraban, aún, dentro del local, en cuanto no podían ver ningún tipo de salida ni señales de evacuación que los llevara a salir de la discoteca, pero sobre todo a aquellos invitados que se refugiaron en los baños de la zona VIP de la discoteca donde la temperatura se elevó desde los 800 hasta 1200 grados aproximadamente, existiendo rápida propagación, esto hizo que los materiales de acabados de la discoteca y adornos que estaban hechos de materiales tóxicos emanaran gases de alta toxicidad a causa de su combustión, todo esto produjo el fallecimiento de 29 personas hecho que propicio que los revestimientos de caucho en los pisos y paredes de poliuretano, discos compactos de acetato, y otros materiales, emanaran gases de alto poder tóxico como consecuencia de su combustión, lo cual propició la muerte de 29 personas a causa de intoxicación respiratoria severa. Gran parte de estos estaban en los baños de la zona VIP del segundo piso.

Instantes antes de que lleguen los bomberos, la seguridad del Jockey Plaza, inició la primeras tareas para contralar el incendio, procediendo de esta manera a sacar las mangueras de los sistemas contra incendios que se ubicaban en las salidas, instalan iluminación de emergencia la cual funcionaba a batería y van organizando a todas aquellas personas que están participando en el rescate.

Así mismo, debemos acotar que el personal bomberil no podía entrar al local en cuanto en ese momento, no tenían con equipos de respiración que les permitiera ingresar, lo único que

hicieron es intentar apagar el incendio que se encontraban extendidas y funcionando. Transcurrieron 20 minutos hasta la llegada de los equipos especiales para extraer humo.

Ante el gran caos que se había generado, Lamentablemente, los bomberos no pudieron atender a las víctimas de la manera correcta, en este caso dándoles los primeros auxilios necesarios a fin de estabilizarlos, siendo llevadas a diversas clínicas y hospitales y muriendo en el camino, muchos a causa de no haber recibido la atención debida de primeros auxilios.

### **3.1.2.- Incumplimiento de medidas de seguridad contra incendios**

La discoteca no tenía:

- a) Extintores contra incendios. Exigencia derivada del artículo 40° del Reglamento Operativo del Jockey Plaza, que obliga a los operadores a mantener un extintor de incendios de 6 kilogramos en buenas condiciones de funcionamiento por cada 20 metros cuadrados, es decir, debió tener por lo menos 43 extintores (MARCO, 2014, pág. 247).
- b) Un ducto para conectar alarma de fuego, conectado a la red general del Jockey Plaza; tampoco detectores de humo conectados a la red general del mall, ni rociadores “spinklers”, conforme se establece en los literales f), j), y l) del numeral 6° del Manual de Diseño y Habilitación de Locales.
- c) Un sistema de iluminación de emergencia con fuentes de energía propia, elemental en este tipo de negocios (MARCO, 2014, pág. 247).
- d) La señalización de las zonas de seguridad interna (letra S), de rutas de evacuación (flechas de salida), de ubicación de extintores (MARCO, 2014, pág. 247).
- e) La señal de identificación del único gabinete contra incendios ubicado al interior del local, cuya cubierta es de metal, con la apariencia de ser un tablero eléctrico (MARCO, 2014, pág. 247).
- f) Ningún tipo de señales direccionales, para indicar la ubicación de rutas y puertas de escape, conforme lo exige el Reglamento Nacional de Construcciones (MARCO, 2014, pág. 247).

Estas omisiones contribuyeron a la realización del siniestro con resultados fatales. (Informe parcial de la Comisión Multipartidaria encargada de investigar las circunstancias

que produjeron el siniestro en las instalaciones de la “Discoteca Utopía) (MARCO, 2014, pág. 247)

### **3.1.3.- Análisis y Valoración Crítica de la Sentencia de la Primera Sala Penal Superior para procesos con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha veinticuatro de noviembre del 2004**

La Primera Sala Penal Superior para procesos con Reos en Cárcel declara la nulidad de la Sentencia de Instancia proveniente del 39° Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha cinco de setiembre de dos mil dos en el extremo que condena por los delitos de homicidio culposo (artículo 111° del Código penal) y lesiones graves culposas (artículo 124° del Código penal) a North Carrión en agravio de las víctimas del siniestro de la discoteca Utopía, dado que el Colegiado considera que no puede condenar directamente, en función que la readecuación típica, vulneraría el principio acusatorio, y con ello generaría una situación de indefensión para el recurrente. Por lo tanto el remedio procesal a aplicar es lo prescrito por el artículo 298° del Código de Procedimientos Penales con especial referencia al inciso 3 que prescribe lo siguiente: “ (...) Si se ha condenado por un delito que no fue materia de la Instrucción o del Juicio Oral, o que haya omitido instruir o juzgar un delito que aparece de la denuncia, de la instrucción o de la acusación”. Por este motivo se declaró la nulidad de la Sentencia de Instancia, pues la Primera Sala Penal para Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, consideraba que la adecuación típica correcta era la de homicidio doloso (artículo 106 del Código penal) y lesiones graves dolosas (artículo 121°, inciso 1 del Código penal). Ello por los siguientes fundamentos. (MARCO, 2014, págs. 247-248) (carcel, 2004, págs. 17-26-27).

Esta sala señala en su décimo tercer fundamentos (Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente) que el Código penal vigente asume una postura formal señalando que los delitos son “delitos o faltas las acciones dolosas o culposas penadas por ley” (carcel, 2004, pág. 10). Sin embargo considera, que es el Juez Penal el que debe interpretar la ley, recurriendo a la doctrina lo cual no implica adecuar sus decisiones a las teorías que mejor se acomoden a los intereses en juego. Señala además que el Juez Penal es ante todo un Juez Constitucional, el cual debe interpretar la ley conforme a su sentido teleológico y de racionalidad sistemática.

Advierte así la Sala, que será bajo estos parámetros que analizará las diferencias entre el dolo eventual y la culpa consciente, para confrontarlas con la situación jurídica imputada y vinculada a North Carrión (carcel, 2004, pág. 10) (MARCO, 2014, pág. 248).

Es de este modo que, en su fundamento 14, dice esta sala que no haber un conocimiento de dolo dentro de nuestras leyes, si podemos verificar determinadas consecuencias: a. Dentro de la observancia del principio de legalidad, la responsabilidad por los delitos dolosos es general, en tanto que la responsabilidad por los delitos culposos es excepcional; b. La intensidad de la reacción penal para los delitos dolosos es mayor que para los delitos culposos; c. La mayor extensión de la punibilidad en los actos dolosos que en los culposos (MARCO, 2014, pág. 284).

Así también el fundamento 15, nos dice la sala que este proceso punitivo que diferencia es el que decide que la exigibilidad de la imputación objetiva de consecuencia. Esta sala dice que “este tratamiento punitivo diferenciado determina que el nivel de exigencia para la imputación objetiva del resultado sea menor en un delito doloso. Ante la falta de una regulación puntual y expresa del dolo eventual y de la culpa consciente, deben considerarse diversos indicadores para delimitar la frontera entre lo eventualmente doloso y lo conscientemente culposo. Por tanto, es necesario evaluar la diferencia teórica sutil, pero de consecuencias jurídicas relevantes contra el reo, entre el dolo postulado por el recurrente para la imputación por homicidio e incendio, y la culpa consciente o con representación, asumida por el *ad quo* en la sentencia venida en grado” (carcel, 2004)

Por estas razones la Sala considera que la diferenciación entre dolo eventual y culpa consciente no es una diferencia estrictamente legal, sino que a través de este marco normativo se pueden fijar las estructuras típicas a nivel subjetivo. Lo cual ha hecho que en apariencia la definición de ambas categorías hayan devenido en simples; esto es que se admita o bien la concurrencia de dolo eventual o culpa en general (carcel, 2004, pág. 11) (O que se interprete que el contenido del dolo se satisfaga solamente con la concurrencia del elemento cognitivo. La regulación sobre el error de tipo o de derecho, ha sido interpretada como indicador de la admisión suficiente del elemento cognitivo del dolo, partiendo y arribando a la conclusión que en esta figura sólo se exija la inexistencia del conocimiento del agente de algún elemento del tipo penal o de la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal (inexistencia del

dolo cognitivo). Al parecer de la Sala, este razonamiento es erróneo, pues el error regulado por el artículo 14° del Código penal, sólo requiere para su configuración que el imputado ignore, no conozca y por ende se haga una falsa representación de la realidad al momento de actuar u omitir; pues quien no conoce no puede desear lo desconocido. En consecuencia, este no es el punto de partida para aceptar el dolo cognitivo invocado por el recurrente (MARCO, 2014, págs. 249-250).

En el fundamento 6, se recoge el concepto genérico de dolo propuesto por la parte civil, el cual prescinde del elemento volitivo y lo reconduce a la acción; el dolo sería el conocimiento de los elementos del tipo, por lo que la diferenciación entre dolo e imprudencia equivaldría a la distinción entre consciencia e inconsciencia. Argumento que es rechazado por la Sala, pues pueden darse supuestos en los que, existiendo el mismo grado de conocimiento en la mente del autor, una mínima lógica indica que deben tener una respuesta penal diferente. Por lo tanto, los criterios que asume la Sala para examinar la eventual readequación típica de la imputación y que diera lugar a la sentencia venida en grado, con relación a North Carrión son otros (carcel, 2004, págs. 11-12): (I) Aun cuando el ordenamiento vigente no sea explícito, las exigencias implícitas en los principios de responsabilidad por el hecho; proporcionalidad; y legalidad, previstos en el Título Preliminar del Código penal, determinan que sea delimitada claramente la frontera entre el dolo eventual con lo culposamente consciente; (II) Esta delimitación no puede ser satisfecha por la sola verificación del elemento cognitivo del autor u omitente; (III) Pues la única exigencia del conocimiento como probabilidad del resultado advertido por el autor u omitente, es inútil para distinguir, en el dolo eventual “una gran probabilidad” y, en la culpa “una posibilidad muy lejana”. La dificultad de esta diferencia de grado se presenta en casos límite, en los que la probabilidad advertida no es ni muy elevada ni muy pequeña; (IV) Por lo demás, la imputación en materia penal no puede estar sustentada únicamente en la concurrencia de elementos cognitivos. Por estos argumentos, la Sala considera que la voluntad ocupa un valor relevante, incluso en la culpa consciente, por lo tanto, la diferenciación se centra en el elemento volitivo, sin descuidar el elemento cognitivo (carcel, 2004, págs. 11-12) (MARCO, 2014, pág. 250)

Es por esto que, en su opinión considera la sala como ideales estos: (I) Un conocimiento de la capacidad concreta de la conducta para generar un resultado típico; (II) La producción del resultado típico debe evaluarse dentro del contexto de un aumento del riesgo permitido; (III)

Dicho conocimiento no debe implicar una evaluación estadística, por parte del agente, de la probabilidad del daño, por las objeciones mencionadas anteriormente; (IV) Se trata de evaluar en la situación concreta y con relación al agente, si su **pronóstico concreto** (carcel, 2004, pág. 12) lo llevaba a la convicción de que no se produciría el resultado típico; (V) Lo que diferencia, dentro de esta línea de análisis, al dolo eventual de la culpa consciente es que en el primer caso el agente considera **seriamente** la probabilidad del resultado dañoso, aceptando necesariamente dicha probabilidad con la realización de la conducta peligrosa, *per se*, o por otra persona, en la culpa consciente existe por el contrario la creencia de que el peligro no va a concretarse; (VI) Finalmente es de señalar que la **“aceptación”** a la que se alude en el dolo eventual, en los términos aquí planteados, no se refieren a la aceptación del resultado dañoso (por ejemplo, producción de muertes o lesiones a las personas), sino únicamente de la conducta capaz de producirlo: “Quien toma en serio la probabilidad del delito, en el sentido que no la descarta ha de aceptar necesariamente dicha probabilidad si decide realizar la conducta peligrosa” (MARCO, 2014, págs. 250-251).

En el mismo fundamento décimo sexto, la Sala hace suya una de las argumentaciones usadas por el Tribunal Supremo Español para el caso de la colza, así afirma que: “en situaciones especial y masivamente peligrosas el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite del riesgo permitido, es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento; en consecuencia, obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento del peligro concreto que deriva de su acción hacia los bienes jurídicos.

Dentro de este contexto la Sala asume que el agente ha mostrado una actitud que justifica la respuesta prevista en la Ley penal para los hechos más graves; en oposición a la ejecución imprudente del tipo”. Por lo tanto, la tarea de la Sala en los siguientes fundamentos se abocará a evaluar la existencia de indicadores objetivos de los que pueda deducirse con seriedad la probabilidad del daño y la aceptación de la conducta peligrosa por parte de North Carrión.

Dentro del fundamento 17, esa sala logra determinar que el señor North Carrión quien ocupaba el cargo de gerente gral. En la empresa de nombre “García North SAC” implementó a la discoteca llamada Utopía, sin tener en cuenta las más mínimas medidas de seguridad para poder funcionar, a sabiendas que estaba asumiendo una posición garante sobre una actividad que de por sí no era riesgosa, QUE SIN EMBARGO DENTRO DE LA FORMA

DE DESARROLLO DE LA FIESTA , ESTA YA GENEREBA UN GRAN AUMENTO DEL RIESGO PERMITIDO,.

La estructura del local que había sido cuestionada anteriormente por sus limitadas o inexistentes condiciones de seguridad; (III) La realización de un espectáculo de fuego en estas condiciones; (IV) La constatación de una experiencia dañosa por parte de su coprocesado Ferreyros O´Hara quien se había herido con fuego en los ensayos previos. Estas circunstancias eran de conocimiento actual por parte de North Carrión, pues la Sala considera que él era consciente que el riesgo era incrementado al proceder a contratar a Ferreyros O´Hara con la finalidad de realizar juegos manipulando fuego.

En el mismo fundamento la Sala, cita el Informe Técnico Número cero noventa dos mil dos guion SRDC evacuado por el Instituto de Defensa Civil, mediante el cual se pudo constatar lo siguiente respecto a North Carrión: (I) No habilitó la discoteca con extintores en una cantidad necesaria que hubiese prevenido amagos de incendio producido por cualquier motivo (cortocircuitos, colillas de cigarrillos, etc.); (II) No estableció un plan estratégico de contingencia que le permitiese prevenir incendios al interior del local o prevenir consecuencias contra los bienes jurídicos de los concurrentes en caso de suscitarse un incendio; (III) No habilitó luces de seguridad de las puertas de emergencia; (IV) No habilitó las bombas contra incendios al interior del local, con la respectiva capacitación de los empleados de la discoteca ante una contingencia de incendio; (V) No habilitó las señalizaciones de emergencia adecuadas; (VI) Permitió la manipulación de fuego como eventos esporádicos para incentivar los ánimos de los concurrentes; (VII) Permitió que el día de la fiesta “Zoo” la discoteca recibiera un mayor número de personas que las que debía albergar (capacidad aproximada de mil personas, en tanto que por versiones del procesado Ferreyros O´Hara se señala que el día de los hechos luctuosos concurrieron aproximadamente mil quinientas personas), razón por la que las puertas de emergencia estuvieron obstruidas por mesas y sillas adicionales, en el momento en que debía llevarse a cabo la evacuación; lo que lleva a colegir que no dirigió el curso de su acción hacia la evitación de la consecuencia accesoria; y (VIII) Se desistió de continuar con los trámites de licencia de funcionamiento de la discoteca. Este conjunto de omisiones se pueden deber a tres motivos: a) O no es un absoluto posible una configuración distinta de la acción (pero el objetivo de la acción es el



autor demasiado importante para abandonarlo a fin de evitar la consecuencia accesoria; b) O el empleo necesario para la modificación de la elección de los medios resulta al autor demasiado costoso; c) O es indiferente al autor la producción de la posible consecuencia accesoria (carcel, 2004, págs. 12-13)

En el fundamento décimo octavo (Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente) , la Sala afirma que North Carrión a través de sus propias declaraciones, no hubo ninguna voluntad de evitación del riesgo porque no se llegó a plasmar porque le resultaba costoso al procesado implementar las medidas de seguridad que el INDECI le había señalado, inclusive se desistió de continuar con las licencias de funcionamiento y optó por iniciar las actividades comerciales de manera informal a partir del día cuatro de mayo del dos mil dos, pese a no cumplir con las medidas observadas por el INDECI.

Por ello, en el fundamento décimo noveno, la Sala al establecer la objetivación del límite del dolo frente a los indicadores previstos, coherente con los presupuestos de la teoría de la acción final, lleva a afirmar a la Sala que el “confiar” (de North Carrión) en poder evitar un resultado sólo sería la voluntad de realización, excluyente del dolo, si, por la forma de elección de los medios y de la dirección, se hace patente el curso de la acción misma. Pero, esto no sucedió, en tanto que el curso de la acción no fue dirigido plausiblemente a la evitación del resultado accesorio tenido en cuenta como de posible producción, pues la voluntad de realización de llevar a cabo una conducta riesgosa contra el bien jurídico (optar por el funcionamiento de la discoteca sin contar con las medidas de seguridad y en atención a la gran afluencia de público que concurría), aunado al incremento de riesgo adicional (aceptar la ejecución de juegos con fuego como parte de actividades recreativas) abarcó la realización del resultado total, tanto del objetivo principal (el funcionamiento de la discoteca) como de la idoneidad peligrosa a los bienes jurídicos de los concurrentes. De esta manera, la Sala afirma que la conducta de Ferreyros O´Hara y las omisiones propias del procesado North Carrión, evidencian una **absoluta indiferencia** por parte de éste último, ante la posibilidad relevante del daño. Si North Carrión, hubiese tendido la convicción y la confianza en poder evitar daños representados, habría concretado estos esfuerzos actuales y permanentes para su evitación. Por lo tanto, la Sala concluye, en que la indiferencia o limitada aprehensión de

North Carrión de las consecuencias de su omisión, sometió a los concurrentes a una situación altamente peligrosa que no tenía la seguridad de controlar. Por tal motivo, la aceptación del resultado se da cuando el procesado (North Carrión) prefirió la realización de una conducta peligrosa a la evitación de sus lamentables consecuencias (carcel, 2004, págs. 13-14-15). Concluye la Sala, en que dicha indiferencia podría encuadrar la imputación penal en el marco del dolo eventual (MARCO, 2014, págs. 253-254)

Además, la Sala en el fundamento vigésimo, contrarresta los fundamentos del *ad quo*; en el sentido que sostiene que el incumplimiento del deber objetivo de cuidado por parte de North Carrión fue tan evidente que este no observó “la mínima regla de seguridad: tener extintores en lugares abiertos al público”, pese a que dicha norma precisamente pretendía evitar resultados como los enjuiciados en el éste proceso, y, que de ser esta u otra causa igual hubiese generado la muerte y daño a la integridad física de varias personas y estragos. En dicha sentencia, se señala que tanto Ferreyros O’Hara y North Carrión confiaron en poder evitarlo, pues se deduce del hecho que en la discoteca se venían realizando juegos con fuego en días anteriores a la tragedia y no pasó nada; y, que por ello la conducta debe ser asumida como imprudencia consciente (MARCO, 2014, págs. 255-256). A criterio de la Sala, estas aseveraciones son incorrectas en atención a los siguientes indicadores: (I) North Carrión sabía que la discoteca el día de la fiesta “Zoo” tendría una cantidad elevada de concurrentes, al haber extendido dos mil invitaciones, y, ante un posible incendio habría una gran cantidad de víctimas; (II) Sabía que la discoteca no tenía extintores que pudiesen utilizar para contrarrestar un amago de incendio producido por los juegos con fuego; (III) Sabía que las discotecas no contaba con luces de emergencia de las puertas de seguridad al estar estas inoperativas, y, que al producirse un incendio al cortarse la energía eléctrica sería dificultosa la evacuación; (IV) Sabía que la discoteca contaba con una bomba de agua pero nunca le dio especificaciones a su personal en torno al lugar donde se encontraba ubicado; (V) Sabía que podía producirse un accidente como ese frente al riesgo de tener un público numeroso, produciéndose un incendio al manipularse fuego como un acto de diversión de la discoteca; y (VI) Sabía que dicha posibilidad era latente en razón que Ferreyros O’Hara días antes de la fiesta “Zoo” había sufrido un accidente durante el ensayo con fuego que incluso le produjo lesiones, de esta manera, North Carrión omitió aportar las indicaciones necesarias de

seguridad para que el personal asumiese una contingencia de incendio (carcel, 2004, pág. 16).

En razón a estas consideraciones, la Sala considera en su fundamento vigésimo primero (Resolución del veinticuatro de noviembre del 2004, emitida por la Primera Sala Penal para procesos con Reos en Cárcel, en el expediente), que North Carrión, no hizo los esfuerzos suficientes para conjurar el peligro creado, no siendo por ello admisible el argumento de “error sobre la evitabilidad del resultado”, en la medida que no se puede adjudicar una valoración errónea de su capacidad para impedir el resultado típico y por ende la “omisión de buena fe” en tomar las precauciones requeridas, en razón que dicho argumento habría sido válido siempre y cuando North Carrión hubiese incrementado su capacidad para evitar el resultado típico ( por ejemplo: proveer por lo menos a la discoteca de uno o dos extintores de piso, capacitar al personal para prevenir incendios o para contrarrestarlos, lo que implicaba hacerles de conocimiento de los instrumentos que contaba la discoteca para apagar un amago de incendio, etcétera). Muy por el contrario, North Carrión conocía su falta de capacidad para evitar el resultado, y, a pesar de ello, siguió actuando, produciéndose el hecho dolosamente, aunque no deseara su producción (MARCO, 2014, págs. 256-257).

Para finalizar la Sala en el fundamento vigésimo segundo, considera que se ha errado en tipificar el hecho (homicidio y lesiones graves) cometido por North Carrión, ya que se su comportamiento no es la expresión de una conducta culposa consciente, sino de un comportamiento direccionado bajo dolo eventual, que conforme con nuestro ordenamiento penal vigente debe ser tratado con mayor reprochabilidad punitiva en comparación con los delitos culposos (conscientes) (MARCO, 2014, págs. 257-258). Sin embargo, la Sala señala que no puede condenar directamente, en función de la readecuación típica, pues se vulneraría el principio acusatorio y esto generaría un estado de indefensión en el procesado, y considerando que la base de la constatación de una inadecuada valoración de las pruebas por el *ad quo* debe procederse de acuerdo al artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales y declararse la nulidad de la sentencia en este extremo, así como la nulidad del auto de apertura de instrucción de fecha cinco de setiembre de dos mil dos, en el extremo que abre instrucción por el delito contra la Vida el Cuerpo y la Salud, por **homicidio culposo y lesiones graves culposas**. (carcel, 2004, págs. 16-17)

### **3.1.3.1.- Valoración Crítica:**

En la sentencia emitida por la sala para reos en carcel, la cual recae sobre el expediente N° 306-2004, se puede desligar que “la Sala no utiliza una concepción determinada de dolo e imprudencia, acudiendo a una diversidad de criterios que le son de ayuda para fundamentar una imputación dolosa, que como hemos podido apreciar son similares a la Sentencia del Tribunal Supremo Español del veintitrés de abril de mil novecientos noventa y dos, el caso colza. Sin embargo nos parece un acierto que en la Sentencia se contrasten los diferentes indicadores que podrían demostrar con mayor precisión si un comportamiento debe ser imputado a título de dolo (dolo eventual) o imprudencia (imprudencia consciente) (MARCO, 2014, pág. 257) (carcel, 2004, pág. 18).

Es así que la sala parte desde la formal interpretación del Art. 11 de nuestra norma penal en mismo que nos dice que “delitos o faltas las acciones dolosas o culposas penadas por ley”, siguiendo en este modelo al Código penal español (carcel, 2004, pág. 17) Sin embargo me parece muy importante dentro del fundamento 13 de la sala es que dice “que es deber del Juez interpretar la ley conforme a su sentido teleológico y racionalidad sistemática; esto es importante porque nos permite hacer una interpretación del dolo y la imprudencia en sentido normativo valorativo; finalmente serán los Jueces y las Salas las que aplicarán el Derecho conforme a una relación lógica-teleológica de las normas de nuestro ordenamiento penal vigente, que en nuestra opinión se encuentra conformado por normas directivas de conducta (normas primarias) dirigidas a los ciudadanos y normas de sanción (normas secundarias) dirigidas a Jueces (carcel, 2004, pág. 17) (MARCO, 2014, pág. 257).

Esa sala trae saca conclusiones de la perspectiva de la interpretación del 12° artículo de nuestra ley penal los cuales me creo que son lógicos y pertinentes, en cuanto, nos dice Silva Sánchez “pues de la interpretación de nuestro ordenamiento penal se desprende que dentro de los parámetros del principio de legalidad, en los delitos dolosos la responsabilidad es general, en tanto que la imputación en los delitos culposos es extraordinaria (SILVA SANCHEZ, 1992, pág. 335), la intensidad de la reacción penal para los delitos dolosos es mayor que para los delitos culposos; la mayor extensión de la punibilidad en los actos dolosos que en los culposos (SILVA SANCHEZ, 1992, pág. 335)

Ahora bien, en los fundamentos posteriores la Sala acude a una diversidad de criterios para fundamentar la imputación por dolo eventual que corresponden a diversas teorías, dando mayor relieve a las teorías volitivas. No nos parece correcta la interpretación de la Sala al

identificar el dolo con conocimiento a raíz de la interpretación que hace del artículo 14° del Código penal; muy próxima a la teorías de la posibilidad cuyo fundamento principal es identificar al dolo con el conocimiento e imprudencia con desconocimiento o error, que como se puede apreciar en la Sentencia de Vista, resulta el contrapunto más significativo y sustancial de la opinión dominante para determinar el concepto de dolo eventual (MARCO, 2014, pág. 258).

Entre las objeciones que se le ha hecho a la teoría de la posibilidad, es la identidad que elabora entre el dolo de peligro con el dolo eventual de lesión, es de advertir que el concepto-objeto de ambas clases de dolo es distinto; el dolo de puesta en peligro concreto empieza en un nivel mucho más bajo que el peligro de dolo. En el seno de la doctrina mayoritaria la teoría de la posibilidad ha sido rechazada porque amplía el ámbito del dolo, en un margen que les corresponde a los delitos imprudentes. Por lo tanto este razonamiento debe ser rechazado de plano (MARCO, 2014, pág. 258).

Nos dice Bustinza Siucho en su tesis que “ El Colegiado usa indistintamente términos que corresponden a diferentes teorías, así por ejemplo: utiliza el término “aceptación” que es propio de las teorías de la aprobación o consentimiento, que es una tesis originada en el seno de la jurisprudencia alemana que su planteamiento principal reza de la siguiente manera: “si el autor se representa el resultado típico y lo aprueba internamente, o lo consiente, o lo acepta resignadamente; en cambio habrá imprudencia consciente, cuando el autor se representa el resultado pero confía en que todo irá bien”. Esta ampliación de las teorías volitivas, con el uso de significados amplios de voluntad tales como: “aceptación”, “consentimiento”, “conformarse con”, “contar con”, “aprobar en sentido jurídico”; esto no es teóricamente sostenible, y al respecto tampoco resulta del todo correcto los intentos en la doctrina actual por normativizar el elemento volitivo del dolo. Lo cierto es que atribuir al término voluntad un significado normativo, resulta contrario a las convenciones lingüísticas imperantes, y en este aspecto, la utilización de tales términos no sólo explica sino que confunde más la delimitación entre dolo e imprudencia” (MARCO, 2014, pág. 261).

Dentro del fundamento 19, esa sala utilizó el concepto de “confianza”, es decir el tener la suficiente confianza de poder obtener un determinado resultado vendría a ser digamos, la voluntad de realizar el hecho, lo cual excluye el dolo. Este argumento es propio de las teorías

de consentimiento o aprobación, el cual entiende al dolo como el querer hacer o realizar algo, Maurach nos dice “el dolo es la voluntad, dominada por el conocimiento, de realización del tipo objetivo. El dolo constituye la voluntad de acción referida al resultado. En el delito doloso, voluntad de acción y dolo son idénticos: el dolo no es otra cosa que la finalidad dirigida a la realización del tipo objetivo. Todo lo que rige para la voluntad de realización vale también para el dolo” (MAURACH, 1995, pág. 22). De este modo considero que la palabra confiar es muy dudosa y no nos ayuda con una diferenciación, correcta entre dolo y culpa.

Asó mismo pienso que, tanto el conocimiento como la voluntad como datos reales que puedes se útiles para lograr reconocer un delito doloso o culposo.

Para finalizar este punto, ahí en el mismo fundamento 19, el Colegiado usa el término “absoluta indiferencia” frente a la posibilidad relevante del daño. El término indiferencia (Sobre la indiferencia como elemento diferenciador entre el dolo frente a la culpa (JACKOS, 2004, pág. 345)también pertenece a otro bagaje teórico como el de las teorías del riesgo; este término lejos de “establecer la objetivación del dolo” que es el objetivo de la Sentencia de Vista, no hace más que hacer depender la diferencia entre dolo e imprudencia de un elemento de actitud interna de carácter psicologicista (MARCO, 2014, pág. 263).

Como hemos podido apreciar de la gran cantidad de términos usados cuando fundamentan la sentencia final, nos dice que la gran cuestión de diferenciación entre dolo eventual y culpa consciente es básicamente una cuestión de concepto o definición por lo cual ha tenido repercusión en la delimitación entre estas categorías; sentencia de denota que el problema de la delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente es un problema de conceptualización y por ende ha repercutido en la diferenciación entre ambas categorías; puedo resaltar de la citada sentencia, es que el juez comprende que el dolo tiene una definición Lo rescatable de la Sentencia de Vista, es que el Colegiado entiende que el dolo es un concepto decretable y observable a través de indicadores.

### **3.1.6.- Análisis y Valoración Crítica de la Resolución de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República que resuelve el Recurso de Nulidad N° 2167-2008, de fecha diez de diciembre del 2010**

Dentro de los precedentes que deciden sobre la nulidad Número 02167-2008, estamos ante que este fue interpuesto por el actor civil contra la sentencia emitida el 21/11/2006, siendo declarado fundado mediante resolución suprema de 12/11/2007, diciendo, la sala que esta se dicta en función a que se admite esta queja por resolución suprema del 27/04/2007.

Dentro del 2° razonamiento, se dan las limitaciones respecto a las que se resolverá el recurso de nulidad; el actor civil remarcó que se estaba vulnerando el principio de legalidad, cuando se hace un errado juicio sobre el juicio de tipicidad al incorporar los hechos del acusado North Carrión sobre los cuales se pronunciará el Recurso de Nulidad en el delito culposo mas no en los delitos dolosos que contienen dolo eventual por una omisión impropia. Segundo , se aceptó lo dicho respecto a la cosa juzgada formal; así como a la presunta incorrecta e insuficiente motivación del objeto de decisión. El Tribunal *Ad Quem* se desvinculó de la calificación jurídica fijada en la acusación fiscal, absolviendo inclusive por homicidio y lesiones dolosas. Sólo analizó el aspecto subjetivo de los delitos de omisión impropia, el dolo omisivo, sin atender que el aspecto subjetivo de los delitos de comisión, en razón a sus diferencias estructurales no es idéntico y posee particularidades relevantes, por lo que habría una motivación indebida respecto a las razones por las que se descartó los argumentos de la parte civil (MARCO, 2014, pág. 272).

En su tercer fundamento, la sala, (Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008) (MARCO, 2014, pág. 272), da los hechos que están dentro del objetivo del proceso; en las primeras hora de la madrugada del 20/07/2002 se dio un evento al que llamaron fiesta “ZOO”, donde habían incluso animales salvajes que eran parte de un conocido circo peruano, dentro de el local discotequero llamado “UTOPIA” el cual seubicaba enel “JOCKEYPLAZA” cuyo propietario era el señor North Carrión Percy; el acusado O’hara Ferreyros en la discoteca Utopía, ubicada en el Centro Comercial Jockey Plaza, de propiedad de Inversiones García North Sociedad Anónima Cerrada, cuyo Gerente General era el encausado Percy North Carrión. El imputado Ferreyros O’Hara, quien estaba trabajando en la discoteca en ese momento siendo él además quien hizo el acto con fuego

ingresando a la cabina y usando un wizzard con el cual hace contactar con el fuego que estaba usando en el espectáculo lo cual produjo una gran bola de fuego que llevó a incendiar el local. En vista de la adecuada falta de señalización, y como cerca de las puertas de emergencia se encontraban mesas y sillas que impedían una adecuada evacuación, la manguera contra incendio no fue señalizada debidamente y estaba tapada con una placa de fierro, y teniendo en cuenta además, que ese día la discoteca soportaba una gran cantidad de asistentes, dicho siniestro originó la muerte de algunas personas así como lesiones en otras. El imputado North Carrión no adoptó todas las medidas de seguridad para afrontar este tipo de siniestro (incendio), incluso inició las actividades de la discoteca sin contar con la licencia de funcionamiento de la Municipalidad respectiva (MARCO, 2014, pág. 273).

Basandose en estos hechos fácticos, resuelve la citada sala en su primer fundamento de su análisis impugnativo, centrándose en dos principales aspectos : a) Se vulneró, esta sentencia aparentemente omitió la vista del 24/11/2004, la cual declara la nulidad de la sentencia del 30/04/2004 y que condena a North Carrión por la comisión de homicidio culposo y también por lesiones culposas y b) La no correcta y suficiente sustentación o motivación de la decisión que tomaron, en palabras de Bustinza Siucho “el Tribunal al desvincularse de la calificación jurídica fijada en la acusación fiscal sólo analizó el aspecto subjetivo del delito de omisión impropia, el dolo omisivo, sin atender al aspecto subjetivo del delito de comisión, en razón a sus diferencias estructurales no es idéntico y posee particularidades relevantes, por lo que habría una indebida motivación respecto de las razones por las que descartó los argumentos de la parte civil” (MARCO, 2014, pág. 276).

Es decir, desde este punto de vista, considera la sala en su fundamento N° 3, Según opina Bustinza Siucho: “la Sala considera en el fundamento tercero, que es el caso analizar dos aspectos centrales: a) la cosa juzgada; b) la garantía de motivación de la sentencia de vista. Respecto a la garantía de la cosa juzgada, es evidente que la sentencia de vista de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil cuatro, que declaró nula la sentencia de primera instancia y nulo el auto de apertura de instrucción del cinco de setiembre de dos mil dos, en el extremo que abrió instrucción contra North Carrión por los delitos de homicidio culposo y lesiones graves culposas, y ordenó que se remita el expediente a otro Juez quien dirigió los actuados al Ministerio Público para que proceda de acuerdo a sus atribuciones, por su firmeza adquirió la calidad de cosa juzgada formal. Ésta, a su vez, es presupuesto de la cosa juzgada material, que despliega efectos positivos y negativos: ejecutoriedad, prejudicialidad, de un



lado, y *ne bis in ídem*, de otro (MARCO, 2014, pág. 274).

Sigue el razonamiento de la sala en el fundamento 5, que se debe entender (los efectos prejudiciales de las cosas juzgadas); esto está basado en cuanto la vista que dio por finalizado el proceso “se basa en que la sentencia que haya puesto fin a un proceso vincula a un órgano jurisdiccional de un proceso posterior cuando este aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que las partes sean las mismas, en concreto el imputado” (SENDRO, 2007, pág. 705). Es así que en este caso, debemos destacar que la vista de algún modo fue anuladora y no firme y de fondo, desde este punto de vista no podemos negar que se vulneró el principio del *ne bis in ídem*, estableciéndose frente a esto un calificativo jurídico-penal no correcto, ordenando un proceso nuevo el cual se llevará a cabo bajo condiciones legales de tipificación previamente determinadas: dentro de esta causa se vino a discutir, con participación de ambas partes, los alcances y posterior calificativo de estos hechos jurídicos, que eran iguales en estos casos, respecto a esa fundamentación la sala resolvió, cuya sentencia viene a ser el cimiento de los efectos prejudiciales.

La sala opina en su resolución de fecha 10/12/2010, esta sentencia no llega a indicar que dentro de este segundo caso se haya llegado a introducir nuevas pruebas o hechos la sentencia de vista recurrida no indica que en esta segunda causa se hayan incorporado hechos nuevos ni pruebas nuevas, En todo caso, estas referencias no han sido expuestas como tales en el fallo de vista recurrido ni se ha incorporado el fundamento o justificación correspondiente. Esta situación genera la vulneración de la tutela jurisdiccional efectiva al dictarse una resolución contrapuesta, en lo esencial, a otra dictada anteriormente pese a que existe identidad en el supuesto en los datos con relevancia jurídica (MARCO, 2014, págs. 274-275).

En conclusi (fundamento sexto) (Resolución del 10 de diciembre del 2010, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el expediente R.N., N° 2167-2008), el cambio de tipificación hecho por el Tribunal, sin atender a las premisas procesales antes precisadas, vista el fallo de vista por vulnerar una garantía de relevancia constitucional, como es la cosa juzgada, en concordancia con la garantía de motivación: inexistencia de razones jurídicas en que se apoya para justificar su apartamiento. Se incurrió, por tanto, en una causal de nulidad, prevista en el artículo 298°.1 del Código de Procedimientos Penales (Artículo 298°. 1: “Cuando la sustanciación de la instrucción, o del

proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámites o garantías establecidas por la Ley Procesal Penal”) (MARCO, 2014, pág. 275).

Sobre la no vulneración al derecho a la correcta motivación de resoluciones judiciales. Es su séptimo fundamento, la sala entrega las causas por las cuales se condena a North Carrión por lesiones y homicidio culposos los cuales vienen a ser estos: 1. El encausado North Carrión no actuó con dolo eventual porque esta calificación exige que el agente debe considerar seriamente la probabilidad del resultado dañoso y actuar a pesar de dicha probabilidad; 2. El encausado North Carrión actuó con culpa consciente porque en autos: a) no está acreditado que su conducta fuera la causante del incendio, b) no está acreditado que autorizó a Ferreyros O´ Hara la realización de espectáculos de fuego en el interior de la cabina de la discoteca Utopía, c) no está acreditado que prender una llamarada de fuego con aerosol constituya parte del espectáculo, y d) no pudo evitar que prenda el fuego al interior de la cabina del disc jockey porque no estuvo presente en dicho lugar; 3. El encausado North Carrión pudo evitar que el fuego se propague si hubiera cumplido con el deber de cuidado según las exigencias y las recomendaciones del Instituto Nacional de Defensa Civil (INDECI) realizadas en la discoteca el treinta de abril del dos mil dos (MARCO, 2014, págs. 275-276).

Sobre esto la sala en su fundamento 8, viene a considerar que los aspectos subjetivos de los tipos legales pueden determinarse a través de un criterio de mínimo raciocinio; Dice la sala, también, que es obvio que las personas que procura realizar una determinada acción quiere siempre que sea seguro el resultado que quiere, a la vez también, podríamos decir que hay determinadas acciones que se cometen sin intención y que trae consigo resultados no pretendidos señala entonces Marco Bustinza que “para advertir el elemento subjetivo, de acuerdo a la presunción de racionalidad mínima, es necesario conocer las acciones previas realizadas antes del hecho delictivo, conducta externa, y a partir de ellas hacer inferencias basadas en la experiencia. Al parecer de la Sala estas reglas no fueron seguidas en la sentencia recurrida” (MARCO, 2014, pág. 276).

De acuerdo con esta opinión, dice la sala que este hecho no fue evaluado con el debido escrúpulo la Sala, afirma que los hechos no fueron evaluados con escrupulosidad. Estolo

podemos concluir del fundamento 10, de donde se puede afirmar que no se consideró el significado correcto de estos datos, no valorándose en conjunto y en relación con la cantidad de pruebas personales que existen en autos por lo cual se puede concluir de manera distinta respecto a las imputaciones subjetivas. Es por esto que, considera el juzgado no evaluó con minuciosidad todos los requisitos tanto formales como materiales, de la prueba indiciaria.

Si bien es cierto el Tribunal *Ad Quem* cambió la calificación del hecho punible, no sólo presentó una argumentación incompleta, sino que desconoció palmariamente las pruebas que objetivamente conducen a conclusiones diversas, tal defecto de motivación socava a la estructura fáctica y jurídica del fallo. Por tal razón la Sala declara nula la sentencia del veintiún de noviembre de dos mil seis y ordenó se remitan los autos a otro Colegiado para que dicte otra sentencia, teniendo en cuenta los fundamentos jurídicos desarrollados en esta Ejecutoria (justicia, pág. 14)

### **3.- Valoración Crítica**

El cambio de la calificación legal que es una de las causales de nulidad, no originaría problema alguno en el caso en concreto si la parte acusadora la hubiese propiciado, ello conforme al principio *iura novit curia* según el cual el tribunal no queda nunca vinculado por la adecuación jurídica postulada por las partes. Sin embargo, la variación de la calificación legal no puede traer aparejada en ningún caso una mutación del hecho por el cual se acusó, pues ello vulneraría el principio de congruencia procesal y con ello el derecho de defensa (MARCO, 2014, pág. 264).

Incluso hay supuestos excepcionales en que también un cambio de tipificación puede lesionar el derecho de defensa del imputado. Por ello habrá que ponderarse en cada caso en concreto tomando como criterio orientador el siguiente: siempre que la calificación legal aplicada por el tribunal difiera de la que postuló la acusación, violará el derecho de defensa cuando el tipo penal escogido, aun cuando a él se adecue el mismo hecho contenido en la acusación, contenga elementos descriptivos y normativos que le otorguen al hecho un alcance diferente agravando la situación del acusado, de manera tal que de haber conocido tales elementos tempestivamente habría podido refutar su aplicabilidad al caso. Por esta razón el cambio de tipificación legal vulneró el principio de cosa juzgada material cuyos fundamentos se

encuentran en la ejecutoriedad, prejudicialidad, y el principio del *ne bis in ídem*, al apartarse de los fundamentos de la sentencia de vista de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil cuatro, con una motivación aparente o falsa (MARCO, 2014, pág. 284).

La causal de nulidad prevista en el artículo 298°.1; también se orienta a la fundamentación insuficiente o deficiente de la sentencia recurrida que se produce cuando no se describen detalladamente cuáles fueron los medios de prueba tenidos en cuenta y su contenido, con la expresión de los razonamientos de inferencias que se hayan realizado para adoptar la decisión. Dentro de este supuesto se encuentra también el vicio referente a realizar una valoración del material probatorio que lesiona los principios de la sana crítica, logicidad y razón suficiente. Como quedo motivado, en el fundamento undécimo del Recurso de Nulidad (MARCO, 2014, pág. 264).

### **3.1 CATEGORIZACIÓN**

Comienza esta investigación, en las definiciones de culpa consciente y dolo eventual.

Es por esto que en la unidad 1, haremos un estudio respecto a las variables Independientes en función a la culpa consciente y el dolo eventual, lo compararemos y analizaremos, desarrollando opiniones y posturas diferentes sobre esto. desarrollo de diferentes opiniones al respecto.(...)”.

En la segunda unidad, se realizará el estudio de la variable dependiente la teoría volitiva en comparación con El concepto de Dolo lo cual nos va a ayudar a esclarecer y definir mas concretamente una diferenciación con la culpa consciente creando un oncepto en base a esta. En la tercera unidad se analizará El denominado caso Utopía haciendo un análisis de sus principales resoluciones y ver la postura que toman los jueves respecto al problema planteado en la presente investigación.

En la cuarta unidad referir la importancia del proyecto de investigación, ya que en la medida que se sigan realizando este tipo de hechos o prácticas, bajo la falta de regulación en el Perú, debe tomarse otras medidas de solución como el de resolver estas controversias en razón al Interés Superior del Niño.

### 3.2 ESCENARIO DE ESTUDIO

El Estado Peruano

### 3.3 CARACTERIZACIÓN DE LOS SUJETOS

Laculpa consciente y el dolo eventual, aplicando aplicando la teoría volitiva a fin de resolver su delimitación y como se debe a través de esta teoría el dolo eventual para de esta manera diferenciarla de la culpa consciente.

### 3.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

**Revisión de Expedientes:** Se revisará lo motivado en el denominado Caso Utopía y a partir de esto tratar de diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente .

**Análisis de Documentos:** Se revisarán distintos libros referentes a la materia de investigación, legislaciones internacionales, fuentes periodísticas para una mayor amplitud en lo que se busca desarrollar.

## IV. RESULTADOS

### 4.1 DESCRIPCIÓN DE RESULTADOS (ANÁLISIS DE TEORÍAS):

1. Nuestra norma Penal regula dos tipos de imputación objetiva como son: el dolo y la culpa, en función a las mismas cuando se aplica una la otra ya no.
2. Del mismo modo, contempla unos sistemas “numerus Clausus” para aquellos delitos culposos, entonces si esta conducta no se determina en la norma como culposa es entonces dolosa; de lo que sacamos que sobre ciertos hechos el no tener dolo trae como consecuencia su impunidad.
3. Como vemos una acción que esta tachada como dolosa o culposa, se babe que pueden lesionar con la misma fuerza los bienes jurídicos, sin embargo lleva cada una de estas llevan consigo sanciones penales distintas, por lo

cual debe haber una motivación del porqué el castigo de una conducta dolosa es más grave que de una culposa.

4. El Código Penal Peruano nos otorga información taxativa de lo que debemos procurar por dolo y culpa, por lo cual se necesita limitar teóricamente sus presupuestos y elementos.
5. Ahora, en función de la disposición del dolo y su delimitación con la culpa, las teorías volitivas se fundamentan en la no posibilidad de que el solo conocer vaya a justificar la pena que se imponga por el delito doloso, sino que la voluntad debe estar presente como elemento importante a fin de que el dolo pueda configurarse.

## V. DISCUSIÓN

Dentro de este punto, al no haber encontrado resultados para comparar con otras investigaciones, voy a dar mi opinión respecto a mis propios resultados, para lo cual he tomado en cuenta los objetivos que planteé en esta tesis, para lo cual mi objetivo general busca principalmente En esta sección no habiendo encontrado resultado de comparación con otra investigación, expreso mi opinión en relación a mis resultados, he tenido en cuenta los objetivos planteados en el presente trabajo de investigación, mi objetivo general tiene como fundamento principal DETERMINAR SI SE PUEDE ESTABLECER UNA DIFERENCIACIÓN ENTRE DOLO EVENTUAL Y CULPA CONSCIENTE APLICANDO LA TEORIA VOLITIVA

Así mismo se busca ESCLARECER las definiciones de dolo y culpa, y de este modo poder diferenciar que es una acción culposa y que es una acción dolosa, además de desarrollar los criterios establecidos sobre la teoría volitiva la cual es la que se podría aplicar en la diferenciación entre dolo eventual e imprudencia logrando de esta manera establecer una delimitación entre ambos conceptos.

Luego de haber analizado las distintas teorías, casos y derecho comparado, tenemos lo siguiente:

<b>HIPOTESIS</b>	<b>NIVELES DE CONTRASTE</b>	<b>NIVELES DE ARGUMENTACIÓN</b>
<b>SI ES FACTIBLE DETERMINAR LA DELIMITACIÓN ENTRE DOLO EVENTUAL Y CULPA CONSCIENTE APLICANDO LA TEORÍA VOLITIVA</b>	<b>DOCTRINA</b>	De acuerdo a lo que establece la diferenciación entre culpa consciente y dolo eventual , Marco Bustinza nos señala que “Baumann se apega a la opinión de que existe dolo eventual cuando el autor aprueba y representa de manera interna el resultado final, lo consiente o se resigna a aceptarlo, a diferencia de la culpa, que la encontramos cuando el autor sabe que puede darse el resultado, pero sin embargo tiene confianza en que todo va estar bien

<b>HIÓTESIS</b>	<b>NIVELES DE CONTRASTE</b>	<b>NIVELES DE ARGUMENTACIÓN</b>
<b>SI ES FACTIBLE DETERMINAR LA</b>	<b>CASUISTICA</b>	<b>CASO DE LA CORREA DE CUERO:</b> El jurado

<p><b>DIFERENCIACIÓN ENTRE DOLO EVENTUAL Y CULPA CONSCIENTE APLICANDO LA TEORÍA VOLITIVA</b></p>		<p>condenó a los acusados “por homicidio cometido con dolo eventual”, motivando su decisión en que los procesados representaron interiormente el resultado final y sabían que era posible se de el resultado de y sabían además, lo peligrosa que era la acción que estaban realizando (por eso desistieron en un comienzo de usar la correa de cuero), que además consintieron y aprobaron internamente ese resultado, ya que llegaron a actuar con la voluntad de cumplir a como dé lugar su propósito planteado, que era la de despojar a su víctima de determinados objetos, sin importarles nada de lo que le pudiera suceder a esta.</p>
--	--	--



<b>HIÓTESIS</b>	<b>NIVELES DE CONTRASTE</b>	<b>NIVELES DE ARGUMENTACIÓN</b>
<b>SI ES FACTIBLE DETERMINAR LA DELIMITACIÓN ENTRE DOLO EVENTUAL Y CULPA CONSCIENTE APLICANDO LA TEORÍA VOLITIVA</b>	<b>JURISPRUDENCIA</b>	<b>CASO UTOPIA EXP. 2167-2008:</b> : 1. Digamos que cuando aún el ordenamiento jurídico que tiene vigencia no se del todo claro, todas las exigencias que se encuentran implícitas dentro de los diferentes principios tales como proporcionalidad, principio de legalidad, el principio de responsabilidad por el hecho los cuales se encuentran prescritos en el título preliminar de nuestra norma penal, nos dicen que debe diferenciarse claramente lo culposo del dolo eventual.

## **VI. CONCLUSIONES**

Habiendo revisado doctrina, jurisprudencia y analizado determinados casos se llegó a la conclusión siguiente: creo que las conductas dolosas no solo llevan consigo el elemento cognitivo, sino también debe el elemento volitivo; si vamos a una opinión en contra solo va a tener como implicancia el desconocimiento de la culpabilidad entre la culpa y el dolo, la

cual se señala en la diferenciación entre dolo eventual y culpa; o sea, va a implicar el desconocimiento del disvalor de la acción que logra caracterizar al dolo y también a la imprudencia, más aún cuando el dolo implicaría que el autor decida contrariamente con respecto al bien jurídico que se protege, Esto justificaría la mas grave sanción tipificada en la norma y a la misma vez nos permite diferenciar al dolo de peligro del dolo de lesión las cuales son confundidas por las teorías del conocimiento.... lo que justifica la mayor gravedad en la sanción prevista por el legislador y, a su vez, incluso permite distinguir entre el dolo de lesión y el dolo de peligro que se confunden en las teorías meramente cognitivas, ES DECIR EL PRINCIPAL ELEMENTO PARA DISTINGUIR EL DOLO EVENTUAL DE LA CULPA CONSCIENTE ES SIN DUDA LA PRESENCIA DE LA VOLUNTA Y NO MERAMENTE EL CONOCIMIENTO DEL HECHO.

## **VII. RECOMENDACIONES**

- Se recomienda al Poder Judicial se formen plenos casatorios en cuanto al tema de la diferenciación entre dolo eventual y culpa consciente, tomando en cuenta las teorías volitivas que son las que desarrollan más claramente el tema en cuestión, para que de esta manera se unifique el criterio a seguir en cuanto a la problemática planteada.

## **VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARMAZA GALDOS, Julio, *Elementos negativos del delito*, 1ra edición, Jurista, Lima, 2002.

ARMAZA GALDÓS, Julio/ ARMAZA, Emilio José, *Digesto de Derecho penal peruano. Tomo II., Criminalistas del siglo XIX*, Editorial Pangea, Arequipa, Segunda edición, mayo del 2013.

BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal, Parte General*, ARA, Lima, 2004.

BACIGALUPO, Enrique, *Problemas actuales del dolo*, en L-H a Rodríguez Mourullo, Civitas, Madrid, 2005.

BASADRE GROHMANN, Jorge, *Historia de la República del Perú*, quinta edición, Editorial Perú América S.A., vol. III, Lima, 1964.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Obras completas*, Tomos I y II, Ara, Lima, 2004.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español. Parte General*, Bosch,

Barcelona, 1984.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Política criminal y dolo Eventual*, en *Obras completas*, Tomo II, Ara, Lima, 2004.

CARO JOHN, José Antonio, *Imputación subjetiva*, en *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, Nro. 7, 2006.

CARO JHON, José, El “Caso Utopía”: *Lo insignificante del casualismo y del psicologismo para la imputación normativa del tipo objetivo y tipo subjetivo*, en *Dogmática penal aplicada*, Ara, Lima, 2010.

CARO JHON, José, *De nuevo sobre el “Caso utopía”: Lo común de la imputación subjetiva en los delitos de comisión y omisión*, en *Dogmática penal aplicada*, Ara, Lima, 2010.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*. PG. 3ra edición, Tecnos, Madrid, 1990.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente*, PPU, Barcelona, 1989.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *En el límite entre el dolo eventual y la imprudencia consciente*, ADPCP, 1985.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, La ley, Madrid, 2008.

DÍAZ PITA, María del Mar, *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ECO, Umberto, *Semiotics and the philosophy of language*, Indiana University Press, Indiana, 1986.

ENGISCH, Karl, *La causalidad como elemento de los tipos penales*, 1931, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2008.

FRANK, Reinhart, *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, B de F, 2da edición, Buenos Aires, 2004.

FEIJÓO, Bernardo, *El dolo eventual*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, trad. Andrés Ibañez, 2da. Edición, Trotta, Madrid, 1997.

FRISCH, Wolfgang, *El error como causa de exclusión del injusto de la culpabilidad*, pp.39 y ss. En *El error en Derecho penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999.

FRISCH, Wolfgang, *Lo fascinante, lo acertado y lo problemático de la teoría de la imputación objetiva del resultado*, 2001, pp.355-381. en *Causalidad, riesgo e imputación*, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2009.

FRISCH, Wolfgang, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

FRISTER, Helmut, *La imputación objetiva*, 2007, en Causalidad, riesgo e imputación, trad. Marcelo Sancinetti, Hamurabi, Buenos Aires, 2009.

GARCÍA CALDERÓN, Francisco, *Diccionario de la legislación peruana*, segunda edición, Librería de Laroque, París, 1879; recientemente reeditado por Grijley, Lima, 2003.

GARCÍA CAVERO, Percy, *La prueba indiciaria*, Ara, Lima, 2011.

GARCÍA CAVERO, Percy, La imputación subjetiva, en Imputación Subjetiva, AA.VV., Ara, Lima, 2012.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Acerca del dolo eventual*, en Estudios de Derecho penal, 3ra edición, Tecnos, Madrid, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, *El sistema del Derecho penal en la actualidad en Estudios de Derecho penal*, Tecnos, Madrid, Tercera edición, Tecnos, Madrid, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado*, en Estudios de Derecho penal, 3ra edición, Tecnos, Madrid, 1999.

HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del Derecho pena*, trad. de Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1982.

HASSEMER, Winfried, *Los elementos característicos del dolo*, ADPCP, 1990.