



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

“Reinterpretación del artículo IV del Título Preliminar del Código Penal
a la luz de propuestas funcionalistas de Jakobs y Pawlik”

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

Abogado

AUTOR:

Incacutipá Villanueva Alexis Lino (ORCID: 0000-0002-2899-8234)

ASESOR:

Cerna Bazan Marco Fernando (ORCID: 0000-0001-9393-1338)

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

Derecho penal, procesal penal, sistema de penas, causas y formas del
fenómeno criminal

LIMA – PERÚ

2021

DEDICATORIA: A Marcelito, seré inmortal
por ti hijito.

AGRADECIMIENTOS:

A mi abuelo y a mi madre, mis dos pilares que han estado y están conmigo en cada momento que los he necesitado.

A los maestros Feijoo Sánchez y Cancio Meliá, que con una extraordinaria humildad, me brindaron su apoyo académico y emocional cuando se los requerí, demostrándome que la personalidad, vocación y disciplina superan cualquier obstáculo y trascienden el tiempo.

A mi amigo Darwin Paredes, cómplice de varios años; excelente académico y ser humano.

ÍNDICE DE CONTENIDO

Carátula	
Dedicatoria.....	ii
Agradecimientos.....	iii
Índice de Contenido.....	iv
Índice de tablas.....	v
Resumen.....	vi
Abstract.....	vii
I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. MARCO TEÓRICO.....	4
III. METODOLOGÍA.....	16
3.1. Tipo y diseño de investigación.....	16
3.2. Categorías y Subcategorías.....	16
3.3. Escenario de estudio.....	16
3.4. Participantes.....	17
3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	17
3.6. Procedimiento.....	18
3.7. Rigor Científico.....	18
3.8. Método de análisis de datos.....	18
3.9. Aspectos éticos.....	18
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	19
V. CONCLUSIONES.....	30
VI. RECOMENDACIONES.....	31
REFERENCIAS.....	32
ANEXOS	

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N 1.-

Categorías y subcategorías.....16

Tabla N 2.-

Participantes.....17

RESUMEN

La presente investigación ha tenido como propósito, proponer criterios alternativos al referente de la lesividad social del concepto material de delito del Código Penal Peruano, desde posturas funcionalistas de Jakobs y Pawlik. Asimismo, los objetivos específicos se circunscribieron a determinar las razones dogmáticas y político-criminales que fundamentan la sustitución del bien jurídico. Para lograr estos cometidos, el tipo de investigación fue básica, el diseño utilizado fue la teoría fundamentada y el enfoque fue cualitativo. Las conclusiones giran en torno a que estas posturas de profesores alemanes, suministran premisas idóneas y adecuadas para interpretar y aplicar correctamente el art IV del T.P.C.P. Asimismo, los resultados obtenidos respaldan los supuestos formulados, los cuales sugieren que los criterios alternativos son eficaces y útiles para interpretar correctamente los dispositivos legales.

Palabras Clave: Bien jurídico, Vigencia de la norma, Competencia. Concepto material de delito.

ABSTRACT

The present research has had the purpose of proposing alternative criteria to the referent of the social harm of the material concept of crime of the Peruvian Penal Code, from the functionalist positions of Jakobs and Pawlik. Likewise, the specific objectives were limited to determining the dogmatic and political-criminal reasons underlying the substitution of the legal right. To achieve these tasks, the type of research was basic, the design used was grounded theory, and the approach was qualitative. The conclusions revolve around the fact that these positions of German teachers provide suitable and adequate premises to correctly interpret and apply Article IV of the T.P.C.P. Likewise, the results obtained support the assumptions made, which suggest that the alternative criteria are effective and useful for interpreting the rules.

Keywords: Legal asset, Validity of the norm, Competition. Material crime concept.

I. INTRODUCCIÓN

La configuración del objeto de protección de los tipos penales depende de la función que el derecho penal cumple en una determinada sociedad. Ante la siguiente interrogante: ¿Qué protege el derecho penal? Pueden esbozarse, de forma muy genérica y limitada como concepto material de delito, las siguientes alternativas: lesión de bienes jurídicos, lesión de la vigencia de la norma o lesión de la competencia. Asumir una u otra conlleva consecuencias trascendentales para la configuración del sistema penal, sus instituciones y la interpretación de estas. La premisa mayor, ergo, es tener claro el fin mismo del derecho penal y para ello hay que analizar el fin de la pena.

La finalidad de la pena¹ depende de la función que cumple el *Ius Puniendi*. Asumir, por ejemplo, que el derecho penal protege Bienes Jurídicos² exige comprender el concepto material de delito como lesión o puesta en peligro de Bienes Jurídicos. De otra parte, si se asume que lo relevante es la vigencia de la norma o el deber de cooperación según la propia competencia³; el delito se entenderá como lesión de la vigencia de la norma o como lesión de la competencia. En este orden de ideas, le asiste razón a Alcacer (2004) cuando manifiesta que los fines de la pena que sigue determinado Estado condicionan la formulación del concepto material de delito. (p.18).

Según nuestro ordenamiento jurídico penal nacional el cometido principal del Derecho Penal es la protección de Bienes Jurídicos⁴. En virtud de ello, se colige dos consecuencias fundamentales. Primero, a nivel político criminal, el Bien Jurídico sirve al legislador como límite para criminalizar conductas. Este último debe observar este criterio para prohibir y desvalorar acciones dañosas. Segundo, a nivel

¹ Sea entendida esta -en esencia- como un mal o como un bien que recae en la colectividad o en el sujeto particular, atendiendo a un interés general o a un interés individual, resumiendo de forma muy ajustada la evolución de esta institución.

² La protección de bienes jurídicos -mediante la pena- que entendemos para el presente trabajo se realiza a través de la prevención de acciones, esto siguiendo doctrina mayoritaria.

³ El modo en que se confirma la norma es a través del restablecimiento de esta mediante la imposición de la pena y el modo en que se garantiza el mantenimiento del Estado de libertades es, a través del castigo.

⁴ El Art IV del Título Preliminar del Código Penal prevé que: "La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley".

dogmático, el bien jurídico sirve en la construcción sistemática e interpretación de los tipos penales.

Bien mirado, actualmente el Bien Jurídico -como objeto de protección de la norma penal- se encuentra en crisis debido a su vaguedad conceptual⁵, su relación con la moralidad, su vinculación con ideas liberales⁶, su concepción socio empírica⁷ y su desatención sobre el cómo y hasta dónde opera la protección de dicho bien⁸. En puridad, el principal problema tiene que ver con el empleo del Bien Jurídico como criterio rector tanto a nivel político-criminal (legislador penal) como a nivel dogmático (operador jurídico).

En el primer supuesto, uno de los efectos perniciosos que genera es el expansionismo penal, ya que si se quiere protección eficaz hay que adelantar las barreras de punibilidad. Cuando se legitima la intervención penal se hace alusión a un interés valioso óntico supra positivo, pero no se dice más sobre las relaciones entre personas en derecho (Pawlik, 2016) o sobre la defraudación de expectativas normativas (Jakobs, 2015). Además, no significa que solo este criterio pueda suministrar legitimación penal.

En el segundo supuesto, el Bien Jurídico solo se enfoca en el qué proteger, pero no dice más sobre el cómo y hasta dónde proteger. Esta síntesis es vital porque la lesión de Bienes Jurídicos ocurre incluso de forma que al derecho penal le resulta irrelevante. Como dice el profesor Feijoo (2015), a manera de ejemplo, “la única diferencia entre un atropello desafortunado y un homicidio imprudente que se debe castigar no reside en la lesión fáctica del bien, sino en la dimensión comunicativa: la lesión de la juridicidad”. (p. 399).

Hay que agregar también que el intérprete -por respeto del Principio de Legalidad- tiene que valorar si se lesionó o se puso en peligro determinado Bien Jurídico a fin

⁵ “Sin un referente material la teoría del Bien Jurídico como teoría legitimadora del derecho penal es inane y su capacidad crítica queda desactivada” (Feijoo, 2015, p. 407).

⁶ Este vínculo se debe a su coincidencia histórica.

⁷ Concebir el bien jurídico de esta forma trae consigo el demasiado énfasis en la lesión externa del objeto supra positivo dejando de lado cuestiones normativas.

⁸ El profesor Feijoo plantea que se cambie la perspectiva en este sentido, es decir, hay que enfocarse primero en el qué se castiga. De otro lado, Pawlik señala que partir desde la idea de que algunos intereses merecen protección, no resuelve el problema sobre la forma en que se protegen dichos intereses y a través de qué medios.

de que se configure típicamente el injusto; esto conlleva poner demasiado énfasis en la afectación del bien dejando en un segundo nivel de análisis cuestiones de juridicidad o competencia. A esto se suma que un sector de la doctrina, aun maneja la concepción socio empírica de Bien Jurídico lo cual condiciona y limita la interpretación de un tipo penal a la mera constatación del resultado trágico o lesión del objeto externo. En efecto, se invierte el proceder correcto del método de valoración -se parte del daño producido- de la lesión del objeto material del delito y luego recién se analiza la afección al objeto jurídico.

Jakobs y Pawlik -maestro y discípulo- tienen puntos de partida distintos a la doctrina mayoritaria. Plantean que se analice en primer lugar la competencia del autor y el apartamiento del rol. En este entender, obviamente las instituciones se conciben de otra manera. El sentido comunicativo del delito y de la pena y las competencias de fomento y de respeto son un claro ejemplo de su manera de concebir el Derecho Penal, lo cual resulta bastante sugerente y sólido para revolucionar el contenido de las instituciones. (Jiménez, 2002).

El problema de esta investigación giró en torno a conocer cómo inciden las propuestas funcionalistas de estos profesores alemanes para una adecuada interpretación del art IV del Título Preliminar del Código Penal Peruano. Esto último porque el Bien Jurídico está en crisis y salta a la vista la pregunta lógica sobre si no se le está exigiendo más de lo que puede rendir. ¿Por qué seguir manteniendo el *status quo*, en torno a que el Derecho Penal se encargue de proteger Bienes Jurídicos, si cuando aparece, estos ya han sido lesionados?

Respecto a la justificación es preciso mencionar que la criminalidad actual no es la misma de aquel tiempo cuando surgió la teoría del Bien Jurídico. Si bien a lo largo de la evolución dogmática, ésta ha variado mucho; actualmente presenta serias grietas que denotan la crisis por la que atraviesa y no puede seguir comprendiéndose como en siglos pasados⁹.

Ahora bien, para lo que nos importa, la interpretación y aplicación de la norma penal obedece a la configuración del concepto material de delito. Semejante importancia exige que se revisen los fundamentos actuales con los que cuenta el Derecho Penal

⁹ Un ejemplo de ello sería la lógica expansiva que trae consigo la protección de bienes jurídicos.

para discriminar entre conductas permitidas y prohibidas así también respecto al criterio que sirve en la interpretación de los dispositivos penales. He ahí la necesidad de investigar el problema.

Para concluir, la presente investigación pretendió, modestamente, como objetivo principal, proponer criterios alternativos al referente de la lesividad social del concepto material de delito desde postulados funcionalistas de Jakobs y Pawlik. Asimismo, los objetivos secundarios fueron determinar las razones -tanto dogmáticas como político-criminales- que fundamentan el abandono del Bien Jurídico como categoría directriz. A su vez, el supuesto general fue que estos postulados influyen de forma adecuada en la interpretación y aplicación del art IV del T.P.C.P. Y los supuestos específicos fueron, en primer lugar, que el énfasis en la juridicidad y en la competencia son las razones de *lege data* que sustentan las propuestas alternativas al Bien Jurídico y; en segundo lugar, que el baremo de las normas constitucionales -como filtros de legitimación- y la parcialidad del Bien Jurídico son las razones de *lege ferenda* que fundan el abandono del Bien Jurídico.

II. MARCO TEÓRICO

Este acápite comenzó reseñando brevemente los antecedentes nacionales e internacionales -los cuales fueron tomados de distintos repositorios de Universidades Públicas y Privadas- utilizados como sustento para este trabajo y posteriormente se desarrolló las unidades de análisis.

Así las cosas, Monsalve (2019). En su tesis titulada “La evaluación de la incidencia y correspondencia del Bien Jurídico protegido en la determinación de la Pena Privativa de la libertad” tesis para optar el grado de magister en derecho en la Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo. El objetivo principal de esta investigación fue proponer una policita criminal acorde a nuestra realidad tomando en consideración la función que cumple el Bien Jurídico en la determinación de la pena. La muestra que utilizó el autor comprendía sentencias penales del distrito judicial de Cajamarca. La conclusión principal fue que el bien jurídico sirve al operador judicial en tanto este es valorado al momento de determinar la pena, por tanto, a los ojos del autor, usando este criterio se logra una policita criminal racional. El enfoque de la investigación fue cualitativo y el tipo de investigación fue básica.

De otro lado, Cerna (2018). En su tesis titulada “El bien jurídico penal vida en una sociedad democrática y liberal” tesis para optar el título profesional de Abogado en la Universidad Nacional de Cajamarca. El objetivo principal del tesista fue establecer un concepto del Bien Jurídico vida novísimo para el Derecho Penal. El autor analizó datos teóricos (doctrina nacional e internacional). Los métodos empleados fueron el deductivo y dogmático. El enfoque de la investigación usado fue el cualitativo y el tipo de investigación fue básico. La conclusión principal a la que arriba el autor es que el Bien Jurídico es el objeto de protección y fundamento del derecho penal y su contenido debe estar impregnado de principios liberales democráticos.

Por su parte, Rojas (2019). En su tesis titulada “La Legitimidad de los Delitos de Peligro Abstracto en el Ordenamiento Jurídico Penal Peruano” tesis para optar el título profesional de Abogado en la Universidad Nacional de Trujillo. El objetivo principal fue determinar los principios y garantías lesionados por los delitos de peligro abstracto en cuanto a su legitimidad en el derecho penal peruano. La autora analizó datos teóricos (doctrina nacional e internacional sobre delitos de peligro abstracto). Los métodos empleados fueron el hermenéutico jurídico, sintético analítico, deductivo y dogmático. El enfoque de investigación fue cualitativo. La conclusión principal fue que la incorporación de los delitos de peligro abstracto al Código Penal vulnera los Principio de Lesividad, Legalidad y Culpabilidad debido a la ausencia de lesión o peligro inminente para el Bien Jurídico.

Para concluir, Cochachin (2017). En su tesis titulada “Subsistencia de la aplicación de la teoría del funcionalismo sistémico, para explicar el fin de la pena y el ámbito de protección del derecho penal peruano” Tesis para optar el grado académico de Magister en la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. El objetivo principal del tesista fue examinar la finalidad de la pena y el ámbito de protección en el ordenamiento nacional desde la óptica del funcionalismo sistémico. El autor analizó datos teóricos. La investigación fue de tipo dogmático, explicativo con diseño no experimental y enfoque cualitativo. Los métodos usados fueron el hermenéutico, exegético y argumentación jurídica. El resultado principal fue que los operadores nacionales asumen de forma mayoritaria que el objeto de protección de la norma penal es el Bien Jurídico. La conclusión principal fue que el

funcionalismo sistémico asume que el ámbito de protección del derecho penal es la norma.

Asimismo, tenemos tres trabajos de autores internacionales. Román (2020). En su tesis intitulada “Hacia un tipo de delito medioambiental qué proteger, cuándo y cómo. Una mirada hacia Chile” tesis para optar el grado académico de doctor en derecho por la Universidad de Barcelona. Los objetivos de la tesista fueron, por un lado; interpretar el artículo 325 del Código Penal Español desde una óptica de lege data para que se respete los principios de lesividad, última ratio y proporcionalidad. De otro lado, proponer un tipo penal para Chile acorde con el anterior punto. La principal propuesta fue que es ilegítimo intervenir mediante el Derecho Penal respecto a conductas que carecen de lesividad. La principal conclusión fue que el contenido del medio ambiente es diferente al de otras áreas del derecho, sin concepciones antropocéntricas, este punto de partida es crucial para encontrar soluciones de los tipos penales medioambientales.

Por otro lado, Alpaca (2019). En su tesis intitulada “Injusto penal y teoría de las normas. Consideraciones normológicas sobre el delito y la pena” tesis para optar el grado académico de doctor en derecho por la Universidad de León. El objetivo del tesista fue analizar el alcance de la norma en la teoría del delito. Uno de los resultados que guarda relación, en alguna medida, con esta investigación fue que la razón por la cual el Estado utiliza las normas, para encausar conductas, es porque de esta forma se protegería Bienes Jurídicos ya que estos subyacen a las normas.

Y para finalizar, Bages (2017). En su tesis intitulada “La tentativa en los delitos de peligro abstracto” tesis para optar el grado académico de doctor en derecho por la Universidad de Barcelona. El objetivo principal del autor fue proponer criterios de interpretación de los delitos de peligro abstracto condicionado a una determinada metodología dogmática. Las principales consecuencias son, por un lado, que los delitos de peligro abstracto son producto de la expansión del derecho penal. Y, por otro lado, la legitimidad de los delitos de peligro abstracto debe ser respetuosa de los principios de lesividad y proporcionalidad.

Respecto al desarrollo de las categorías y subcategorías se siguió la siguiente estructura: (a) tratar brevemente sobre el fin y fundamento de la pena; (b) el concepto material de delito y la teoría del Bien Jurídico -especialmente este último punto desde un enfoque crítico- y (c) sobre las propuestas funcionalistas alternativas. Todo ello tuvo estricta relación con el propósito de esta investigación.

Así las cosas, el profesor Silva (2012, pp. 3 y 4) postula que la crisis por la que atraviesa el derecho penal no significa que deba ser vista de forma negativa, sino que gracias a esta el derecho penal evoluciona. Por su parte Pérez (2015) expresa que “la dogmática jurídico penal ha venido girando en torno al mismo eje durante los últimos cien años” (p. 49). En este entender, como es sabido, una teoría se refuerza cuando se le confronta con su contraria. (Seher, 2016, p. 67) y a su vez queda claro que en dogmática no hay verdades eternas y que las viejas cuestiones del derecho penal pueden reformularse con propuestas nuevas. (Terradillos, 2014)

Decir que el Derecho Penal no protege Bienes Jurídicos inmediatamente trae a la mente la idea de que ni la norma penal ni la pena motivan (Meini, 2014). Contrario sensu, si la norma o la pena desplegaran un real efecto motivador, estos no se lesionarían. En razón de ello, respecto al punto (a) se analizó dos artículos jurídicos relacionados con el tema.

El primero fue escrito por el profesor Frisch (2020). En este, el destacado penalista afirma que “Si se observa la variopinta ronda de teorías de la pena desde este trasfondo¹⁰, rápidamente queda claro que muchas de estas concepciones así presentadas son teorías muertas”. La pena tiene como fin compensar la culpabilidad del autor en aras de prevenir, pero aquí no debe entenderse la prevención en pro de necesidades empíricas sino no debe perderse de vista el restablecimiento de la norma a costa del castigo del autor.

Desde esta perspectiva, el citado autor plantea que de las teorías de la pena que se han formulado hasta ahora solo algunas pueden sostenerse como correctas; aquellas que por un lado confirman la vigencia de la norma y por otro, previenen - mediante el reforzamiento de eficacia de la norma asegurada-. En efecto, el autor

¹⁰ El citado jurista alemán entiende que de la variedad de teorías que se han elaborado sobre la pena solo algunas merecen mantenerse y aquellas que no compatibilizan con nuestros ordenamientos constitucionales vigentes deben sepultarse.

se aleja de consideraciones empíricas -para fundar su teoría de la pena- colectivas e individuales; y sugiere poner mayor énfasis en los pros y contras de las distintas teorías de la pena para lograr la mejor elaboración posible. (Frisch, 2020, p. 9)

La repercusión de este trabajo en el propio tiene que ver con su influencia en la fundamentación de nuestros puntos de vista. Por consiguiente, una teoría de la pena, sea cual fuere, guarda estrecha relación con el sustrato material del injusto.

El segundo artículo estudiado fue escrito por el profesor Feijoo (2006). En este se explica las fases de evolución de la teoría de la pena en el pensamiento del jurista alemán (Jakobs) y propone -a partir de un análisis crítico- un “modelo alternativo sobre la prevención general positiva” (p. 122.).

Por tanto, algunas ideas claves que guardan relación con el propósito de esta investigación serían, por ejemplo, que las expectativas normativas conforman la estructura de la sociedad y el contenido de dichas expectativas es rellenado por el político y no por el científico. En este sentido, el delito defrauda las expectativas configuradas y la pena confirma la vigencia de la expectativa cuestionada. Así las cosas, la pena tiene el fin de crear fidelidad hacia el derecho. (Feijoo, pp. 114 y 115).

De lo anterior se observa con claridad las distinciones con la doctrina mayoritaria cuando esta le asigna a la pena la misión de proteger Bienes Jurídicos. El autor citado sostiene que el actual Jakobs vuelve a ideas primigenias de sus trabajos, sintetizando retribución funcional y prevención general positiva¹¹. Este cambio se debe a que los postulados del jurista alemán pecan de un nivel de abstracción y formalidad muy alto y le hacen falta concreción empírica. (Feijoo, 2007, pp. 115 y 116.).

A efectos de esta investigación, asumir como punto de partida concepciones retributivas funcionales de la pena y adicionar a ello la fidelidad normativa permite comprender las instituciones ligadas a la pena desde una perspectiva distinta a la

¹¹ En esta línea el profesor Silva (2006) aplaude y le da la bienvenida al plano real al profesor Jakobs y denomina este cambio de ideas como “giro factico” (p. 2.)

que postula la doctrina mayoritaria. En consecuencia, el enfoque interpretativo varía tanto como el contenido y aplicación de los tipos penales.

En relación con lo anteriormente vertido, se puede afirmar que el mayor énfasis en la juridicidad y no en el hecho fáctico permite estabilizar de manera efectiva el quebrantamiento de la norma infringida. A esto hay que añadir que orientar las conductas de la generalidad según el respeto a la norma coadyuva en fundamentar la finalidad de la consecuencia más grave con la que cuenta el Estado.

Siguiendo la estructura planteada inicialmente, se abordó sobre el concepto material de delito y la teoría del Bien Jurídico, en este contexto, para nuestro ordenamiento jurídico nacional el sustento material del delito y a su vez el sustento de la sanción penal, está previsto en el art IV del Título Preliminar del Código Penal.

En doctrina esto se condice con el Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos, el cual sirve para legitimar las intervenciones penales e interpretar los delitos concretos. Por consiguiente, la importancia de manejar una base material radica en que -cuando se estudia sobre el delito- este, prima facie, se define como una acción u omisión típica, antijurídica y culpable. Definición formal que a lo mucho describe las características que deben reunir los delitos, pero no dice nada sobre el porqué de su incriminación. En consecuencia, se advierte que el fundamento material de delito otorga la justificación de la intervención penal y, asimismo, se establece las funciones rectoras que debe cumplir, esto es, fundamentar la prohibición e interpretar el tipo penal.

De un lado, la función crítica de la teoría del Bien Jurídico tiene que ver con la legitimidad de las intervenciones penales. En este sentido, el legislador penal al momento de criminalizar conductas tiene que considerar el interés o intereses valiosos para una determinada sociedad en una determinada época¹². Para ello,

¹² Piénsese en la época del nacionalsocialismo donde el interés valioso era el santo suelo alemán, por ejemplo.

esta teoría sirve como fundamento legitimador del *Ius Punienti*¹³ y, por consiguiente, la tarea del derecho penal consistiría en proteger Bienes Jurídicos¹⁴.

Frente a este escueto argumento de legitimación se presentan críticas y alternativas. El principal motivo de crítica gira en torno a que no habría plus cuando se utiliza la Teoría del Bien Jurídico para criminalizar comportamientos ya que los límites Constitucionales cumplirían a cabalidad con la misma función.

V. gr. para el profesor Feijoo (2015) la teoría del bien jurídico “se ha mostrado de forma algo tramposa como fuente de legitimación, cuando en realidad ha venido haciendo uso de criterios de legitimidad ajenos a la teoría”. (p. 400) Postula también que en una sociedad donde rige, por encima de todo, el respeto de los derechos fundamentales de las personas poco aporta la idea del Bien Jurídico. (Feijoo, p. 402)

En definitiva, para este autor los filtros de control Constitucional tales como la neutralidad estatal, *inter alia*, llevan a cabo la misma tarea de legitimidad de las normas penales que ofrece el Bien Jurídico. Ahora bien, su vinculación con las ideas de la Ilustración¹⁵ se debe, solamente, a su “coincidencia histórica”. (Feijoo, 2015)

Por su parte, Sternberg-Lieben (2016) parte del entendimiento de que “el legislador penal tiene como único límite jurídico las disposiciones de la ley fundamental” (p. 102). Así también expresa que está en primer lugar la dignidad de la persona por lo que el Estado debe garantizar su respeto.

En aras de resumir lo máximo posible los planteamientos del profesor alemán, se tiene que destacar que este último tiene como base las Normas Constitucionales relacionadas con la dignidad y la libertad individual de las personas, para luego

¹³ La legitimidad del derecho penal guarda relación con la legitimidad de la actividad estatal. El Estado, como garante de seguridad, no puede rebasar los límites impuestos por la Constitución cuya base es la dignidad de la persona humana. Para esta investigación se asume que el Estado Constitucional y Democrático de derecho es la base de las ideas y temáticas desarrolladas.

¹⁴ Es por todos conocido que Roxin (1997) es el máximo defensor de la teoría del Bien Jurídico, en este sentido, afirma que la tarea del derecho penal es la “protección subsidiaria de Bienes Jurídicos” (p. 51.) *passim*. También Mir (2018, p. 112) entiende que el derecho penal solo debería ejercerse únicamente para proteger Bienes Jurídicos.

¹⁵ Las ideas de la ilustración referentes a la concepción liberal del derecho se relacionan, en doctrina mayoritaria, con el origen de la teoría del Bien Jurídico; sin embargo, esta relación no va más allá de compartir la misma época.

defender la teoría del Bien Jurídico personal propuesta por Hassemer y asumir que es desde la individualidad que surge la legitimación de los intereses colectivos; sin embargo, concluye afirmando que el límite otorgado por esta teoría personal es insuficiente y se debería poner énfasis en criterios Constitucionales que controlen las valoraciones del legislador penal.

De otro lado, Lagodny en su artículo intitulado “El derecho penal como piedra de toque de la dogmática constitucional”, sostiene que debe existir un diálogo entre el derecho constitucional y el derecho penal en cuanto a la legitimación de este último. Es por ello que afirma que “la dogmática constitucional tiene el potencial de analizar críticamente la dogmática penal” (Lagodny, 2016 p. 128). Así, dice el profesor alemán que hay que distinguir entre dos tipos de intromisiones generadas por el Estado. Una que tiene que ver con la misma prohibición y otra referida a la afección que implica el reproche penal.

Esta diferenciación permite tener a la mano la esencia del derecho penal la cual no es otra que la pena; cuestión que importa poco a los Constitucionalistas. Asimismo, se tiene en cuenta la finalidad de la norma penal, su necesidad, su idoneidad y su proporcionalidad en sentido estricto. Lo cual no es otra cosa que los filtros Constitucionales que controlan la legitimidad de todo el derecho.

Ahora bien, sobre la repercusión en nuestra propia investigación hay que precisar que el autor señala que el mérito de la Teoría del Bien Jurídico, radica en que le obliga al legislador a argumentar sus decisiones punitivas, sin embargo, propone que sean los derechos fundamentales y la teoría de la ponderación, las que se encarguen de la configuración social, es decir, sobre los presupuestos valorativos que subyacen a las normas. (Lagodny, 2016) En este sentido, concluye que el Bien Jurídico *per se* no podría limitar adecuadamente al legislador penal.

Muy en esta línea, el profesor Böse también resalta la división entre norma de conducta y norma de sanción, punto de partida útil para apreciar la afectación a varios derechos fundamentales por un mismo tipo penal. Al ser el Derecho Penal el más contundente se tiene que fundamentar éste desde la Constitución. Así, sostiene, por ejemplo, que “las limitaciones impuestas por los derechos

fundamentales constituyen requisitos mínimos para el legislador” (Böse, 2016, p. 132).

En efecto, la finalidad legítima de la intervención penal, debe considerar postulados y filtros constitucionales; sin embargo, existen problemas a la hora de encontrar límites materiales desde los derechos fundamentales porque los sub principios que propone son los mismos que ya se mencionaron cuando se estudió al profesor Lagodny. Pero hay que destacar que para Böse cumple un rol especial el principio de proporcionalidad, debido a que el carácter fuerte de la intervención punitiva, afecta severamente los derechos de las personas tanto en la limitación de actuación como en la limitación de la libertad ambulatoria.

Para terminar, afirma el autor, que los menoscabos ilegítimos deben ponderarse de forma global en cada caso y no basta con generalizar en una fórmula harto conocida como *última ratio*.

Con estas líneas se concluyó con el apartado b) de la estructura formulada; por tanto, podemos afirmar que la legitimación o deslegitimación de un tipo penal va más allá del uso del Bien Jurídico como criterio rector¹⁶. En este punto los filtros constitucionales complementan a la teoría del Bien Jurídico e incluso pueden sustituirla y también debe considerarse el cambio del contexto cultural y las convicciones morales dominantes. (Pawlik, 2016). En el mismo sentido, no es suficiente cumplir con el principio de legalidad para que una conducta se convierta “legítimamente en una infracción criminal”. (Cancio, 2011, p. 2).

Respecto al punto c) se consideró las siguientes líneas, extraídas de las ideas del profesor Jakobs, las cuales fueron suficientes para abordar la temática propuesta.

En este orden de ideas, leer, v.gr. que “las normas son un asunto social, y su estabilización, es estabilización de la sociedad” (Jakobs, 2003, p. 53); encierra la esencia de la propuesta del profesor emérito de Bonn, respecto al énfasis en el sustrato normativo antes que en el puramente fáctico. Sin embargo, deben rescatarse también ideas que conciben la vigencia de la norma como aquella

¹⁶ Piénsese en este punto, que en el Derecho Penal angloamericano no se usa el Bien Jurídico para legitimar la intervención penal, allí se cuenta con el Harm Principle.

institución garante de la existencia real de la sociedad, o que “la sociedad es comunicación” (Jakobs, 2003, p. 54).

Sea como fuere, el delito y la pena tienen la misma dimensión comunicativa; por lo que, ante la negación de la voluntad individual sobre la validez de la expectativa normativa, la sanción penal invalida dicha negación, y, reestablece la confianza del mantenimiento de dicha expectativa como modelo vigente de orientación de conductas. En definitiva, afirmar que el Derecho Penal tiene el cometido de proteger bienes jurídicos, de por sí, es una sentencia bastante incompleta debido a que el Derecho Penal no puede ni debe reaccionar frente a todas las lesiones o tentativas de Bienes Jurídicos. En igual sentido García (2019) “Al derecho penal no le corresponde la función de mantener incólumes los derechos o intereses protegidos”. (p.123.).

En algunos sucesos se observa que el modo en que los bienes son menoscabados resulta irrelevante para el ordenamiento punitivo. En efecto; un primer punto alternativo -para una adecuada estructuración y configuración- recae en el rol asignado a cada persona en derecho. (Jakobs, 2003). Es decir, la competencia surge como un primer nivel de análisis para imputar delitos. *Contrario sensu*, aquel que se comporte conforme a derecho (fidelidad normativa) no quebranta ni contradice la norma, lo cual no erosiona el modelo de conducta estatuido por la sociedad.

De otro lado, solo con una suficiente protección cognitiva, se obtiene de forma eficaz protección normativa. (Jakobs, 2015, p. 81) Aquí Jakobs vuelve a ideas de sus primeros trabajos que, en todo caso, sirven de sustento a sus puntos de partida -teoría bidimensional de la pena-. Para resumir lo más posible se dice, por ejemplo, que “la pena nunca ha recompuesto un bien jurídico lesionado” (Jakobs, 2003, p. 53) o que “la pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad” (Jakobs, 1996, p.11).

Lo importante en la comprensión de los trabajos del maestro alemán tiene que ver con identificar los puntos de partida: a) un nuevo sistema del derecho penal, el cual no esté vinculado a estructuras lógico-objetivas, b) la dimensión comunicativa del delito y de la pena, c) “la estructura social y la función de la pena” (Montealegre,

2003, p. 23), como base de suministro de contenido de las instituciones jurídico penales y d) la acción culpable. Una vez resaltado este punto, es claramente obvio que las instituciones tienen otra configuración y otro entendimiento según la funcionalidad misma de estas. “No existe ningún contenido genuino de las normas penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de la regulación” (Jakobs, 1997, p. 45).

Por su parte, el Profesor Montealegre respecto a las ideas de su maestro, sostiene que “Jakobs aplica una teoría institucional del derecho, que entiende las normas como estructura de la sociedad” (p. 24). Asimismo, enseña que la distinción entre expectativas normativas y cognitivas varía la respuesta que debe acaecer. V.gr. una desgracia natural obliga a que se cambie la propia conducta para evitar posibles daños. Pero frente a una acción que defrauda la expectativa normativa, el afectado puede seguir confiando en la expectativa cuestionada -pese a su infracción- porque la sanción penal se encargaría de mantener vigente dicha norma.

Para finalizar, para Jakobs (2002) la comprensión simbólica del delito -“entendido como aportación comunicativa, como expresión de sentido”- (p. 693) y la comprensión simbólica de la pena garantizan el mantenimiento de la sociedad. Y, a su vez, se exige poner mayor atención en el significado concreto de la acción, el cual, a la hora de interpretar, debe complementarse con la teoría de la imputación objetiva.

Por otro lado, para Pawlik (2016) “el Derecho Penal ha sido puesto al servicio de la seguridad” (p. 2), a mayor seguridad menor incidencia criminal (Pawlik, 2010, p. 103). La teoría del hecho punible debe orientarse conforme a los fines neo retributivos de la pena, es decir, la sanción penal tiene que ser drástica porque no hay otro modo de mantener la relación entre el deber de colaborar y el goce de la libertad (Pawlik, 2010, p. 104) –“el castigo es ante todo un símbolo”- (Pawlik, 2019, p. 60), y ésta (la pena) ha de servir para castigar el menoscabo hacia el Estado de Libertades partiendo desde las competencias del ciudadano. En este contexto, el delito se entiende como “la infracción del deber cívico de cooperar al mantenimiento de dicho estado de libertades”. (Silva et al. 2016, p. 19). Y no se configura sobre la base de la lesión del Bien Jurídico sino sobre la competencia obligatoria que tiene el autor. (Pawlik, 2016).

El punto de partida de sus propuestas es el deber de respetar (cooperar) en el mantenimiento del Estado garante de libertad, en otras palabras, existe una “obligación primaria consistente en aportar lealtad” (Pawlik, 2010, p. 103). Por ello, las competencias que propone, sirven para determinar deberes específicos que los ciudadanos deben observar obligatoriamente de lo contrario serán castigados con una pena. Aquí, dichas competencias no solo fundamentan los delitos de omisión sino también los delitos de acción, por consiguiente, las ideas de Pawlik tienen como base las ideas de Jakobs; sin embargo, se alejan cuando se aborda el tema de deberes institucionales y deberes positivos¹⁷.

En puridad, la base es el concepto de persona -“el punto de partida alternativo”- (Pawlik, 2016, p. 2) sobre el que se crea un sistema de competencias normativas que conllevan deberes de fomento y de respeto. (Silva et al. 2016). Ahora bien, la criminalización de conductas depende de los filtros del Derecho Constitucional y no de un concepto material de delito cuyo objeto de tutela sea el Bien Jurídico. Por tanto, v.gr. solo si soy competente de intereses ajenos entonces estos merecen tutela.

¹⁷ Esto porque, desde la óptica de Pawlik, los deberes institucionales no necesariamente generan deberes positivos.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

La presente investigación fue de tipo básica porque comprendió -en el desarrollo del marco teórico- el análisis y cuestionamiento del conjunto de teorías respecto a las unidades de análisis (categorías y subcategorías) como posibles soluciones a problemas normativos concretos. El diseño de investigación, siguiendo a Díaz (2018) se concibió desde la teoría fundamentada porque se describió, analizó y sintetizó la repercusión de propuestas y teorías funcionalistas de autores alemanes y españoles, sobre la adecuada y correcta aplicación e interpretación del art IV del T.P.C.P. El enfoque de la investigación fue cualitativo ya que se pretendió abordar y comprender un fenómeno específico. (Hernández et al. 2014)

3.2. Categorías y Subcategorías.

Tabla N 1

Categoría 1	Concepto material de delito	
Sub categorías	Función político criminal	Función dogmática
Categoría 2	Funcionalismo normativista de Jakobs y Pawlik	
Sub categorías	Lesión de la vigencia de la norma	Lesión de la competencia

3.3. Escenario de estudio

El escenario de estudio de la presente tesis se circunscribió al Ordenamiento Jurídico Penal Nacional vigente. Asimismo, se consideró la doctrina nacional e internacional y el Derecho Penal Comparado.

3.4. Participantes

Los participantes de este trabajo de investigación fueron abogados especialistas en derecho penal, los mismos que cuentan con grados académicos de Doctor y Magister.

Tabla N 2

Participantes	Lugar de Labores	Años de experiencia	Grado académico
Bernardo José Feijoo Sánchez	Universidad Autónoma de Madrid	32 años	Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid
Manuel Cancio Meliá	Universidad Autónoma de Madrid	30 años	Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid
Dante. D. Heredia Obregón	Universidad Privada de Tacna, Socio fundador de Heredia & Asociados	6 años	Magister en Cumplimiento Normativo en Derecho Penal en la Universidad de Castilla La Mancha
Ragil. G. Calisaya Flores	Independiente	5 años	Magister en Derecho Procesal Penal en la Universidad Nacional de Rosario
Edgar Dante Sánchez Mamani	Asociación Jurídica Pro-Derechos Humanos	20 años	Doctor en Derecho por la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez
Néstor Calsin Quispe	Independiente	12 años	Abogado

3.5. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

En este trabajo de investigación se recopiló información y datos correspondientes a las unidades de análisis; para ello se utilizó la técnica de análisis documental y la guía de entrevistas.

3.6. Procedimiento

A fin de cumplir con los objetivos planteados se ha inferido, analizado y tomado en cuenta como fuente de información: libros, artículos y revistas especializadas sobre Derecho Penal; esto con el propósito de desarrollar, sintetizar y plantear soluciones de forma suficiente sobre los problemas y objetivos planteados en la presente tesis.

3.7. Rigor Científico

En atención al enfoque de la investigación se cumplió a cabalidad con los estándares de calidad científica exigida propios de la metodología de la investigación. (Hernández et al, 2014). Así como también con lo exigido por los lineamientos de la Universidad Cesar Vallejo referente a cuestiones metodológicas y CONCYTEC respecto a consideraciones éticas.

3.8. Método de análisis de datos

Los métodos empleados fueron el Método Dogmático -a fin de comprender el fenómeno planteado desde postulados doctrinarios y teóricos-, Hermenéutico - porque se manejó conceptos y dogmas propios de la Ciencia del Derecho Penal- y Exegético -porque tiene como fin el estudio de la norma jurídico penal para comprenderla y plantear soluciones acordes a los problemas- (Soto, 2013).

3.9. Aspectos éticos

La investigación respetó los parámetros impuestos por la Universidad Cesar Vallejo (Guía de elaboración de trabajos de investigación para obtener grados y títulos). De otro lado, se respetaron y citaron debidamente las ideas de autores conforme a la última edición de APA (American Psychology Asociation), en consecuencia, se les otorgó el crédito merecido por haber sido consultados como fuente de información.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En este acápite se desarrolló lo concerniente a los hallazgos obtenidos en la ejecución de los instrumentos de recolección de información (guía de entrevista y guía de análisis documental). Para ello, se consideró los objetivos -general y específicos- como punto de referencia.

En este entender, **respecto al objetivo principal** que reza de la siguiente manera: proponer criterios alternativos al referente de la lesividad social del concepto material de delito desde postulados funcionalistas de Jakobs y Pawlik; se formularon tres interrogantes:

- 1.- ¿Considera Ud. que la teoría del bien jurídico cumple las funciones de lege ferenda y de lege data que le asigna la doctrina mayoritaria?
- 2.- ¿Cree Ud. que la pena y la norma penal previenen la comisión de delitos?
- 3.- ¿Considera Ud. que el derecho penal protege bienes jurídicos? ¿Y si es así explique cómo?

Pregunta 1:

Desde su función crítica, Feijoo (2021) señala que a la teoría del bien jurídico “se le ha sobrevalorado y se le han asignado méritos que no son suyos”. Por tanto, los efectos de esta teoría resultan perniciosos debido al expansionismo de la responsabilidad penal. Calsin señala que no se cumplen dichas funciones de forma eficaz y que no podemos quedarnos únicamente con un concepto formal de Bien Jurídico, sino que habría que complementar este con Principios Constitucionales a fin de que se limite correctamente la responsabilidad penal. Para Calisaya, el Bien Jurídico no cumpliría eficazmente las funciones asignadas porque el quebrantamiento de la norma configura el delito y el Derecho Constitucional está en condiciones de legitimar la pena.

Ahora bien, los expertos Cancio, Heredia y Sánchez responden de forma parcial, es decir, por ejemplo, el primero afirma que el bien jurídico “ni es una panacea -ninguna teoría de la lesividad puede serlo- ni deja de ser -eso hay que reconocerlo- un paradigma que obliga en el análisis crítico de la legislación encontrar

argumentaciones que justifiquen el recurso al sistema penal". El segundo afirma que en el plano dogmático si cumple las funciones asignadas pero que en el plano político criminal no siempre se legisla a favor de la colectividad. El tercero dice que respecto al legislador no se cumple la función designada por la doctrina pero que en la aplicación está vigente el art IV. Del T.P.C.P.

Pregunta 2:

Feijoo considera que la pena previene, pero de forma indirecta y que lo importante es que se respete el Derecho y se cumpla la norma lo cual genera mayores efectos preventivos. Calsin, por su lado, señala que ni la pena ni la norma penal motivan, en consecuencia, el Derecho Penal, por sí solo, no puede garantizar la prevención de delitos. Para Calisaya, la norma penal no puede prevenir delitos porque no todas las personas conocen el Ordenamiento Jurídico, y tampoco la interpretan como lo hace la jurisprudencia.

Para Cancio la pena previene "en alguna medida" pero nadie puede medir ese efecto. Los verdaderos efectos preventivos se extraen de la "certeza del funcionamiento del sistema penal" y "solo un sistema social justo realmente reduce el delito a la mínima expresión en toda sociedad" (Cancio, 2021). Heredia por su parte, afirma que la pena tiene un margen disuasivo, pero no completamente. Sánchez dice que la pena y la norma penal solo mitigan pero que no previenen.

Pregunta 3:

Feijoo (2021) responde que "los Bienes Jurídicos están mejor protegidos en una sociedad donde la realidad coincide con lo prescrito por el derecho, uno puede olvidarse el móvil en su coche y no pasa nada, uno puede salir a pasear por la noche, etc, valores como la vida o la salud están mejor protegidos en Oslo que en Caracas". A su vez, Cancio (2021) concluye que solo de un modo indirecto, "lo que importa es el respeto generalizado a la norma". Por su parte, Heredia (2021) cree que ex ante delito si se protegen bienes jurídicos pero ex post delito se "restituye el margen de confiabilidad en las expectativas normativas". Calsin (2021) afirma que lo verdaderamente importante es la protección de los valores que subyacen a los Bienes Jurídicos, por tanto, solo de forma indirecta se protegerían estos. De otro lado Sánchez (2021) afirma que si se Protegen Bienes Jurídicos. Para Calisaya, el

derecho penal debe proteger las normas porque solo así se pueden proteger las finalidades que estas persiguen.

Respecto al **primer objetivo específico**, que está formulado de la siguiente manera: determinar las razones dogmáticas que permiten sustituir el bien jurídico como categoría directriz, también se formularon tres preguntas:

1.- ¿Cree Ud. que el concepto de bien jurídico es determinante para una correcta interpretación del art IV del Código Penal? ¿Y si es así qué concepto de bien jurídico debe asumirse?

2.- ¿Cree Ud. que los tipos penales deben interpretarse teleológicamente en razón del interés valioso lesionado o puesto en peligro?

3.- ¿Considera Ud. que las categorías importadas -lesión de la juridicidad y lesión de la competencia- desde trabajos de profesores alemanes repercuten en forma positiva en la interpretación del artículo IV del Título Preliminar del Código Penal?

Pregunta 1:

Feijoo, con bastante modestia, responde que no lo sabe. En su comprensión concluye que este artículo solo orienta al juez –mediante un principio hermenéutico general- a fin de determinar la lesividad en el caso concreto. “Más allá de ello no ofrece pista alguna sobre que se debe entender por Bien Jurídico, tampoco por lesión o puesta en peligro de Bienes Jurídicos”. Cancio (2021) responde que el Bien Jurídico solo es un “vehículo” que se plantea frente al legislador. Ahora cuando el Juez interpreta la norma debe “primar la legalidad”. Desde su punto de vista, Calisaya afirma que no existe consenso respecto al concepto de Bien Jurídico y es por ello que no puede seguir usándose un criterio como ese. Heredia (2021) por su lado, afirma que no existe consenso cuando se busca delimitar el concepto de Bien Jurídico. Y Calsin (2021) dice que lo determinante (antes de valorar el Bien Jurídico) es enfocarnos en la competencia del sujeto responsable. Por otro lado, Sánchez (2021) responde que el concepto de Bien Jurídico está estrechamente relacionado con el principio de lesividad y por ello, nuestro Código vigente prevé que sea a la luz del Bien Jurídico que se interprete este principio, sin embargo, esto no quiere decir que solo mediante el Bien Jurídico se pueda legitimar la intervención penal toda vez que el sistema de Gunther Jakobs ha demostrado ser lo suficientemente

sólido para cuestionar y hasta incluso reemplazar dogmas, aparentemente, incuestionables.

Pregunta 2:

Feijoo (2021) señala que se puede realizar una interpretación restrictiva sin necesidad de hablar de Bienes Jurídicos sino solamente enfocándonos en la finalidad de la norma. Afirma también “aprovecho para denunciar que muchas veces se abusa de una interpretación teleológica en detrimento de una interpretación sistemática, siendo esta mucho más útil para deslindar el alcance de normas concretas”. Por su lado, Calisaya, expresa que en el ámbito anglosajón se usa el Principio del Daño el cual tiene en cuenta el daño social que genera la conducta prohibida, en este sentido, el Bien Jurídico entendido como interés esencial tutelado no es imprescindible para interpretar la norma sino se puede realizar una interpretación legítima solo atendiendo al fin de la norma.

Por otro lado, Cancio señala que desde luego que sí, porque solo conociendo “cuál es el daño social frente al cual se reacciona” se puede entender lo que la norma sanciona. Heredia cree que “ambas interpretaciones son legítimas” pero cuando se trata de puestas en peligro hay que tener cuidado de que el interés tutelado no sea “nebuloso, disipado”

Desde el punto de vista de Sánchez es una cuestión lógica porque “la interpretación teleológica desentraña la finalidad perseguida por la norma, por tanto, teniendo en cuenta el daño producido por la conducta del autor es que esta recobra importancia para el Derecho Penal”. Y para Calsin por Principio de Legalidad si es correcto interpretar teleológicamente según el interés lesionado o puesto en peligro, pero no debe olvidarse que se puede interpretar según la finalidad de la norma, según el caso concreto, según la propia competencia y según el significado de la acción.

Pregunta 3:

Feijoo considera que se tratan de teorías generales que no necesariamente repercuten en el art IV del T.P.C.P. toda vez que “no apoyan ni desacreditan” dicho art. Sin embargo, estas categorías permiten “delimitar la responsabilidad que resulta imposible si solo valoramos conductas por su idoneidad para lesionar bienes” “Es decir, el Principio de Lesividad plasmado en el art IV ofrece un criterio

restrictivo a los jueces, pero ello no es incompatible con limitaciones a conseguir mediante otras categorías como las mencionadas, en todo caso estas categorías son tan importadas como la Teoría del Bien Jurídico, ya que todas provienen de doctrina alemana”.

En la óptica de Cancio señala no se puede hablar de “categorías importadas” porque “todos los ordenamientos de Occidente compartimos los puntos de partida de la restricción del poder penal del Estado, porque todos somos hijos de la Revolución Francesa y del sistema político establecido por ella”. Así las cosas, concluye que lo resaltante es fijarse en “si los conceptos son útiles sin preguntar de donde surgen” Ahora, Heredia cree que ambos maestros alemanes desarrollan puntos de vista sobre el Bien Jurídico y que “sus planteamientos sirven para una mejor comprensión del concepto”.

Para Sánchez la gran mayoría de importaciones jurídico-penales han sido recepcionadas de forma positiva salvo aquellas que no gozan del respaldo de la doctrina mayoritaria, en este sentido, no veo porque no podría asumirse cuestiones de los autores que se me pregunta, más aún si estos aportes resultan sumamente coherentes. En sentido parecido Calisaya cree que estas posturas son las más indicadas para sustituir el referente del concepto material de delito debido a su coherencia y solidez.

Por último, Calsin afirma que las teorías importadas siempre han servido para legitimar intereses políticos sea cual fuere. Ahora respecto a los profesores que se menciona, dice que en la medida que aporten en la aplicación e interpretación son válidos ya que todas las teorías son importadas.

Conforme al **segundo objetivo específico**, que reza de la siguiente manera: determinar las razones político criminales que permiten sustituir el bien jurídico como categoría directriz, se establecieron tres interrogantes:

- 1.- ¿Cree Ud. que el bien jurídico solo se enfoca en el qué proteger, pero desatiende el cómo proteger el objeto de protección?
- 2.- ¿Cree Ud. que los filtros constitucionales serían suficientes para legitimar la intervención penal?

3.- ¿Considera Ud. que el dogmático debe o no debe entrometerse en la configuración de las expectativas normativas?

Pregunta 1:

Feijoo considera que sí y que por su parte ha sido de los autores que puso mayor énfasis al respecto. Cancio también responde de forma positiva como el anterior autor, y agrega que “solo con la idea de Bien Jurídico no se dan las razones aún para explicar por qué a través del Derecho Penal, por ello el Principio de Lesividad necesita limitación a través de la proporcionalidad”. Para Sánchez si se desatiende el cómo proteger el interés valioso. Y para Calsin, en sentido parecido, comprende que no basta con seleccionar un interés a proteger, sino que se requiere definir el cómo y hasta dónde debe protegerse. Por último, Calisaya considera que lo importante es tomar en cuenta el castigo, es decir, lo que se desvalora antes que el interés a proteger.

En el entendimiento de Heredia esta teoría tiene varias funciones, entre ellas la función crítica, intra sistemática y de clasificación.

Pregunta 2:

Feijoo considera que no, porque “reducir la política criminal a los filtros constitucionales resulta muy pobre”. Desde su postura Cancio señala que estos filtros son solo el punto de partida y que “son sub complejos para el análisis concreto de tipos penales”. En la misma línea Sánchez entiende que no son suficientes y que debería reformarse el Código Penal de forma adecuada y atinada.

Ahora bien, de otro lado, Heredia responde que “en la medida que sean válidos – en especial el Principio de Lesividad- si sería suficiente”. Calsin cree que estos filtros, con una debida concreción, si podrían legitimar la intervención penal siempre y cuando no se pierda de vista la protección de la Dignidad de la persona humana como punto de partida. Calisaya cree que estos filtros son útiles para legitimar la intervención penal porque lo indicado es que el sistema del Derecho en general debe ser compatible con el Ordenamiento Constitucional, ahora, cuando se prohíbe una conducta a través del Derecho Penal, lo que se hace es ratificar que deben primar los Derechos Fundamentales de la Constitución.

Pregunta 3:

Feijoo señala que “cuando se es dogmático hay que asumir la norma como un dogma e interpretarla de acuerdo a cánones y criterios jurídicos”. En la misma línea, Cancio afirma que el dogmático “debe comprender las expectativas normativas en una sociedad en un determinado momento histórico” en este sentido “no debe confundir su opinión con la realidad social”.

Heredia concluye que “el dogmático únicamente interpreta las expectativas sociales que se encuentran ya en la sociedad, el dogmático interpreta lo que ya se encuentra en el plano del ser, como el pintor que únicamente refleja desde su visión el paisaje que finalmente plasma en el cuadro, la vista del horizonte existe con independencia de su pintura”.

De otro lado, Sánchez considera que no debe realizarse como una intromisión sino se debe aportar al Derecho. Calsin por su parte, dice que el dogmático debe dejarle espacio al legislador para que éste configure las expectativas normativas, en este sentido, el dogmático actúa como científico y no como político. Para terminar, Calisaya cree que el legislador debe encargarse de configurar las expectativas y el dogmático debe limitarse a controlar y señalar las fricciones que pueda generar dicha labor.

Siguiendo el mismo punto de referencia -objetivos- a continuación, se desarrollaron los **hallazgos del análisis documental**. En este contexto, **en relación con el objetivo general**, se estudiaron 2 artículos jurídicos:

El primero de Frisch (2019) “Teoría de la pena, concepto de delito y sistema del hecho punible en transformación” En este artículo, el maestro alemán opta por mantener las teorías de la pena correctas, es decir, aquellas que respeten y guarden relación con el contenido constitucional de cada Estado. Asimismo, este autor se decanta por asignarle a la pena la misión de confirmar la vigencia de la norma y prevenir a través del reforzamiento de esta.

Y el segundo de Feijoo (2007) “Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs” Aquí, el maestro español, desarrolla las ideas de su maestro -el Profesor Jakobs- a lo largo de los años y cómo es que estas han variado conforme el paso del tiempo. A su vez propone comprender la

prevención general positiva desde otro punto de vista. También pone énfasis en lo que la norma desvalora y no en lo que esta valora. Concuerda principalmente con los puntos de partida de su maestro, pero desarrolla sugerentemente propuestas alternativas bastante sólidas que se alejan de la doctrina mayoritaria.

Respecto al **primer objetivo específico** se analizaron 2 artículos jurídicos:

En primer lugar, Jakobs (2003) “¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?” En este trabajo el maestro alemán ratifica varias de sus propuestas sobre el nuevo sistema del derecho penal que propone a partir de premisas fundamentales. Estas ideas giran en torno a comprender la pena y el delito de forma simbólica, la acción como acción culpable y de rellenar el contenido de las instituciones jurídico penales sin considerar estructuras ontológicas. Con base en estas propuestas Jakobs considera que el énfasis debe recaer en la lesión de la norma porque esta al fin y al cabo configura la estructura de la sociedad.

En segundo lugar, Pawlik (2016) “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?” En este artículo el autor critica los méritos que la doctrina mayoritaria le otorga a la teoría del bien jurídico, en este sentido, dice que no existiría mayor diferencia entre las propuestas de Von Liszt y Binding por ejemplo. Así también confirma la idea de que la evolución legislativa no obedece principalmente al interés valioso que ofrece la teoría del bien jurídico sino que este cambio se debe a cuestiones valorativas que subyacen a los intereses protegidos y que dependen del contexto cultural concreto de cada tiempo. De otro lado, plantea un punto de partida alternativo a la teoría del bien jurídico, la persona sería la premisa inicial a tomar en cuenta pero a su vez esta debería ser complementada desde la propia competencia del autor. En virtud de ello, Pawlik entiende la pena desde una postura neo retribucionista que tiene por fin asegurar el Estado de libertades.

En relación con el **segundo objetivo específico** se estudiaron 3 artículos jurídicos:

Se cuenta con Sternberg-Lieben (2016). “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal” Este autor plantea que los límites del legislador se encuentran en el respeto irrestricto de los derechos fundamentales, sin embargo, se necesita complementar la teoría del bien jurídico con principios constitucionales debido a que por sí sola es insuficiente para proteger los derechos de las personas.

Así también, Lagodny (2016) “El derecho penal como piedra de toque de la dogmática constitucional” Señala que el derecho penal debe tener un diálogo estrecho con el derecho constitucional porque así se trabajaría desde una base crítica. Asimismo, propone que se utilicen filtros constitucionales a fin de concretizar la prohibición de acciones dañosas porque el bien jurídico no es suficiente para limitar al legislador penal.

Y por último, Böse (2016) “Derechos fundamentales y derecho penal como derecho coactivo” Propone, siguiendo la línea iniciada por los anteriores autores, que sean los derechos fundamentales, el punto de partida del análisis des valorativo de las acciones dañosas y que no puede legitimarse la intervención penal de forma aislada, es decir, desde el empleo de principios tótem. Enfatiza en que el principio de proporcionalidad marca la pauta verdaderamente legítima a considerar.

Después de **sintetizar los hallazgos obtenidos** de la ejecución de los instrumentos, correspondía realizar la **discusión de los resultados**, para ello se contrastó -mediante el método de triangulación- la información recabada de los antecedentes, análisis documental y entrevistas en estricta relación con los objetivos planteados.

Por tanto, **en cuanto a los antecedentes** estos, en su mayoría, respaldan los objetivos formulados. Así las cosas, para Cerna (2018) el contenido del bien jurídico –a fin de cumplir adecuadamente su funciones- debe inspirarse en principios democráticos, por consiguiente, los filtros constitucionales suministran el fundamento necesario que legitima esta teoría. Por su parte Rojas (2019) critica la legitimidad de los delitos de peligro abstracto basándose en la idea expansionista que genera la teoría del bien jurídico. En la misma línea Román (2020) afirma que no habría legitimidad de la intervención del derecho penal si no se constataría que la conducta es lesiva. De otro lado, Cochachin (2017) considera que el ámbito de protección del derecho penal es la norma. En sentido parecido, Alpaca (2019) considera que lo primordial es proteger la norma ya que con este proceder se estaría protegiendo indirectamente los bienes jurídicos. Para concluir, Bages (2017) cree que la legitimación de delitos de peligro abstracto tiene que ver con la expansión del derecho penal y que si se quiere otorgar legitimidad a estos delitos se tiene que ser respetuoso con los principios de lesividad y proporcionalidad.

Respecto al **análisis documental** las teorías desarrolladas confirmaron y respaldaron los objetivos. En efecto, cada apartado desarrollado sustenta de forma suficiente los puntos de partida alternativos, así como las críticas a posturas tradicionales. En consecuencia, se concibe la pena como el instrumento idóneo para confirmar la norma y mantener el Estado de libertades y se fundamenta acertadamente las críticas realizadas a los puntos débiles de la teoría del bien jurídico tanto desde su función dogmática como político criminal.

En cuanto a las **entrevistas** realizadas, hay que precisar que estas también respaldaron, en su mayoría, los objetivos formulados. Así, por ejemplo, los expertos Feijoo, Calisaya y Calsin consideran que no se cumplen las funciones del bien jurídico. El primero, v.gr. sostiene que esta teoría colabora en una interpretación restrictiva pero que lo fundamental no radica en determinar lo valioso para la norma sino lo que ésta desvalora, en palabras suyas “no es lo que protege, sino cómo protege y castiga” (Feijoo, 2021).

Si bien en algunas interrogantes, las respuestas no son las esperadas, de una interpretación integral, esto es, tomando en cuenta todas las respuestas, se aprecia que los puntos de partida y sugerencias de este trabajo de investigación son respaldados. Así, por ejemplo, lo referente al entendimiento sobre que la pena confirma la norma y que lo verdaderamente importante es la lesión de la juridicidad, es sostenido por la mayoría de entrevistados. En el mismo sentido, cuando se habla sobre las deficiencias del bien jurídico y su necesidad de complemento a través de filtros constitucionales, los expertos respaldan -con diversos matices de argumentación- este punto.

En razón de todo lo anteriormente vertido, conforme a los hallazgos obtenidos y a la contratación de la información, **se demostró y confirmó el supuesto general**, el mismo que versa de la siguiente manera: los aportes de los profesores alemanes G. Jakobs y M. Pawlik sí influyen de forma adecuada en la interpretación y aplicación correcta del art. IV del T.P.C.P. Asimismo, **se demostró y confirmó los supuestos específicos**, en efecto, el énfasis en la juridicidad y en la competencia¹⁸, así como el empleo de Principios Constitucionales para legitimar

¹⁸ Antes que en la lesión fáctica del bien.

prohibiciones penales; permite fundamentar el abandono del Bien Jurídico como categoría directriz tanto de lege data como de *lege ferenda*.

V. CONCLUSIONES

Conforme a los objetivos planteados en este trabajo de investigación, a la confrontación de la información recabada de las diversas fuentes utilizadas y a la demostración de los supuestos, se concluye que:

PRIMERO: Las propuestas funcionalistas de Jakobs y Pawlik ofrecen premisas idóneas, adecuadas y correctas a fin de mantener el cumplimiento de las funciones del concepto material de delito incardinado en el art IV del T.P.C.P Peruano; en este entender, para controlar la labor del legislador se opta por utilizar Principios Constitucionales (necesidad, idoneidad, proporcionalidad, neutralidad estatal, ponderación, etc.) en lugar de la Teoría del Bien Jurídico, ya que esta última genera más problemas que soluciones. De otro lado, para interpretar los dispositivos penales nos enfocarnos en la lesión de la juridicidad y en la lesión de la competencia y no en la lesión fáctica del objeto externo supra positivo, porque el delito no se configura tomando como punto de partida la lesión de un Bien.

SEGUNDO: Apartarse de fundamentaciones ontológicas –respecto a la configuración de las instituciones jurídico-penales- en fundamental porque lo que verdaderamente le interesa al Derecho Penal es el segmento concreto de la acción y la competencia que tenía en ese momento el autor. En otras palabras, la responsabilidad penal no puede fundarse en la constatación externa de la lesión o puesta en peligro de un bien sino en criterios como el rol y el concepto de persona, bases sobre las que se edifican, un sistema de competencias y un sistema comunicativo.

TERCERO: Uno de los principales problemas es que el concepto de Bien Jurídico dista mucho de encontrarse¹⁹; por tanto, con esta vaguedad conceptual no se puede limitar ámbitos de actuación correctamente, es decir, a nivel político criminal, la teoría del Bien Jurídico es responsable de muchos problemas actuales del derecho penal, V.gr. la adinistrativizacion y el expansionismo penal, o, en palabras del maestro Cancio, el “maximalismo penal”.

¹⁹ El auténtico Proteo en palabras de Welzel.

VI. RECOMENDACIONES

PRIMERO: Se recomienda a los jueces penales de todas las instancias a nivel nacional, que realicen una interpretación de los delitos atendiendo a la juridicidad y la competencia del autor (en primer lugar), a fin de delimitar los ámbitos de responsabilidad penal correctamente, y, en segundo lugar, atender al valor protegido que subyace a la norma. Esto a raíz de los efectos perniciosos que genera utilizar la teoría del Bien Jurídico como sustrato material.

SEGUNDO: Se recomienda –a los fiscales de todos los niveles a nivel nacional - que se desliguen de ataduras ontológicas propias del finalismo cuando proceden a realizar su trabajo; toda vez que, lo esencial no es verificar la afección del objeto material del delito sino determinar si el presunto autor era o no competente por el hecho y si ha actuado extralimitándose en su esfera de organización permitida.

TERCERO: Se sugiere -a los operadores jurídico-penales a nivel nacional- que dejen de lado concepciones socio empíricas del Bien Jurídico propias de otro tiempo (V. Liszt) a la hora de interpretar el art IV del T.P.C.P. El Derecho Penal actual tutela necesidades que se presentan en este tiempo, en este sentido, la norma recoge esas necesidades y las convierte en algo que debe respetarse, en consecuencia, lo importante es la lesión de la juridicidad.

REFERENCIAS

- Alcacer, R. (2004). ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material de delito. (1.ª ed.). Editora Jurídica Grijley.
- Alpaca, J.A. (2019). Injusto penal y teoría de las normas. Consideraciones nomológicas sobre el delito y la pena. Tesis de Doctorado. Universidad de León. <https://buleria.unileon.es/handle/10612/12181>.
- Bages, J. (2017). La tentativa en los delitos de peligro abstracto. Tesis de Doctorado. Universidad de Barcelona. <https://www.tesisenred.net/handle/10803/663023>.
- Böse, M. (2016). Derechos fundamentales y derecho penal como derecho coactivo. (1.ª ed.). Marcial Pons.
- Cancio, M. (2011). Lesividad social del delito y estado actual de la política criminal. Tomado de Introducción al derecho penal en Lascurain Sánchez et al. (coord.). (1.ª ed.). Thomson-Reuters-Civitas.
- Cochachin, Y.A. (2017). Subsistencia de la aplicación de la teoría del funcionalismo sistémico, para explicar el fin de la pena y el ámbito de protección del derecho penal peruano. Tesis de Maestría. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo. <http://repositorio.unasam.edu.pe/handle/UNASAM/2648>.
- Cerna, C. A. (2018). El bien jurídico penal vida en una sociedad democrática y liberal. Tesis de licenciatura. Universidad Nacional de Cajamarca. <https://repositorio.unc.edu.pe/handle/UNC/2788>.
- Díaz, C. (2018). Investigación cualitativa y análisis de contenido temático. Orientación intelectual de revista Universum. Revista general de información y documentación, 28(1), 119-142. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6680164>.
- Feijoo, B.J. (2006). Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs. Anuario de derecho penal y ciencias penales, 59(1), 111-134. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2582622>.

- Feijoo, B.J. (2015). El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico. Tomado de Dogmática Penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal, Tomo II. (2.ª ed.). Gaceta Jurídica.
- Frisch, W. (2020). Teoría de la pena, concepto de delito y sistema del hecho punible en transformación. Revista de estudios de la justicia, (32), 1-34. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7581211>.
- García, P.R. (2019). Derecho Penal Parte General. (3.ª ed.). Ideas Solución Editorial.
- Hassemer, W. (2016). ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? (1.ª ed.). Marcial Pons.
- Hernández, R. et al. (2014). Metodología de la investigación. (6.ª ed.). <http://observatorio.epacartagena.gov.co/wpcontent/uploads/2017/08/metodologia-de-la-investigacion-sexta-edicion.compressed.pdf>
- Jiménez, L (2002) Introducción al Derecho Penal (1.ª ed) Editorial Jurídica Universitaria.
- Jakobs, G. (1996). Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional. (1.ª ed.). Civitas.
- Jakobs, G. (1997). Derecho Penal Parte General Fundamentos y teoría de la imputación. (2.ª ed.). Marcial Pons.
- Jakobs, G. (2002). Moderna Dogmática penal. Estudios Compilados. (1.ª ed.). Editorial Porrúa.
- Jakobs, G. (2003). ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? Tomado de El funcionalismo en Derecho Penal, Tomo I. (1.ª ed.). Universidad Externado de Colombia. pp 39-56.
- Jakobs, G. (2015). El lado comunicativo y el lado silencioso del Derecho Penal. (1.ª ed.). Editores del Centro.
- Lagodny, O. (2016). El derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. (1.ª ed.). Marcial Pons.

- Mir, S. (2018). Introducción a las bases del derecho penal. (2.ª ed.). Editorial BdeF.
- Monsalve, H.D. (2019). La evaluación de la incidencia y correspondencia del Bien Jurídico protegido en la determinación de la Pena Privativa de la libertad. Tesis de Maestría. Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo. <https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/7432>.
- Meini, I.F. (2014). Lecciones de derecho penal-parte general. Teoría jurídica del delito. (1.ª ed.). Fondo Editorial de la PUCP.
- Montealegre, E.L. (2003). Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. Tomado de El funcionalismo en Derecho Penal, Tomo I. (1.ª ed.). Universidad Externado de Colombia. pp 21-36.
- Pawlik, M. (2010). La libertad Institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal. (1.ª ed.) Marcial Pons.
- Pawlik, M. (2016a) Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades. (1.ª ed.). Atelier.
- Pawlik, M. (2016b). El delito, ¿lesión de un bien jurídico? Indret: Revista para el Análisis del Derecho, (2), 1-15 <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5513409>.
- Pawlik, M. (2019). Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal. (1.ª ed.). Atelier.
- Pérez, E. J. (2015). Las revoluciones científicas del derecho penal: evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal. Tomado de Teoría del delito. Problemas Fundamentales. (1.ª ed.). Instituto Pacifico.
- Rojas, D. (2019). La Legitimidad de los Delitos de Peligro Abstracto en el Ordenamiento Jurídico Penal Peruano. Tesis de Licenciatura. Universidad Nacional de Trujillo. <https://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/14833>.
- Román, K. (2020). Hacia un tipo de delito medioambiental qué proteger, cuándo y cómo. Una mirada hacia Chile. Tesis de Doctorado. Universidad de Barcelona. <http://diposit.ub.edu/dspace/handle/2445/174022>.

- Silva, J. M. (2012). Aproximación al derecho penal contemporáneo. (2.ª ed.). Editorial BdeF.
- Seher, G. (2016). La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. (1.ª ed.). Marcial Pons.
- Sternberg-Lieben, D. (2016). Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. (1.ª ed.). Marcial Pons.
- Silva, J. M. et al. (2016). Estudio introductorio. Tomado de Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades. (1.ª ed.). Atelier.
- Soto, M. (2013). Método de la investigación Jurídica. Derecho y Cambio social. http://www.academia.edu/6310180/Metodologia_de_la_investigacion_juridica.
- Terradillos, J. M. (2014). Prologo. Tomado de Lecciones de derecho penal-parte general. Teoría jurídica del delito. (1.ª ed.). Fondo Editorial de la PUCP.
- Roxin, C. (1997). Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito. (2.ª ed.). Thomson-Reuters-Civitas.

ANEXOS

ANEXO N° 1

MATRIZ DE CATEGORIZACIÓN

REINTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO IV DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PENAL A LA LUZ DE PROPUESTAS FUNCIONALISTAS DE JAKOBS Y PAWLK

PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	SUPUESTO GENERAL	CATEGORIAS	METODOLOGIA
<p>¿Cómo inciden los criterios funcionalistas de Jakobs y Pawlik a una adecuada interpretación del art IV del T.P.C.P.?</p>	<p>Proponer criterios alternativos al referente de la lesividad social del concepto material de delito en el C.P. de 1991 desde postulados funcionalistas.</p>	<p>Los aportes de los profesores alemanes G. Jakobs y M. Pawlik tienen un punto de partida distinto al de la doctrina mayoritaria es por ello que la configuración de las instituciones jurídico penales cambia sustancialmente; ergo, estos postulados influyen de forma adecuada en la interpretación y aplicación del art IV del T.P.C.P.</p>	<p>1.- Concepto material de delito</p>	<p>Enfoque cualitativo.</p>
<p>PROBLEMAS ESPECIFICOS</p> <p>1.- ¿Cuáles son las razones dogmáticas que fundamentan la sustitución del bien jurídico como categoría directriz del artículo IV del T.P.C.P.?</p> <p>2.- ¿Cuáles son las razones político criminales que fundamentan la sustitución del bien jurídico como categoría directriz del artículo IV del T.P.C.P.?</p>	<p>OBJETIVOS ESPECIFICOS</p> <p>1.- Determinar las razones dogmáticas que permiten sustituir el bien jurídico como categoría directriz.</p> <p>2.- Determinar las razones político criminales que permiten sustituir el bien jurídico como categoría directriz.</p>	<p>SUPUESTOS ESPECIFICOS</p> <p>1.- El énfasis en la juridicidad y en la competencia son las razones dogmáticas que sustentan las propuestas alternativas al bien jurídico.</p> <p>2.- El baremo de las normas constitucionales como filtros de legitimación y la parcialidad del bien jurídico son las razones político criminales que fundan el abandono del bien jurídico.</p>	<p>SUB CATEGORIAS</p> <p>1.1. Función político criminal</p> <p>1.2. Función dogmática</p> <p>2.- Funcionalismo normativista de Jakobs y Pawlik.</p> <p>SUB CATEGORIAS</p> <p>2.1. Vigencia de la norma</p> <p>2.2. Lesión de la competencia</p>	<p>DISEÑO DE LA INVESTIGACION</p> <p>Teoría fundamentada</p> <p>TIPO DE INVESTIGACION</p> <p>Básica.</p> <p>ESCENARIO DE LA INVESTIGACION</p> <p>Derecho penal.</p> <p>PARTICIPANTES</p> <p>Operadores jurídicos.</p> <p>TECNICAS E INSTRUMENTOS</p> <p>Análisis documental Ficha de análisis documental Entrevista guía de entrevista</p>

ANEXO N° 2

INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS

GUÍA DE ENTREVISTA

REINTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO IV DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PENAL A LA LUZ DE PROPUESTAS FUNCIONALISTAS DE JAKOBS Y PAWLIK

GUÍA DE ENTREVISTAS PARA ABOGADOS ESPECIALISTAS EN DERECHO PENAL

Objetivo Principal: Proponer criterios alternativos al referente de la lesividad social del concepto material de delito en el C.P. de 1991 desde postulados funcionalistas.

- 1.- ¿Considera Ud. que la teoría del bien jurídico cumple las funciones de lege ferenda y de lege data que le asigna la doctrina mayoritaria?
- 2.- ¿Cree Ud. que la pena y la norma penal previenen la comisión de delitos?
- 3.- ¿Considera Ud. que el derecho penal protege bienes jurídicos? ¿Y si es así explique cómo?

Objetivo específico N° 1: Determinar las razones dogmáticas que permiten sustituir el bien jurídico como categoría directriz.

- 1.- ¿Cree Ud. que el concepto de bien jurídico es determinante para una correcta interpretación del art IV del Código Penal? ¿Y si es así qué concepto de bien jurídico debe asumirse?
- 2.- ¿Cree Ud. que los tipos penales deben interpretarse teleológicamente en razón del interés valioso lesionado o puesto en peligro?
- 3.- ¿Considera Ud. que las categorías importadas -lesión de la juridicidad y lesión de la competencia- desde trabajos de profesores alemanes repercuten en forma positiva en la interpretación del artículo IV del Título Preliminar del Código Penal?

Objetivo específico N° 2: Determinar las razones político criminales que permiten sustituir el bien jurídico como categoría directriz.

1.- ¿Cree Ud. que la teoría del bien jurídico solo hace referencia al qué proteger y desatiende el cómo protegerlo?

2.- ¿Cree Ud. que los filtros constitucionales serían suficientes para legitimar la intervención penal?

3.- ¿Considera Ud. que el dogmático debe o no debe entrometerse en la configuración de las expectativas normativas?

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

NOMBRES Y APELLIDOS DEL EXPERTO

DNI: **teléf.**

FECHA: 10/09/2021

FICHA DE ENTREVISTA N° 1

REINTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO IV DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PENAL A LA LUZ DE PROPUESTAS FUNCIONALISTAS DE JAKOBS Y PAWLIK

GUÍA DE ENTREVISTAS PARA ABOGADOS ESPECIALISTAS EN DERECHO PENAL

Objetivo Principal: Proponer criterios alternativos al referente de la lesividad social del concepto material de delito en el C.P. de 1991 desde postulados funcionalistas de Jakobs y Pawlik.

1.- ¿Considera Ud. que la teoría del bien jurídico cumple eficazmente las funciones de lege ferenda y de lege data que le asigna la doctrina mayoritaria?

No. De lege data es cierto que la determinación del bien jurídico como valor protegido por una norma concreta puede tener un valor hermenéutico y colaborar a una interpretación teleológico-restrictiva. Sin embargo, lo cierto que lo importante en Derecho Penal no es tanto lo que la norma considera valioso, sino lo que desvalora. No es lo que protege, sino cómo protege y castiga. Si de una forma sistemática se vinculan la teoría del delito y de la pena a la teoría del bien jurídico, ello resulta distorsionador ya que, por ejemplo, tanto, pena como medida de seguridad cumplirían esta función.

Como teoría político-criminal se ha sobrevalorado y se le han asignado méritos que no son suyos. Por ejemplo, un sector de la doctrina le da gran importancia al papel de la teoría del bien jurídico para la despenalización de ciertas conductas relativas a la moral y en materia sexual. Pero el mismo fenómeno se produjo en otros países donde no se reconoce esta teoría (por ejemplo, en el ámbito anglosajón). Ello demuestra que se está asignando como mérito de la teoría lo que obedece a un cambio radical de valores sociales en los años sesenta y setenta que nada tienen que ver con la teoría del bien jurídico.

Es más, en mi opinión la teoría del bien jurídico tiene perniciosos efectos político-criminales con una gran fuerza expansiva de la responsabilidad penal. En este sentido, por ejemplo, la idea de protección de bienes jurídicos lleva de forma natural a un adelantamiento de las barreras de intervención del Derecho Penal.

En definitiva, muchos problemas dogmáticos y político-criminales tienen su origen en la enfatización de la teoría del bien jurídico y de la seguridad de bienes como función esencial de la pena.

Todo lo que se ha dicho dejando de lado que no existe acuerdo doctrinal sobre a qué nos referimos cuando hablamos de bienes jurídicos. Nadie sabe qué es exactamente un bien jurídico y a cualquier figura delictiva se le puede encontrar uno.

2.- ¿Cree Ud. que la pena y la norma penal previenen la comisión de delitos?

Sí, pero no de forma directa como cree un sector importante de la doctrina, sino de forma indirecta. Tanto la pena en la ley como las penas concretas en sentencia carecen de efectos relevantes en conductas individuales en un momento determinado. La pena en la ley expresa un desvalor (se merece más pena un homicidio doloso que un hurto) y la pena en la sentencia mantiene la vigencia real de la norma con una pena proporcional al hecho culpable. Ello permite una dinámica general de respeto al Derecho y de cumplimiento, que es lo que tiene mayores efectos preventivos.

3.- ¿Considera Ud. que el derecho penal protege bienes jurídicos? ¿Y si es así explique cómo?

Desde el punto de vista de la pena garantizando la seguridad normativa. Los bienes jurídicos están mejor protegidos en una sociedad donde la realidad coincide con lo prescrito por el Derecho (uno puede olvidarse el móvil en su coche y no pasa nada, uno puede salir a pasear por la noche, etc.). Valores como la vida o la salud están mejor protegidos en Oslo que en Caracas.

Además de ello, con sanciones penales orientadas a la prevención especial como las medidas de seguridad se protegen bienes jurídicos frente a un riesgo específico (por ejemplo, mediante el encierro de un loco homicida peligroso en un establecimiento psiquiátrico).

Por tanto, la pena protege bienes jurídicos de forma indirecta (estabilizando normas) y sanciones orientadas a la prevención especial como medidas de seguridad de forma directa. No me meto aquí en el concepto de Derecho Penal, es decir, si va referido sólo a las penas o también a otras consecuencias jurídicas del delito.

Objetivo específico N° 1: Determinar las razones dogmáticas que permiten sustituir el bien jurídico como categoría directriz.

1.- ¿Cree Ud. que el concepto de bien jurídico es determinante para una correcta interpretación del art IV del Código Penal? ¿Y si es así qué concepto de bien jurídico debe asumirse?

No lo sé. Creo que el art. 4 lo único que hace es establecer un principio hermenéutico general para el juez exigiéndole que para imponer una pena tiene que determinar la lesividad en el caso concreto. No bastaría, por ejemplo, con que la conducta sea peligrosa en general si en el caso en concreto es inocua. Más allá de ello no ofrece pista alguna sobre qué se debe entender por bien jurídico. Tampoco por lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. ¿Cómo se lesiona o pone en peligro el orden económico? Tampoco sirve para afirmar en general que la función esencial de la pena es proteger o asegurar bienes jurídicos.

2.- ¿Cree Ud. que los tipos penales deben interpretarse teleológicamente en razón del interés valioso lesionado o puesto en peligro?

Sí, esa es la denominada función dogmática del bien jurídico. Pero se puede mantener una interpretación teleológica -incluso restrictiva- sin hablar de bienes jurídicos y refiriéndose simplemente a la finalidad de la norma.

Una interpretación teleológica de la norma es defendible con independencia de que se mantenga que la función esencial del Derecho Penal es la protección (subsidiaria) de bienes o la estabilización (subsidiaria) de normas. Si la pena estabiliza normas, es evidente, que dichas normas tienen una finalidad concreta (que es distinta a la general del sistema).

En todo caso, aprovecho para denunciar que muchas veces se abusa de una interpretación teleológica en detrimento de una interpretación sistemática, siendo ésta mucho más útil para delimitar el alcance de normas concretas.

3.- ¿Considera Ud. que las categorías importadas -lesión de la juridicidad y lesión de la competencia- desde trabajos de profesores alemanes repercuten en forma positiva en la interpretación del artículo IV del Título Preliminar del Código Penal?

Creo que son teorías generales que no tienen por qué repercutir. En el sentido que interpreto el art. IV ni lo apoyan ni lo desacreditan. Lo que es cierto es que estas categorías permiten la utilización de criterios normativos para delimitar la responsabilidad que resulta imposible si sólo valoramos las conductas por su idoneidad para lesionar bienes. Es decir, el principio de lesividad plasmado en el

art. IV busca ofrecer un criterio restrictivo general a los jueces, pero ello no es incompatible con limitaciones a conseguir mediante otras categorías como las mencionadas. En todo caso esas categorías son tan importadas como la teoría del bien jurídico, ya que todas provienen de la doctrina alemana.

Esto se ve muy bien la omisión. De acuerdo con el art. IV el juez debería comprobar que el omitente podía evitar la lesión o evitar o mitigar el riesgo. Pero ello no sería suficiente para afirmar la existencia de un homicidio en comisión por omisión. El sujeto tendría, de acuerdo al Derecho, que ser competente de esa situación, es decir, detentar una posición de garantía. Si no es así, por muy fácil que le fuera evitar la lesión no se le puede imputar la misma.

Objetivo específico N° 2: Determinar las razones político criminales que permiten sustituir el bien jurídico como categoría directriz.

1.- ¿Cree Ud. que la teoría del bien jurídico solo se enfoca en el qué proteger, pero desatiende el cómo proteger el objeto de protección?

Sí. De hecho creo que soy de los autores en lengua española que han puesto más énfasis en esta cuestión.

2.- ¿Cree Ud. que los filtros constitucionales serían suficientes para legitimar la intervención penal?

No. Los filtros constitucionales sólo indican lo que no es compatible con la Constitución, pero en determinados casos algo puede no ser inconstitucional (sobre todo si partimos de que el Tribunal Constitucional debe ser respetuoso y permisivo con una labor legitimada democráticamente), pero no merecer el nombre de Derecho Penal. La Constitución no nos va a resolver si en el delito de información privilegiada sólo deben responder los insiders o también los outsiders, si las personas jurídicas deben ser penalmente responsables o si el error evitable de prohibición siempre debe atenuar la responsabilidad.

Reducir la política criminal a los filtros constitucionales resulta muy pobre.

3.- ¿Considera Ud. que el dogmático debe o no debe entrometerse en la configuración de las expectativas normativas?

Creo que el teórico del Derecho Penal debe tener claro cuándo realiza una labor dogmática y tiene que interpretar el Derecho vigente (lo que podemos denominar la perspectiva del juez) y cuándo realiza una labor político-criminal de legitimación o crítica (lo que podemos denominar la perspectiva del legislador). Cuando trabaja

como dogmático tiene que asumir la norma como un dogma e interpretarla de acuerdo a cánones y criterios jurídicos.

Firmado por BERNARDO FEIJOO SANCHEZ el día 14/09/2021 con un certificado emitido por AC FNMT Usuarios

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

Bernardo Feijoo Sánchez

NOMBRES Y APELLIDOS DEL EXPERTO

DNI: 36068675Y

teléf. 34626162581

FECHA: 08/09/2021

FICHA DE ENTREVISTA N° 2

REINTERPRETACION DEL ARTICULO IV DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO PENAL A LA LUZ DE PROPUESTAS FUNCIONALISTAS DE JAKOBS Y PAWLIK

GUIA DE ENTREVISTAS PARA ABOGADOS ESPECIALISTAS EN DERECHO PENAL

Objetivo Principal: Proponer criterios alternativos al referente de la lesividad social del concepto material de delito en el C.P. de 1991 desde postulados funcionalistas de Jakobs y Pawlik.

1.- ¿Considera Ud. que la teoría del bien jurídico cumple eficazmente las funciones de lege ferenda y de lege data que le asigna la doctrina mayoritaria?

De lege lata –esto es, como criterio de interpretación de los tipos– suele ser una ayuda importante a la hora de aproximarse a configuraciones de hecho nuevas. De lege ferenda, la verdad es que la teoría del bien jurídico no es más que un vehículo a través del cual se pone en marcha el principio de lesividad. Depende de la exactitud con la que el intérprete observe la realidad social y advierta la existencia de un daño social (de un bien jurídico). Como ha señalado mi maestro, el profesor Jakobs, sin embargo, la idea de bien jurídico puede comprenderse –esto lo decía ya Welzel en 1939– como la idea de seguridad de los bienes, y entonces, encierra un paradigma expansivo que no tiene en cuenta que los bienes jurídicos sólo existen en función social.

O sea, que ni es una panacea –ninguna teoría de la lesividad puede serlo– ni deja de ser –eso hay que reconocerlo– un paradigma que obliga en el análisis crítico de la legislación encontrar argumentaciones que justifiquen el recurso al sistema penal. Todo eso, claro está, en una aproximación crítica a la legislación penal y al maximalismo penal que impera en la política criminal actual.

2.- ¿Cree Ud. que la pena y la norma penal previenen la comisión de delitos?

En alguna medida, seguro que es así. La cuestión es que nadie puede medir ese efecto. Lo que previene delitos es más bien la existencia de una sociedad integrada de la cual son expresión la existencia de determinadas normas de conducta y de sanciones frente a su infracción. Dicho de otro modo: como ya decía Beccaria, es más la certeza del funcionamiento del sistema penal que la existencia de la norma



y de la pena. Y, por encima de esto, sólo un sistema social justo realmente reduce el delito a la mínima expresión que en toda sociedad, incluso la mejor, ha de existir.

3.- ¿Considera Ud. que el derecho penal protege bienes jurídicos? ¿Y si es así explique cómo?

Sólo de un modo indirecto: lo que importa es el respeto generalizado a la norma, como he expuesto en la pregunta anterior.

Objetivo específico N° 1: Determinar las razones dogmáticas que permiten sustituir el bien jurídico como categoría directriz.

1.- ¿Cree Ud. que el concepto de bien jurídico es determinante para una correcta interpretación del art IV del Código Penal? ¿Y si es así qué concepto de bien jurídico debe asumirse?

Creo que el concepto de bien jurídico (cualquier teoría crítica de la lesividad) no es más que un vehículo. Y, en todo caso, debe plantearse sobre todo frente al legislador. El alcance del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos debe ser limitado para el juzgador: es el legislador el que fija delitos y penas en nuestro sistema, y no puede ser corregido más que marginalmente en el plano de la interpretación. En este sentido, prima la legalidad.

2.- ¿Cree Ud. que los tipos penales deben interpretarse teleológicamente en razón del interés valioso lesionado o puesto en peligro?

Sí; desde luego. Para comprender qué es lo que quiere sancionar la norma, es necesario comprender cuál es el daño social frente al que reacciona.

3.- ¿Considera Ud. que las categorías importadas -lesión de la juridicidad y lesión de la competencia- desde trabajos de profesores alemanes repercuten en forma positiva en la interpretación del artículo IV del Título Preliminar del Código Penal?

No creo que podamos hablar de "categorías importadas". Todos los ordenamientos de Occidente compartimos los puntos de partida de la restricción del poder penal del Estado, porque todos somos hijos de la Revolución Francesa y del sistema político establecido por ella. En consecuencia, sólo hemos de examinar si los conceptos son útiles, sin preguntar de dónde surgieron. El sistema universitario alemán ha producido –en esta y otras disciplinas- grandes aportaciones por su calidad; pero el sistema constitucional –especialmente, en los países de principio de legalidad, como el Perú, España o Alemania– es el mismo, y es perfectamente posible peruanizar las teorías desarrolladas por los profesores alemanes.

Objetivo específico N° 2: Determinar las razones político criminales que permiten sustituir el bien jurídico como categoría directriz.

1.- ¿Cree Ud. que la teoría del del bien jurídico solo se enfoca en el qué proteger, pero desatiende el cómo proteger el objeto de protección?

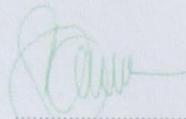
Sí, esto está claro. Sólo con la idea de bien jurídico no se dan las razones aún para explicar por qué a través del Derecho penal. Por ello, el principio de lesividad necesita de un análisis histórico-social y de una limitación a través de la proporcionalidad.

2.- ¿Cree Ud. que los filtros constitucionales serían suficientes para legitimar la intervención penal?

Los principios constitucionales son sólo el punto de partida, son subcomplejos para el análisis concreto de tipos concretos.

3.- ¿Considera Ud. que el dogmático debe o no debe entrometerse en la configuración de las expectativas normativas?

El dogmático, cuando actúa como tal, debe intentar comprender cuáles son las expectativas normativas en una sociedad en un determinado momento histórico, y comprobar si el legislador las ha incluido en la Ley penal. No debe confundir su opinión con la realidad social. Ahora bien, cuando uno interpreta esa realidad social, es inevitable que el punto de vista del intérprete influya en la comprensión de las expectativas, y, con ello, de las normas penales.



DR. MANUEL CANCIO MELIÁ

Catedrático de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

MANUEL CANCIO MELIÁ

NOMBRES Y APELLIDOS DEL EXPERTO

DNI: **teléf. 34 914978116**

FECHA: 10/09/2021

FICHA DE ENTREVISTA N° 3

REINTERPRETACION DEL ARTICULO IV DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO PENAL A LA LUZ DE PROPUESTAS FUNCIONALISTAS DE JAKOBS Y PAWLIK

GUIA DE ENTREVISTAS PARA ABOGADOS ESPECIALISTAS EN DERECHO PENAL

Objetivo Principal: Proponer criterios alternativos al referente de la lesividad social del concepto material de delito en el C.P. de 1991 desde postulados funcionalistas de Jakobs y Pawlik.

1.- ¿Considera Ud. que la teoría del bien jurídico cumple eficazmente las funciones de lege ferenda y de lege data que le asigna la doctrina mayoritaria?

La pregunta puede ser respondida de 2 formas. En el plano normativo, es claro que el bien jurídico sí cumple las funciones que se le asignan, en cambio ya en un plano empírico dichos valores son modificados, alterados, adecuados a los intereses sociales y no siempre en beneficio de la colectividad. Por ejemplo, la extensión de márgenes de punibilidad cuando ya no hay objetos de protección penales, por intereses políticos del legislador.

2.- ¿Cree Ud. que la pena y la norma penal previenen la comisión de delitos?

Sin duda tienen un margen disuasivo, pero no completamente.

3.- ¿Considera Ud. que el derecho penal protege bienes jurídicos? ¿Y si es así explique cómo?

El derecho penal, previa a la comisión del delito protege bienes jurídicos, luego de la comisión del delito lo que hace es restituir el margen de confiabilidad en las expectativas normativas.



Objetivo específico N° 1: Determinar las razones dogmáticas que permiten sustituir el bien jurídico como categoría directriz.

1.- ¿Cree Ud. que el concepto de bien jurídico es determinante para una correcta interpretación del art IV del Código Penal? ¿Y si es así qué concepto de bien jurídico debe asumirse?

El problema es que buscar cierto "concepto de bien jurídico" ha sido un trabajo al que la dogmática penal le ha dedicado muchísimo tiempo y no ha llegado a un consenso. El concepto material de bien jurídico ha sido una de las preocupaciones más importantes de la dogmática penal, de antaño.

2.- ¿Cree Ud. que los tipos penales deben interpretarse teleológicamente en razón del interés valioso lesionado o puesto en peligro?

Ambas interpretaciones son legítimas, pero en el segundo caso, puesta en peligro debe resguardarse que el interés tutelado no sea un interés disipado, difuso, nebuloso.

3.- ¿Considera Ud. que las categorías importadas -lesión de la juridicidad y lesión de la competencia- desde trabajos de profesores alemanes repercuten en forma positiva en la interpretación del artículo IV del Título Preliminar del Código Penal?

Tanto el profesor Jakobs como el profesor Pawlik, obviamente creen y desarrollan el concepto de bien jurídico, y claro, sus planteamiento sirven para una mejor comprensión del concepto.

Objetivo específico N° 2: Determinar las razones político criminales que permiten sustituir el bien jurídico como categoría directriz.

1.- ¿Cree Ud. que la teoría del del bien jurídico solo se enfoca en el qué proteger, pero desatiende el cómo proteger el objeto de protección?

El bien jurídico tiene varias funciones, una de ellas es responder a la pregunta ¿Qué protege el tipo penal? Otras funciones son por ejemplo, la de clasificación, de tal manera que dada la ubicación de cierto delito en el código penal le da cierta afinidad sobre lo que podría proteger, por ejemplo el delito de maltrato animal en el artículo 205 del Código penal, podría sugerir que se trata de un delito contra el patrimonio, dado que se encuentra junto al delito de daños. Y finalmente, tiene una función de legitimación, pues permite una crítica al objeto de protección a través de la cual uno

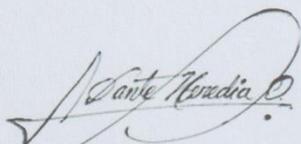
concluye si lo que se está protegiendo es correcto dados los valores de la Constitución.

2.- ¿Cree Ud. que los filtros constitucionales serían suficientes para legitimar la intervención penal?

En la medida que los filtros sean válidos, y en especial el principio de lesividad, sí sería suficiente.

3.- ¿Considera Ud. que el dogmático debe o no debe entrometerse en la configuración de las expectativas normativas?

El dogmático únicamente interpreta las expectativas sociales que se encuentran ya en la sociedad. El dogmático interpreta lo que ya se encuentra en el plano del ser, como el pintor que únicamente refleja desde su visión el paisaje que finalmente plasma en el cuadro, la vista del horizonte existe con independencia de su pintura.



Abg. Dante Heredia Obregón
Gerente general de "Heredia & Asociados"
Abogados y consultores.

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

Dante D. Heredia Obregón

NOMBRES Y APELLIDOS DEL EXPERTO

DNI: **teléf.**

FECHA: 10/09/2021

FICHA DE ENTREVISTA N° 4

REINTERPRETACION DEL ARTICULO IV DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO PENAL A LA LUZ DE PROPUESTAS FUNCIONALISTAS DE JAKOBS Y PAWLIK

GUIA DE ENTREVISTAS PARA ABOGADOS ESPECIALISTAS EN DERECHO PENAL

Objetivo Principal: Proponer criterios alternativos al referente de la lesividad social del concepto material de delito en el C.P. de 1991 desde postulados funcionalistas de Jakobs y Pawlik.

1.- ¿Considera Ud. que la teoría del bien jurídico cumple eficazmente las funciones de lege ferenda y de lege data que le asigna la doctrina mayoritaria?

Desde nuestra perspectiva la Teoría del Bien Jurídico no cumple las funciones de Lege Ferenda ya que ningún legislador, ni Juez ha propuesto una futura reforma de la ley en lo referente al bien jurídico protegido; por otro lado, respecto a lege data que es la legislación vigente esta se encuentra regulada en el art IV del T.P. del Código Penal.

2.- ¿Cree Ud. que la pena y la norma penal previenen la comisión de delitos?

Creemos que no previenen, sino que solo mitigan. La verdadera prevención está en políticas estatales orientadas a facilitar la creación de empleos, mejorar las condiciones básicas de vida de los mas necesitados. Etc.

3.- ¿Considera Ud. que el derecho penal protege bienes jurídicos? ¿Y si es así explique cómo?

El derecho penal cuando interviene ya es demasiado tarde, en este sentido, no protege bienes jurídicos porque cuando el resultado aparece los bienes ya han sido lesionados.

Objetivo específico N° 1: Determinar las razones dogmáticas que permiten sustituir el bien jurídico como categoría directriz.

1.- ¿Cree Ud. que el concepto de bien jurídico es determinante para una correcta interpretación del art IV del Código Penal? ¿Y si es así qué concepto de bien jurídico debe asumirse?

Creemos que el Bien Jurídico está estrechamente ligado al Principio de Lesividad y que, debido a esto, según nuestro ordenamiento nacional debe interpretarse el citado principio conforme a esta teoría, pero esto no significa que solo mediante el Bien Jurídico se pueda legitimar el derecho penal y esto lo ha demostrado Gunther Jakobs con su sugerente sistema.

2.- ¿Cree Ud. que los tipos penales deben interpretarse teleológicamente en razón del interés valioso lesionado o puesto en peligro?

La interpretación teleológica busca desentrañar la finalidad de la norma, por tanto, teniendo en cuenta el daño producido por la conducta del autor es que esta recobra importancia para el derecho penal.

3.- ¿Considera Ud. que las categorías importadas -lesión de la juridicidad y lesión de la competencia- desde trabajos de profesores alemanes repercuten en forma positiva en la interpretación del artículo IV del Título Preliminar del Código Penal?

Todas son importaciones, principalmente de Alemania, pero no todas han sido recepcionadas de forma positiva debido a que la doctrina mayoritaria no les da su respaldo. Ahora bien, sobre los autores que se me pregunta, creo que pueden ser perfectamente asumidas ya que resultan ser coherentes con el sistema que pregonan.

Objetivo específico N° 2: Determinar las razones político criminales que permiten sustituir el bien jurídico como categoría directriz.

1.- ¿Cree Ud. que la teoría del del bien jurídico solo se enfoca en el qué proteger, pero desatiende el cómo proteger el objeto de protección?

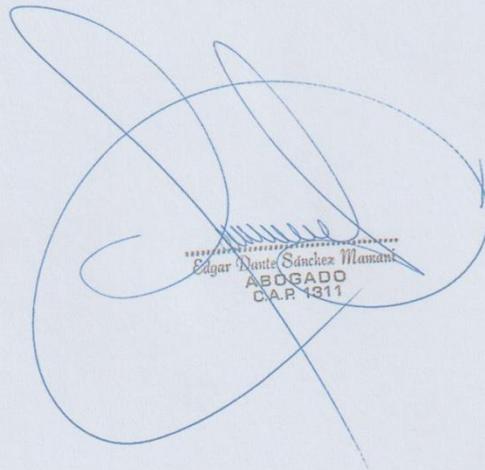
Sí, solo se enfoca en el interés valioso, pero no dice nada sobre el cómo proteger dicho interés ni hasta donde ni con qué y si se le vincula con la pena aún no se sabe por qué con esta.

2.- ¿Cree Ud. que los filtros constitucionales serían suficientes para legitimar la intervención penal?

Estos filtros si son suficientes y debería reformarse el Código Penal vigente de forma atinada tomando como punto de partida los Principios Constitucionales.

3.- ¿Considera Ud. que el dogmático debe o no debe entrometerse en la configuración de las expectativas normativas?

Consideramos que el dogmático no se encarga de configurar las expectativas porque esa no es una labor que le compete, sin embargo, esto no quiere decir que pueda ser critico desde su tribuna.



Edgar Nante Sánchez Mamani
ABOGADO
D.A.P. 1311

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

NOMBRES Y APELLIDOS DEL EXPERTO

DNI: 02172300 teléf.

FECHA: 10/09/2021

FICHA DE ENTREVISTA N° 5

REINTERPRETACION DEL ARTICULO IV DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO PENAL A LA LUZ DE PROPUESTAS FUNCIONALISTAS DE JAKOBS Y PAWLIK

GUIA DE ENTREVISTAS PARA ABOGADOS ESPECIALISTAS EN DERECHO PENAL

Objetivo Principal: Proponer criterios alternativos al referente de la lesividad social del concepto material de delito en el C.P. de 1991 desde postulados funcionalistas de Jakobs y Pawlik.

1.- ¿Considera Ud. que la teoría del bien jurídico cumple eficazmente las funciones de lege ferenda y de lege data que le asigna la doctrina mayoritaria?

No se puede usar solamente un concepto formal de bien jurídico para cumplir con las funciones que se le asignaron, sino que este concepto debe nutrirse y complementarse con Principios Constitucionales y solo de esta forma se cumplirá eficazmente y se limitará correctamente la responsabilidad penal.

2.- ¿Cree Ud. que la pena y la norma penal previenen la comisión de delitos?

No todo se resuelve con derecho penal. La pena y la norma penal no pueden prevenir porque actúan cuando el daño está hecho, entonces, para prevenir se requiere que se actúe antes del delito.

3.- ¿Considera Ud. que el derecho penal protege bienes jurídicos? ¿Y si es así explique cómo?

Lo que verdaderamente importa no son tanto los bienes jurídicos sino los valores que están contemplados en las normas penales. Los bienes jurídicos solo aparecen protegidos de forma indirecta.

Objetivo específico N° 1: Determinar las razones dogmáticas que permiten sustituir el bien jurídico como categoría directriz.

1.- ¿Cree Ud. que el concepto de bien jurídico es determinante para una correcta interpretación del art IV del Código Penal? ¿Y si es así qué concepto de bien jurídico debe asumirse?

Lo importante es enfocarnos primero en la competencia por el hecho del autor. Solo cuando se valore este punto podemos analizar si hubo o no afectación al bien tutelado.

2.- ¿Cree Ud. que los tipos penales deben interpretarse teleológicamente en razón del interés valioso lesionado o puesto en peligro?

Los operadores del derecho deben interpretar conforme al derecho vigente con el que cuentan, en este sentido, es correcto interpretar conforme al art 4 del Título Preliminar del Código Penal. Por otro lado, los jueces también pueden interpretar conforme a la finalidad de la norma, la competencia del autor y el significado de la acción concreta.

3.- ¿Considera Ud. que las categorías importadas -lesión de la juridicidad y lesión de la competencia- desde trabajos de profesores alemanes repercuten en forma positiva en la interpretación del artículo IV del Título Preliminar del Código Penal?

Todas las teorías son importadas y siempre obedecen a intereses políticos o económicos. Respecto a los autores que se me pregunta, creo que si son válidas y que pueden aportar bastante a la comprensión e interpretación del art 4 del T.P.C.P.

Objetivo específico N° 2: Determinar las razones político criminales que permiten sustituir el bien jurídico como categoría directriz.

1.- ¿Cree Ud. que la teoría del del bien jurídico solo se enfoca en el qué proteger, pero desatiende el cómo proteger el objeto de protección?

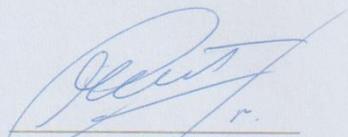
Si, porque no es suficiente con delimitar el interés que merece protección sino hay que definir cómo hacerlo.

2.- ¿Cree Ud. que los filtros constitucionales serían suficientes para legitimar la intervención penal?

El punto de inicio tiene que ser el respeto de la dignidad del ser humano y en la medida que se concreten estos filtros si pueden legitimar la pena.

3.- ¿Considera Ud. que el dogmático debe o no debe entrometerse en la configuración de las expectativas normativas?

El dogmático actúa como científico y no como político, debe dejarle realizar su trabajo, obviamente siempre respetando los Principios Constitucionales.



FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

NOMBRES Y APELLIDOS DEL EXPERTO

Néstor Calsin Quispe

DNI: 42715880 telef. 981160992

FECHA: 13/09/2021

FICHA DE ENTREVISTA N° 6

REINTERPRETACION DEL ARTICULO IV DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO PENAL A LA LUZ DE PROPUESTAS FUNCIONALISTAS DE JAKOBS Y PAWLIK

GUIA DE ENTREVISTAS PARA ABOGADOS ESPECIALISTAS EN DERECHO PENAL

Objetivo Principal: Proponer criterios alternativos al referente de la lesividad social del concepto material de delito en el C.P. de 1991 desde postulados funcionalistas de Jakobs y Pawlik.

1.- ¿Considera Ud. que la teoría del bien jurídico cumple eficazmente las funciones de lege ferenda y de lege data que le asigna la doctrina mayoritaria?

A mi parecer el Bien Jurídico no cumple las funciones que le asigna la doctrina mayoritaria porque el delito no se configura como lesión de bienes. Por otro lado, el derecho Constitucional mediante sus principios esta en la capacidad de legitimar la intervención penal siempre y cuando estos se concreten debidamente.

2.- ¿Cree Ud. que la pena y la norma penal previenen la comisión de delitos?

La norma penal no puede prevenir delitos porque no todas las personas conocen el Ordenamiento Jurídico, y tampoco la interpretan como lo hace la jurisprudencia.

3.- ¿Considera Ud. que el derecho penal protege bienes jurídicos? ¿Y si es así explique cómo?

El derecho penal debe proteger las normas porque solo así se pueden proteger las finalidades que estas persiguen.



Objetivo específico N° 1: Determinar las razones dogmáticas que permiten sustituir el bien jurídico como categoría directriz.

1.- ¿Cree Ud. que el concepto de bien jurídico es determinante para una correcta interpretación del art IV del Código Penal? ¿Y si es así qué concepto de bien jurídico debe asumirse?

No existe consenso respecto al concepto de Bien Jurídico y es por ello que no puede seguir usándose un criterio como así de indeterminado.

2.- ¿Cree Ud. que los tipos penales deben interpretarse teleológicamente en razón del interés valioso lesionado o puesto en peligro?

En el ámbito anglosajón se usa el Principio del Daño el cual tiene en cuenta el daño social que genera la conducta prohibida, en este sentido, el Bien Jurídico entendido como interés esencial tutelado no es imprescindible para interpretar la norma sino se puede realizar una interpretación legítima solo atendiendo al fin de la norma.

3.- ¿Considera Ud. que las categorías importadas -lesión de la juridicidad y lesión de la competencia- desde trabajos de profesores alemanes repercuten en forma positiva en la interpretación del artículo IV del Título Preliminar del Código Penal?

Estas posturas son las más indicadas para sustituir el referente del concepto material de delito debido a su coherencia y solidez

Objetivo específico N° 2: Determinar las razones político criminales que permiten sustituir el bien jurídico como categoría directriz.

1.- ¿Cree Ud. que la teoría del del bien jurídico solo se enfoca en el qué proteger, pero desatiende el cómo proteger el objeto de protección?

Lo importante es tomar en cuenta el castigo, es decir, lo que se desvalora antes que el interés a proteger.

2.- ¿Cree Ud. que los filtros constitucionales serían suficientes para legitimar la intervención penal?

Estos filtros son útiles para legitimar la intervención penal porque lo indicado es que el sistema del Derecho en general debe ser compatible con el Ordenamiento Constitucional, ahora, cuando se prohíbe una conducta a través del Derecho Penal, lo que se hace es ratificar que deben primar los Derechos Fundamentales de la Constitución.

3.- ¿Considera Ud. que el dogmático debe o no debe entrometerse en la configuración de las expectativas normativas?

El legislador debe encargarse de configurar las expectativas y el dogmático debe limitarse a controlar y señalar las fricciones que pueda generar dicha labor.



CAP 5432

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE
RAGIL G. CALIZAYA FLORES

NOMBRES Y APELLIDOS DEL EXPERTO

DNI: teléf.

FECHA: 08/09/2021

GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

FICHA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL N° 1

TÍTULO: Reinterpretación del artículo IV del Título Preliminar del Código penal a la luz de propuestas funcionalistas de Jakobs y Pawlik.
AUTOR: Alexis Lino Incacutipa Villanueva
OBJETIVO GENERAL: Proponer criterios alternativos al referente de la lesividad social del concepto material de delito en el C.P. de 1991 desde postulados funcionalistas.
FECHA: 15/08/2021
FUENTE DOCUMENTAL:
CONTENIDO DE L FUENTE DOCUMENTAL:
ANALISIS DEL CONTENIDO DE LA FUENTE DOCUMENTAL:
CONCLUSION:

FICHA DE ANALISIS DOCUMENTAL N° 2

TÍTULO: Reinterpretación del artículo IV del Título Preliminar del Código penal a la luz de propuestas funcionalistas de Jakobs y Pawlik.

AUTOR: Alexis Lino Incacutipa Villanueva

OBJETIVO ESPECÍFICO N° 1: Determinar las razones dogmáticas que permiten sustituir el bien jurídico como categoría directriz.

FECHA: 15/08/2021

FUENTE DOCUMENTAL:

CONTENIDO DE L FUENTE DOCUMENTAL:

ANALISIS DEL CONTENIDO DE LA FUENTE DOCUMENTAL:

CONCLUSION:

FICHA DE ANALISIS DOCUMENTAL N° 3

TÍTULO: Reinterpretación del artículo IV del Título Preliminar del Código penal a la luz de propuestas funcionalistas de Jakobs y Pawlik.

AUTOR: Alexis Lino Incacutipa Villanueva

OBJETIVO ESPECÍFICO N° 2: Determinar las razones político criminales que permiten sustituir el bien jurídico como categoría directriz.

FECHA: 15/08/2021

FUENTE DOCUMENTAL:

CONTENIDO DE L FUENTE DOCUMENTAL:

ANALISIS DEL CONTENIDO DE LA FUENTE DOCUMENTAL:

CONCLUSION:

ANEXO N° 3

Validación de los instrumentos de recolección

VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

- a. Apellidos y Nombres: Mgtr. LA TORRE GUERRERO ANGEL FERNANDO
- b. Cargo e institución donde labora: DOCENTE DE LA UCV
- c. Nombre del instrumento motivo de evaluación: Guía de entrevista
- d. Autor(A) de Instrumento: Alexis Lino Incacutipa Villanueva

II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN

CRITERIOS	INDICADORES	INACEPTABLE						MINIMAMENTE ACEPTABLE			ACEPTABLE			
		40	45	50	55	60	65	70	75	80	85	90	95	100
1. CLARIDAD	Esta formulado con lenguaje comprensible.												X	
2. OBJETIVIDAD	Esta adecuado a las leyes y principios científicos.												X	
3. ACTUALIDAD	Este adecuado a los objetivos y las necesidades reales de la investigación.												X	
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.												X	
5. SUFICIENCIA	Toma en cuenta los aspectos metodológicos esenciales												X	
6. INTENCIONALIDAD	Esta adecuado para valorar las categorías.												X	
7. CONSISTENCIA	Se respalda en fundamentos técnicos y/o científicos.												X	
8. COHERENCIA	Existe coherencia entre los problemas, objetivos, supuestos jurídicos												X	
9. METODOLOGÍA	La estrategia responde una metodología y diseño aplicados para lograr verificar los supuestos.												X	
10. PERTINENCIA	El instrumento muestra la relación entre los componentes de la investigación y su adecuación al Método Científico.												X	

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD

- El Instrumento cumple con los requisitos para su aplicación
- El Instrumento no cumple con los requisitos para su aplicación

SI

95%



IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE
DNI: 09961844 TELF: 980758944