



# **UNIVERSIDAD NACIONAL SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**

---

## **ESCUELA DE POSTGRADO**

### **LA EXCUSA ABSOLUTORIA Y SU EVALUACIÓN DISCRECIONAL DEL MAGISTRADO EN LA COMISIÓN DE LOS DELITOS DEL ARTICULO 208 DEL CODIGO PENAL**

Tesis para optar el grado de Maestro  
en Derecho  
Mención en Ciencias Penales

**DANIEL ALVARO DIESTRA VIVAR**

Asesor: **Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO**

Huaraz - Perú

2018

## MIEMBROS DEL JURADO

*Magister* Elmer Robles Blácido

Presidente

---

*Magister* Ricardo Sánchez Espinoza

Secretario

---

*Doctor* Luis Wilfredo Robles Trejo

Vocal

---

**ASESOR**

*Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo*

## **AGRADECIMIENTO**

- A Dios: Por todas las bendiciones recibidas; también por los errores porque de ellos aprendo.
- A la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo por las enseñanzas recibidas en sus aulas.
- A mis padres: Nicanor y Nélide, por la formación recibida en casa.

A Roxana: Por los años compartidos.

Por los momentos felices.

A mis hijos: Roxana, Deborah, Daniela y

Alvaro. La razón de mi vida.

# ÍNDICE

## Página

Resumen .....	ix
Abstract .....	x
I. INTRODUCCIÓN.....	1
Objetivos .....	1
Hipótesis .....	3
Variables.....	4
II. MARCO TEÓRICO .....	5
2.1. Antecedentes .....	5 - 11
2.2. Bases teóricas.....	11
2.2.1. La excusa absolutoria.....	11
2.2.1.1. Conceptualización.....	11
2.2.1.2. Definición jurídica .....	12
2.2.1.3. Fundamentación jurídica.....	12 - 13
2.2.1.4. Características .....	13 - 15
2.2.1.5. La Excusa Absolutoria en el Código Penal Peruano ..	15 - 21
2.2.2. Discrecionalidad del juez .....	21
2.2.2.1. El juez .....	21 - 22
2.2.2.2. Decisiones del juez .....	22
2.2.2.3. Concepciones sobre las descripciones del juez.....	22 - 24
2.2.2.4. La discrecionalidad .....	24

2.2.2.5. La facultad discrecional .....	25
2.2.2.6. Fuentes del poder discrecional.....	26
2.2.2.7. Tipos de discrecionalidad .....	27
2.2.2.8. El control de la discrecionalidad.....	28
2.2.3. Los delitos .....	29
2.2.3.1. Conceptualización .....	29 - 31
2.2.3.2. Características del delito .....	31
2.2.3.3. Teoría del delito .....	32 - 33
2.2.3.4. Finalidad y función de la teoría del delito .....	33 - 34
2.2.3.5. Elementos del delito.....	34 - 41
2.2.3.6. Delitos comprendidos en las Excusas Absolutorias del Art. 208 en el Código Penal .....	41 - 42
2.2.3.7. Las penas en el Código Penal .....	42 - 44
2.3. Definición de términos.....	45 - 49
III. METODOLOGÍA .....	50
3.1. Tipo y diseño de investigación.....	50 - 57
3.2. Plan de recolección de la Información.....	57
3.3. Instrumentos de recolección de la información .....	58
3.4. Plan de procesamiento y análisis de la información .....	59 - 61
IV. RESULTADOS .....	62
4.1. Sobre la excusa absoluta.....	62
4.1.1. Definiciones .....	62
4.1.2. La excusa absoluta en el contexto internacional .....	62

4.1.3. La excusa absolutoria en el contexto peruano .....	64 - 69
4.2. Caso emblemático en el Distrito Judicial de Ancash.....	69 - 71
4.3. Propuesta de Modificatoria del Art. 208 del Código Penal .....	71 - 79
V. DISCUSIÓN .....	80
5.1. Discusión de Resultados .....	80 - 86
5.2. Validación de Hipótesis .....	80 - 86
VI. CONCLUSIONES .....	87 - 89
VII. RECOMENDACIONES .....	90 - 91
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	92 - 98
ANEXOS .....	99 - 102



## RESUMEN

El objetivo general fue determinar la propuesta de modificatoria del Art. 208 del Código Penal Peruano. Por cuanto, los delitos de hurto, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen: los parientes más cercanos; no son reprimibles. Para lo cual se realizó una investigación de tipo dogmático-jurídico, consistente en el análisis de la norma referida; aplicándose la metodología hermenéutica, el argumentativa, dogmática y exegética. Las técnicas empleadas: análisis documental y la bibliografía, como sus instrumentos: análisis de contenido y las fichas. Las variables fueron: “La excusa absolutoria” y “Evaluación discrecional”. Así las causas personales de exclusión de punibilidad entre los parientes son genéricas y no considera algunas condiciones excepcionales o circunstancias agravantes que hacen inaplicable esta norma legal y que permite que al autor de uno o más de estos ilícitos penales, no se le aplique una pena. La investigación logró validar la hipótesis en base a la teoría de la argumentación jurídica. Los delitos señalados en el articulado citado y por la naturaleza de su comisión e implicancias en el contexto familiar y social, no solo deteriora la relación consanguínea y afín, sino la afectación tiene una incidencia directa en la relación familiar. Concluyéndose que debe de otorgarse facultades discrecionales tanto a los Fiscales como a los Jueces para viabilizar todas las condiciones procesales que permitan la aplicación de una sanción punitiva legal.

**PALABRAS CLAVES:** Derecho penal, excusa absolutoria, evaluación, Discrecional, Juez.

## **ABSTRACT**

The general objective was to determine the proposal to amend Art. 208 of the Peruvian Penal Code. Regardless, the crimes of theft, appropriation, fraud or damages that are caused: the closest relatives; They are not repressible. For which a dogmatic-legal investigation was carried out, consisting of the analysis of the referred norm; applying the hermeneutic, argumentative, dogmatic and exegetical methodology. The techniques used: documentary analysis and the bibliography, as its instruments: content analysis and the cards. The variables were: "The absolutory excuse" and "Discretionary evaluation". Thus, the personal causes of exclusion of punishability between relatives are generic and do not consider some exceptional conditions or aggravating circumstances that make this legal rule inapplicable and that allows the author of one or more of these criminal offenses, not to be punished. The research managed to validate the hypothesis based on the theory of legal argumentation. The offenses indicated in the aforementioned article and the nature of their commission and implications in the family and social context, not only deteriorate the consanguineous and related relationship, but the affectation has a direct impact on the family relationship. It is concluded that discretionary powers must be granted to both prosecutors and judges to make all procedural conditions that allow the application of a punitive legal sanction viable.

**KEYWORDS:** Criminal law, acquittal, evaluation, Discretionary, Judge.

## I. INTRODUCCIÓN

La investigación titulada “La excusa absolutoria y su evaluación discrecional del Magistrado en la comisión de los delitos del artículo 208 del Código Penal” surge como la manifestación de un problema que tiene incidencia jurídica a nivel internacional, nacional, regional y local tal como se desprende de las referencias bibliográficas consultadas.

La investigación relacionada a las excusas absolutorias establecidas en el Artículo 208, tiene una incidencia real en nuestra sociedad por la forma como se encuentra redactado, indicándose que algunos delitos no son reprimibles, es decir que están exentos de pena, los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta; consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no haya pasado a poder del tercero; y, los hermanos y cuñados si viviesen juntos; si cometen los delitos de hurto, apropiaciones, defraudaciones o daños que causen, sin perjuicio de la reparación civil.

Este trabajo tiene como **objetivo general** determinar los fundamentos jurídicos que se debe tener en cuenta para proponer la modificatoria del Art. 208 del Código Penal Peruano referente a la exclusión de punibilidad basado en la evaluación discrecional del Juez, y como **objetivos específicos**: Explicar la teoría del derecho que viabiliza la evaluación discrecional y permite sustentar la propuesta de modificatoria del Art. 208, analizar los fundamentos doctrinarios que sustentan la evaluación discrecional del juez para la modificatoria del Art. 208, describir los fundamentos jurisprudenciales que, permitan plantear la propuesta de la

modificatoria del Art. 208 del Código Penal peruano y analizar el caso típico en el Distrito Judicial de Ancash que ilustre sobre la posibilidad de imposición de pena en los presupuestos de excusa absolutoria previsto en el Artículo 208 del Código Penal Peruano.

Estudio que por su finalidad, correspondió a una investigación básica o teórica que estuvo orientado al conocimiento y comprensión del fenómeno jurídico. De modo específico es una investigación Dogmática – Normativa, que posibilita ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema referente a la excusa absolutoria y la evaluación discrecional del magistrado en la aplicación de pena por comisión de los delitos establecidos en el art. 208 del C.P. Por su nivel estuvo enmarcado como una investigación no experimental, siendo de diseño transeccional por haberse recolectado información en un solo momento. Los métodos empleados fueron el dogmático, hermenéutico, argumentativo, y exegético. Siendo el análisis documental y la bibliografía las técnicas empleadas, siendo sus instrumentos el análisis documental y las fichas: textual, de comentario, de resumen y críticas.

El contenido del presente estudio es el siguiente:

En el I capítulo: Se expone lo correspondiente a la introducción del trabajo, donde se efectúa una exposición de la problemática partiendo del análisis del artículo 208 del Código Penal Peruano.

En el Capítulo II: se presenta el marco teórico, partiendo de los antecedentes, considerando las bases teóricas sobre la excusa absolutoria,

analizando el Artículo 208 dentro del Código Penal Peruano, luego lo referente a la discrecionalidad del juez, así como una breve referencia sobre los delitos que se encuentran dentro del marco legal de excusas absolutorias, complementándose con la presentación del caso emblemático ventilado en el Distrito Judicial de Ancash que sirvió de motivación para el desarrollo de esta investigación.

El Capítulo III: relacionado a la Metodología considera: El tipo y diseño de la investigación, diseño del estudio que incluye el diseño general y el diseño específico, los métodos de investigación, estrategias de recolección de información, el contexto, y la unidad de análisis de datos.

El Capítulo IV: Tiene que ver con los resultados referentes a la información específica de la excusa absolutoria exponiéndose brevemente a nivel del Derecho Comparado con sus implicancias dentro del Artículo 208 en el Código Penal Peruano.

El Capítulo V: Relacionado con la discusión de resultados que se expone en función a los antecedentes citados en la tesis a nivel internacional, nacional y en relación al caso emblemático ventilado en el Distrito Judicial de Ancash.

La **Hipótesis** es la posibilidad de modificatoria del artículo 208 del Código Penal Peruano, teniendo en consideración El reconocimiento que la causa de impunidad personal que hace a un acto típicamente antijurídico imputable a su autor y culpable, no se le asocie pena alguna por razones de Política criminal y de utilidad pública. Al existir una denuncia penal por agraviado y el fiscal formule una

acusación, esta debe ser evaluada discrecionalmente por el magistrado penal, tomando como referencia un hecho antijurídico, así como las condiciones objetivas y subjetivas en que se han cometido estos hechos.

La **variable independiente**, está compuesta por los fundamentos jurídicos, doctrinarios y jurisprudenciales; y, la **independiente** por la modificatoria del Art 208 del Código Penal Peruano.

Complementariamente a ello, se hacen conocer las conclusiones más importantes de la investigación, en función al objetivo general y objetivos específicos del estudio; como también las recomendaciones, las referencias bibliográficas como los anexos respectivos.

## II. MARCO TEÓRICO

### 2.1. Antecedentes

Iniciando la exposición del sustento teórico de la investigación efectuada, se parte de los estudios considerados como antecedentes que según FEDUPEL, “Los antecedentes de la investigación como parte del marco teórico se refieren a la revisión de trabajos previos sobre el tema en estudio, realizados en instituciones de educación superior”<sup>1</sup>. Por ello con la intención de una mejor presentación de los mismos se parte de los estudios internacionales, nacionales y locales.

En la tesis de maestría de Iñigo Olza Sanz titulada “La Excusa Absolutoria del Artículo 268 del Código Penal Español”. De la Universidad Pública de Pamplona-España, en el año 2014. De la hipótesis examinada, podemos deducir que existiría en España, un gran número de expedientes en los Juzgados que directamente se resuelven con un sobreseimiento provisional, el cual no es el cauce procesal adecuado; por cuanto, lo que correspondería, sería que fueran enjuiciados en los Juzgados Penales, como ya se ha mencionado anteriormente. Asimismo, hay que señalar que en el Perú existe un criterio uniforme por parte de los operadores jurídicos en la aplicación de estas excusas absolutorias, lo que hace que generalmente se apliquen, sin evaluar objetivamente las condiciones en las cuales los sujetos activos que gozan de la exclusión de punibilidad por causas personales sean

---

<sup>1</sup> FEDUPEL. Manual de trabajos de grado de especialización y maestría y tesis doctorales. Universidad Pedagógica Experimental Libertador. Caracas, 5ta. Edic. 2016

beneficiados penalmente, afectando patrimonialmente de esta manera el núcleo familiar; o, se haga de oficio por parte de los Tribunales.

En la investigación realizada por Martínez Morales Lén y Alfonso Martínez Mayelín titulada “Las excusas legales absolutorias en nuestro ordenamiento penal cubano”, correspondiente al año 2000. Se aborda en este trabajo de investigación, también algunos de los delitos en los que se exige un presupuesto que implica que antes de que el Tribunal inicie su actuación o posteriormente para que se realice el juicio oral se cumplan determinadas condiciones o requisitos exigidos por la Ley para que dicho órgano pueda ejercitar su función jurisdiccional.<sup>2</sup>

En la tesis de Pineda Arteaga, César Augusto. Denominada “Las Causas eximentes de responsabilidad criminal”; sustentada en la Universidad de San Carlos de Guatemala, correspondiente al año 2005, estudio de tipo descriptivo-explicativo de carácter bibliográfico. El investigador arriba a las siguientes conclusiones: Se comprobó que permanentemente todas las causas de inculpabilidad cambian en las doctrinas modernas. Además, las causas de justificación y sus diferencias con las causas de inculpabilidad. El cumplimiento de un deber jurídico, no es causa de inculpabilidad, como obediencia debida, sino una causa de justificación, toda vez que se trata de una conducta legalmente autorizada.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> MARTÍNEZ MORALES, Lien y ALFONSO MARTÍNEZ, Mayelín. Las excusas legales absolutorias en nuestro ordenamiento penal. 2000.

<sup>3</sup> PINEDA ARTEAGA, César Augusto. Las Causas eximentes de responsabilidad criminal”. Guatemala: Universidad de San Carlos, 2005.



En la investigación de Almodóvar Puig, Borja titulada “Juicio crítico a la existencia de ilícitos perseguibles a instancia de parte y alternativas de solución”, de la Universidad de San Carlos en el año 2005. Esta suerte de excepciones conforma un grupo verdaderamente heterogéneo y difícilmente clasificable, que irían desde las causas genéricas de exención de la pena del Art. 130 CP muerte del reo, indulto, perdón del ofendido, etc., a otras específicas igualmente variadas condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias, exenciones, inviolabilidades e inmunidades frente a la jurisdicción pena. Se señala que junto a los requisitos de perseguibilidad privados, las leyes penales españolas contemplan otras tantas figuras que pueden evitar o condicionar la imposición de la correspondiente pena en función de las concretas circunstancias del caso <sup>4</sup>.

En la investigación realizada por Erazo Sarzosa, Carmen Alexandra titulada “El análisis jurídico de la excusa legal absoluta del aborto terapéutico”, de la Pontificia Universidad del Ecuador en el año 2014. Estudio de tipo descriptivo-analítico. La investigadora, concluye que se puede ver que existen interesantes teorías, doctrinas, leyes nacionales e internacionales que aportan conceptos para la interrupción del embarazo por causas terapéuticas. Del mismo modo; en cuanto, a la excusa absoluta sobre el caso en estudio, se concluye que, en muchos países como El Salvador, no se encuentra estipulado en su Código Penal. <sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> ALMODÓVAR PUIG, Borja. Juicio crítico a la existencia de ilícitos perseguibles a instancia de parte y alternativas de solución. España: Universidad Complutense de Madrid, 2014.

<sup>5</sup> ERAZO SARZOSA, Carmen Alexandra. El análisis jurídico de la excusa legal absoluta del aborto terapéutico. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. 2014.

En el trabajo de tesis de Medina Colombani, José Gregorio titulada “El principio dispositivo y el poder discrecional del Juez Constitucional en Venezuela” de la Universidad de Monteávila, correspondiente al año 2011. Tipo de investigación documental. Hace alusión a la “justicia mercenaria”, como se ha aludido a los resultados que generan la aplicación absoluta del principio dispositivo, ha tenido que ceder espacio a la participación activa del juez como sujeto procesal, quien, no obstante la consagración del principio inquisitivo, todavía tiene “temor” en hacerlo.<sup>6</sup>

En la investigación de Morales Santos, Cándida Mercedes titulada “Análisis jurídico de las excusas absolutorias de la pena y su regularización en el Derecho Penal Guatemalteco”, de la Universidad de San Carlos de Guatemala, correspondiente al año 2013. Estudio de tipo documental, utilizando los métodos analítico-sintético, el inductivo-deductivo y el hipotético deductivo. Las excusas absolutorias, están consideradas en el Código Penal del citado país. La indemnización de daños y perjuicios provenientes de la comisión de un hecho delictivo, está contemplada en su código penal como responsabilidad civil y no como la reparación del delito. Esta última posibilidad puede constituir una pena alternativa e incluso principal en algunos delitos, no así en todos.<sup>7</sup>

En la investigación realizada por Sarceño González, Katty Mariflor titulada: “El delito de negación de asistencia económica y sus consecuencias jurídico procesales en

---

<sup>6</sup> MEDINA COLOMBANI, José Gregorio. El principio dispositivo y el poder discrecional del juez constitucional en Venezuela. Universidad Monteavila. 2011.

<sup>7</sup> MORALES SANTOS, Cándida Mercedes. Análisis jurídico de las excusas absolutorias de la pena y su regularización en el Derecho Penal Guatemalteco. Universidad de San Carlos. 2013.

el imputado”, de la Universidad San Carlos de Guatemala, correspondiente al año de 2011. La investigadora al analizar: señala que las excusas absolutorias, son ciertas circunstancias que se dan en la persona del autor de una acción típica, antijurídica y culpable, y determinan la exclusión de la pena; en aras de interés de la familia, base de la sociedad, para no agravar los conflictos de la comunidad, excluye la pena o renuncia a su imposición a pesar de haberse cometido un hecho injusto y culpable.<sup>8</sup>

En la tesis realizada por Burgos Silva, Carlos Alfonso titulada “Del Requerimiento Penal” de la Universidad del Salvador, correspondiente al año 1998. El investigador hace referencia que, en el Código Penal de San salvador, la excusa absolutoria tiene como fundamento, en cuanto a la Irreprochabilidad como ya se dijo; el móvil que determina al agente a actuar o el que la ley toma en cuenta porque el legislador estima salvaguardar algún interés con ello. En cambio, la inculpabilidad tiene como base que el legislador no debe ni puede exigirle otra conducta que la observada por el agente en virtud de la falta de dolo o culpa, o preterintencionalidad, esto; sin embargo fue así, en la época del clasicismo; en el positivismo, se fundamentan las excusas absolutorias en la mínima o nula peligrosidad del agente que realiza u omite el acto y al que la ley le suprime la penalidad, encontrando en ambas escuelas como común denominador, el móvil.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> SARCEÑO GONZÁLEZ, Katty Mariflor. El delito de negación de asistencia económica y sus consecuencias jurídico-procesales en el imputado. Universidad San Carlos de Guatemala, 2011.

<sup>9</sup> BURGOS SILVA, Carlos Alfonso . Del requerimiento penal. Universidad de El Salvador, 1998.

En la investigación realizada por Delgado de León, Francisco titulada “Estudio sobre el delito de evasión de presos desde la doctrina, el derecho positivo y la jurisprudencia en México” de la Universidad Autónoma de Nuevo León, correspondiente al año 2012. El objeto de la tesis se basa en la investigación del delito de evasión de presos para tratar de encontrar si los elementos del tipo pudieran aplicarse a los funcionarios encargados de algún establecimiento carcelario o alguna relación entre la conducta de dichos funcionarios con la conducta de los custodios encargados de vigilar a los presos, especialmente en cuanto al favorecimiento para que se dé el delito de evasión de algún preso. En función a la excusa condicionada y absoluta en el delito de fuga de presos, las sanciones no comprende a los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del prófugo, ni a sus parientes por afinidad hasta el segundo grado; pues, están exentos de toda sanción, excepto en el caso de que hayan proporcionado la fuga por medio de la violencia en las personas o fuerza en las cosas. (art.151).<sup>10</sup>

En el Perú, se encontró la investigación de Piscoya Ordóñez Giafranco y Rodríguez Marcel Jean Carlo, titulada “El uso indebido de tarjetas de débito o crédito entre familiares frente a la excusa absoluta del Artículo 208 del Código Penal Peruano en 2014”<sup>11</sup> El trabajo de investigación trata en primer lugar en lo referente al contrato de tarjeta de crédito, que en realidad es un contrato de adhesión,

---

<sup>10</sup> DELGADO de LEON, Francisco. Estudio sobre el delito de evasión de presos desde la doctrina, el derecho positivo y la jurisprudencia en México. Universidad Autónoma de Nuevo León, 2012.

<sup>11</sup> PISCOYA ORDÓÑEZ, Giafranco y RODRÍGUEZ MARCEL, Jean Carlo. El uso indebido de tarjetas de débito o crédito entre familiares frente a la excusa absoluta del Artículo 208 del Código Penal Peruano en 2014. Pimentel, Universidad Señor de Sipán 2014.

que la persona denominada usuario contrata con el emisor denominado banco. Posteriormente se trata lo referente al uso indebido de estas tarjetas de crédito; es decir, cuando es realizado por los familiares; que, al realizar ese uso indebido, la víctima no puede interponer una denuncia penal, y tan solo se puede recurrir a la vía civil.

## **2.2. Bases teóricas**

### **2.2.1. La excusa absolutoria**

#### **2.2.1.1. Conceptualización**

Tal como precisa Iñigo Olza, Sanz (2014), si acudimos al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, podremos observar las dos palabras que componen “excusa absolutoria”, tienen el siguiente significado: así por “excusa” encontraremos tres acepciones, a saber: Acción de excusar, motivo o pretexto que se invoca para eludir una obligación o disculpar una omisión y excepción (motivo jurídico que hace ineficaz la acción del imputado).<sup>12</sup>

Respecto al segundo elemento, “absolutoria” encontramos que como definición nos ofrece la siguiente descripción: “dicho de un fallo, de una sentencia, de una declaración, de una actitud, etc. que absuelven”. Por tanto, sumando ambos elementos podemos decir a primera vista que la excusa absolutoria es un hecho que impide que se produzca un efecto que se tiene por negativo.

---

<sup>12</sup> IÑIGO OLZA, Sanz. La excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal. España: Universidad Pública de Navarra, 2014.

### **2.2.1.2. Definición jurídica**

Según Jiménez de Asúa (1931), las define diciendo que, son “las causas de impunidad personal que hacen que, a un acto típicamente antijurídico, imputable a su autor y culpable, no se le asocie pena alguna por razones de utilidad pública”. Ahora bien, debemos señalar que “el fundamento doctrinario de las excusas absolutorias lo encontramos en la definición que de ellas nos da el citado autor: “causas de impunidad personal que hacen que, a un acto típicamente antijurídico, imputable a su autor y culpable, no se le asocie pena alguna por razones de utilidad pública”, es decir que son causas de impunidad utilitatis causa.<sup>13</sup>

### **2.2.1.3. Fundamentación jurídica**

Las excusas absolutorias establecen la exención del reproche penal en atención a circunstancias que no concurren en el momento de la realización del hecho, sino con posterioridad a la comisión del delito. Así pues, la regularización no afecta a la categoría del injusto ni a la culpabilidad dado que se produce, en su caso, tras la perfección de la infracción penal, actuando a modo de comportamiento post delictivo positivo. Por tanto, se van a relacionar con las causas de exclusión de la punibilidad (concepto anteriormente recalado y analizado en atención a los elementos del delito). En este sentido comprenden una categoría dogmática, ciertamente compleja y controvertida. Se trata, según la opinión doctrinal más generalizada, de circunstancias personales que, por estrictas razones de utilidad o

---

<sup>13</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Miguel. La teoría jurídica del delito. Madrid: Hermes,1931.

conveniencia, determinan la exclusión de la pena en un comportamiento antijurídico y culpable.

Respecto a su fundamento, las excusas absolutorias, se ubican fundamentalmente en consideraciones de política criminal. El Diccionario de la Lengua Española define, la política como “Arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los Estados”, y define a criminal como: “Pertenece o relativo al crimen o que de él toma origen”. Así pues, la política criminal formaría parte de la política en general siendo la definición resultante de la yuxtaposición de los dos términos: la doctrina u opinión del gobierno del Estado referente al crimen. Más debatido que el propio concepto o su fundamento, resulta, en la doctrina, la determinación de las previsiones legales constitutivas de auténticas excusas absolutorias. Por tanto, las cuestiones de política criminal van a decidir por razones, generalmente utilitarias o de conveniencia, cuándo un hecho que reúne todos los requisitos necesarios para considerarse como delito, se va a considerar conveniente no castigarlo.

Por su parte, Baquero (1985), apuntó que las excusas legales absolutorias, a diferencia de las condiciones objetivas de punibilidad de cuyo cumplimiento depende la perseguibilidad y punibilidad del delito, excluyen la sanción y guardan estrecha relación con los tipos delictivos que se refieren. Podemos decir que, las excusas consisten en excluir la sanción a los participantes en los delitos comprendidos en el beneficio pero no se extiende al delito ni a los demás

participantes en los que no concurran por lo que con respecto a estos, el delito va a producir los efectos legales correspondientes. Este se contrae al autor, no al delito.<sup>14</sup>

#### **2.2.1.4. Características**

Caracterizando la excusa absolutoria, hay diferentes doctrinarios que los caracterizan del modo siguiente:

Macedo (2009), señala que: “La punibilidad queda excluida y el delito impune en ciertos casos declarados por la ley.”<sup>15</sup>

Por su parte Mezzich (2009), menciona que:

- En toda Excusa Absolutoria existe una conducta típica, antijurídica y culpable, es decir, nos encontramos propiamente ante un delito, sea en grado de tentativa o de consumación, pero sin merecimiento de pena o sanción, debido a especiales circunstancias personales del autor.
- La no imposición de una pena, se debe a razones de política criminal y de utilidad pública, constituyendo "causas de impunidad utilitatis causa".
- - Las Excusas Absolutorias deben estar contempladas taxativamente en la ley penal, de ahí que se hable de un "perdón legal".

---

<sup>14</sup> BAQUERO VERNIER, Ulises. Derecho Penal General, Tomo I. Venezuela: Universidad de Oriente, 1985.

<sup>15</sup> MACEDO MIGUEL, John. La excusa absolutoria. Recuperado de <http://johnmacedomiguel.blogspot.pe/2009/06/la-excusa-absolutoria.html>, 2009.



- En el supuesto de que una persona se encuentre procesada penalmente por un delito que goza de una Excusa Absolutoria, procederá deducir una Excepción de Naturaleza de Acción, amparando la misma, no en el carácter atípico de la conducta, sino en el hecho de no ser justiciable penalmente.<sup>16</sup>

#### **2.2.1.5. La Excusa Absolutoria en el Código Penal Peruano**

##### **1) Descripción penal.**

“Artículo 208.- No son reprimibles, sin perjuicio de la reparación civil, los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen:

1. Los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta.
2. El consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de tercero.
3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos”.

Señala claramente la norma penal, aquellos casos, en los que por la calidad personal del agente en relación con la víctima, no pueden ser objeto de represión penal. Tema de gran debate a nivel doctrinario: asimismo, objeto de

---

<sup>16</sup> MEZZICH ALARCÓN, Juan Carlos. Las excusas absolutorias. Recuperado de <http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=contenido&com=contenido&id=1978>, 2009.

diversas consideraciones entre lo real y la finalidad del derecho penal. De esta manera queda claro, que tales requisitos o excusas, lo que hacen es impedir la punibilidad, no extinguir el delito, el delito sí existe, lo que no se puede hacer, en estos casos únicos, es el de sancionar al autor de conformidad con los alcances del artículo 208°.

## 2) **Delitos comprendidos**

Según el doctor Peña (1995), se han considerado los delitos de Hurto, Apropiaciones Ilícitas, Defraudación y Daños; entendiéndose como tales a las figuras o tipos básicos de los referidos delitos. Por otro lado, sostiene: “La exclusión de determinados delitos en las disposiciones generales obedece a la calidad del sujeto pasivo como a la gravedad del hecho. Así el robo simple, el agravado y el robo seguido de muerte”, además “La norma excluye implícitamente a los delitos de receptación, extorsión, chantaje, insolvencia fraudulenta y usurpación”.<sup>17</sup>

## 3) **Clases de excusas absolutorias**

Se podría hacer diversas clasificaciones, por ejemplo, atendiendo a sus efectos se podrían distinguir dos clases de excusas absolutorias: a) Las que hacen extinguir totalmente la pena, que serían las excusas absolutorias en sentido estricto, y; b) Las atenuantes, que únicamente y como su nombre indica atenuarían la pena. También podríamos clasificarlas atendiendo a su fundamento en razones: a) utilitarias

---

<sup>17</sup> PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Estudio Programático de la Parte General, Lima :Grijley, 1995.

b) de reparación del mal causado por el delito y, c) las que consideran los lazos familiares y sentimientos de afecto.

#### 4) **Sujetos activos que gozan del beneficio**

Como beneficiarios de tales excusas, denominadas también “causas personales de exclusión de punibilidad, previstas en el texto del artículo 208 del

Código Penal, son las siguientes:

- **Los cónyuges:** El Código Penal refiere solamente la calidad de cónyuge de la víctima. Por lo tanto, sería indiferente que la pareja se encuentre haciendo o no, vida en común, de igual manera en relación con el cumplimiento o no de lo estipulado como derechos y obligaciones en el Código Civil vigente. Tema aparte, constituyen los casos de los matrimonios religiosos, toda vez que haciendo una interpretación de la norma, la misma estaría haciendo referencia la situación de los “cónyuges” de conformidad con lo prescrito en el Código Civil, es decir el caso específico del matrimonio civil. En todo caso, la situación de los casados en virtud del matrimonio religioso estaría considerada bien en la referencia que se hace, dentro de estas excusas, a los “concubinos”.
- **Los concubinos:** Constituyen la situación de las uniones de hecho, realidad social que tiene reconocimiento jurídico en el país para los fines propios del ordenamiento familiar peruano. Así dice el artículo 326 del Código Civil “La unión de hecho, voluntariamente realizada y

mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años”.

De acuerdo a lo planteado por el Dr. Cornejo (1985), el concubinato es “La convivencia habitual, esto es continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad o fidelidad de la mujer y sin impedimento para transformarse en matrimonio”, de donde se infiere que no solamente hay relación sexual esporádica y libre de comercio carnal, sino también la convivencia violatoria de alguna insalvable disposición legal relativa a los impedimentos para contraer matrimonio, queda excluida del concepto estricto de Concubinato”. Por lo tanto, de acuerdo a esta posición doctrinal, el caso de las uniones de hecho, por ejemplo entre dos personas que aún mantienen, vínculo matrimonial vigente con sus parejas anteriores, quedaría excluido de esta excusa absolutoria, en todo caso constituye un tema de discusión, formal y doctrinaria sobre el punto.<sup>18</sup>

▪ **Ascendientes y descendientes:** Se entiende por ascendientes a los parientes en línea recta ascendente; es decir, padres, abuelos, bisabuelos, y demás progenitores. Mientras que, los descendientes vienen a ser los parientes consanguíneos en línea recta descendente, es decir, los hijos,

---

<sup>18</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor (1985) Derecho Familiar. Lima, Studium.

los nietos, bisnietos, etc. los mismos que provienen de un tronco común.

Señala Rojas (2000), “El contexto de los ascendientes, descendientes no tiene una línea de demarcación temporal, dependiendo de la onticidad de la relación; es decir, de la presencia de vida en los extremos parentales; incluyéndose aquí los hijos adoptivos, no siendo comunicable tal circunstancia a los padres biológicos de vivir éstos”. En este punto, es importante señalar que el Código, tampoco hace referencia a la situación real de los mismos, es decir, si se trata de hijos dentro o fuera del matrimonio, siendo el caso particular del adoptado una situación de debate doctrinal.

▪ **Afines en Línea recta:** Esta afinidad, nace del parentesco producto del matrimonio, así tenemos a los suegros, yernos y nueras. Dicho vínculo nace del artículo 237° del Código Civil.

Como bien explica Rojas (2000), “Los afines en línea recta, alude a los nexos de parentesco político surgidos entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro (art. 237 del C.C.) comprendiendo también el principio lógico de igualdad de razón a los surgidos de las uniones de hecho (suegros, yerno, nuera, hijastro, hijastra, cuñados, en estos últimos con la salvedad hecha en el numeral 3, del artículo 208”. Asimismo, tampoco “es requisito que todos los

nombrados en este primer orden vivan juntos, o lo hagan de forma continua o intermitentemente, pudiendo incluso de hecho estar separados los cónyuges pero conservando el vínculo matrimonial, en todos estos casos la excusa absolutoria será invocable”.<sup>19</sup>

▪ **El consorte viudo, respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge:** Mientras no hayan pasado a poder de otros. “La muerte de un cónyuge, disuelve el vínculo familiar. En tal situación, los bienes familiares sufren un estado transitorio de confusión, pues materialmente es imposible determinar con precisión los bienes que pertenecen al cónyuge supérstite o al fallecido. En este sentido la ley exime de pena al cónyuge sobreviviente que dispone de los bienes de su difunto, mientras no hayan pasado al poder de otros. Por “otros” debemos entender aquellas personas sin vinculación familiar en los grados establecidos; de existir esta relación, el autor estaría exento de responsabilidad penal por esta razón. En consecuencia, “otro” será un tercero, extraño, sin vínculo parental, que sufra el perjuicio patrimonial. Explicando, Peña (1995), indica que “Esto significa que estrictamente en esta parte, el requisito parental entre los sujetos, no sea exigible y que su inclusión se explica, en razón al vínculo que existió entre el cónyuge supérstite y el desaparecido, y en el deseo de preservar el vínculo familiar primero”.<sup>(17)</sup>

---

<sup>19</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra el Patrimonio en la jurisprudencia .Lima: Jurídica Grijley, 2000.

▪ **Los hermanos, cuñados si viviesen juntos:** Esta última referencia o consideración sobre la excusa absolutoria, tiene en cuenta a los hermanos bilaterales como unilaterales, incluyendo a los cuñados. Cabe notar la exigencia de la cohabitación de tales personas en estos casos, así dice el inciso respectivo: “siempre que viviesen juntos”. A decir, de Rojas (2000), “Como es notorio, existen aquí algunas restricciones a la relación parental” (...). Los delitos señalados “entre los hermanos y los cuñados para no ser punibles deberán estar complementados además por el dato de cercanía física, por el hecho de residir en el mismo espacio habitacional, residencia o casa; donde la frase “vivir juntos” se referencia en un morar o habitar con el sujeto pasivo del delito”.<sup>(19)</sup>

## **2.2.2. Discrecionalidad del Juez:**

### **2.2.2.1. El Juez**

Según Guibourg (2001), el oficio de juez ha sido reiteradamente calificado como augusto o sagrado, por varios motivos: a) porque consiste en juzgar a sus semejantes, función que a veces se ha considerado poco menos que divina; b) porque su juicio tiene mucho de subjetivo y, por lo tanto, de impredecible como el de un oráculo; c) porque, en esas condiciones, la garantía judicial depende de las virtudes de quienes la toman a su cargo.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> GUIBOURG Ricardo Alberto. La función judicial. Argentina: universidad de Buenos Aires, 2001.

Zapata (2012), señala que cuando se habla de la discrecionalidad del juez nos referimos a la libertad que tiene a la hora de dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el Derecho. Por tanto, cuando afirmamos que tal discrecionalidad existe en algún grado, queremos decir que el propio Derecho le deja al juez márgenes para que éste elija entre distintas soluciones o entre diferentes alcances de una solución del caso, ya que este no tiene soluciones predeterminadas por el sistema jurídico, sino que, en medida mayor o menor, le deja espacios para escoja entre alternativas diversas, pero compatibles todas ellas con el sistema jurídico.<sup>21</sup>

#### **2.2.2.2. Decisiones del Juez**

López (2013), plantea que “Cuando pensamos en decisiones judiciales, inmediatamente lo asociamos a la función del juez en la solución de conflictos, pero nos preguntamos”, ¿Cómo deciden?, ¿En que se basan?, ¿Los jueces pueden crear derecho o solo aplican la ley?, ¿Cuándo no tienen leyes a donde apelan los jueces para resolver?, estas son algunas de las preguntas que permiten entender las decisiones de los magistrados cuando no existe una alternativa directa y determinante en la ley, especialmente para resolver discrecionalmente en los casos difíciles.<sup>(1)</sup>

#### **2.2.2.3. Concepciones sobre la decisión del Juez**

Para ubicarnos en un contexto más adecuado sobre el tema que se

---

<sup>21</sup> ZAPATA LARRAÍN, Patricio. Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado. Chile: Jurídica de Chile, 2012.



problematiza, a continuación menciono algunas concepciones sobre la decisión judicial en casos difíciles, basadas en la clasificación que realiza Genaro R.

Carrió en su obra “Dworkin y el Positivismo Jurídico”:<sup>22</sup>

1. La teoría positivista o formalista, sostiene que un sistema jurídico es un sistema lógicamente cerrado, en el cual se pueden deducir decisiones a partir de reglas jurídicas predeterminadas. Para esta teoría en consecuencia no hay casos difíciles. Las respuestas a todos los casos se encuentran en la normatividad legislativa, todo se puede resolver mediante normas.

2. La concepción escéptica o realista, para la cual no hay reglas, por lo que las decisiones son producto de preferencias personales e incluso de los prejuicios de los jueces. Los realistas rechazan toda existencia de respuestas correctas en las decisiones judiciales, los jueces deciden a su libre arbitrio.

3. La tesis de la discrecionalidad de Hart, según la cual los jueces, frente a casos difíciles, aplican y resuelven de acuerdo a su discreción, creando nuevos derechos. Esta postura viene a poner en crisis la teoría positivista clásica o formalista ingenua, en donde se pensaba que los jueces solo resolvían en base a silogismos jurídicos obtenidos de las simples normas, y provoca un cambio de paradigma sobre

---

<sup>22</sup> CARRIÓ SUSTAITA, Genaro. Dworkin y el Positivismo Jurídico. Buenos Aires, Argentina. Universidad de Buenos Aires, 1997.

las decisiones judiciales, que mueve a todo el mundo teórico del derecho, ya que pone en evidencia los defectos del positivismo tradicional.

4. La tesis de la única respuesta correcta en todos los casos de Ronald

Dworkin. De la cual se deduce, si para todos los casos existe una respuesta correcta, entonces en los casos difíciles dado que es un tipo de caso, también existe una única respuesta correcta.

**2.2.2.4. La discrecionalidad**

Cassagne, Juan Carlos (2005), señala que es un concepto unívoco y manifiesta que esta “apunta bien” cuando lleva a cabo la tarea científica de reducir las concepciones a una suerte de “denominador común” que configura un “supraconcepto” que, como tal, pertenece a la Teoría General del Derecho. Ese denominador común que, se encuentra presente en todas las formas y especies de discrecionalidad “hace referencia a un determinado modo de operar, de actuar, de realizar algo, consistente en la adopción de decisiones... mediante una elección entre diferentes alternativas...”<sup>23</sup>

Por su parte Silva Cimma, Enrique (1989), define que la discrecionalidad administrativa es, sin dudarlo, un mecanismo útil para la Administración, pero no puede aceptársela ni menos entenderse como un mecanismo posible y habilitante para prescindir de la Ley. Debe entenderse como

---

<sup>23</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. La discrecionalidad administrativa. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.

una potestad jurídica, mas no como un pretexto para la arbitrariedad, porque ello significaría la negación del derecho e implicaría el desconocimiento pleno del principio de legalidad.<sup>24</sup>

#### **2.2.2.5. La Facultad discrecional**

Según Naranjo (1995), puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre (dentro de los límites que fije la ley) de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no está previamente determinada por la ley. A contrario sensu hay competencia reglada cuando la ley ha previsto que frente a determinados supuestos de hecho el administrador debe tomar las medidas a él asignadas en forma expresa y sujetarse a las mismas.

Para Hernández (2007), la discrecionalidad equivalía jurídicamente a libertad plena para decidir y se materializaba a través de actos injustificables por naturaleza, es decir, no sujetos a control judicial. Con la evolución del derecho administrativo, en el Estado de derecho, el poder discrecional no es ilimitado ni puede ser ejercido de cualquier forma, ni según el capricho o arbitrio de los gobernantes y administradores.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> SILVA CIMMA, Enrique, Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Barcelona, Buenos Aires, México D.F, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile, 1989

<sup>25</sup> MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Algunas anotaciones en relación con la discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio en el derecho urbanístico colombiano, 2007.

### **2.2.2.6. Fuentes del poder discrecional**

Se puede colegir que el poder discrecional de la Administración de justicia en un Estado de Derecho se funda en el Principio de Legalidad, en consecuencia, su fuente es la Ley. Así pues, la facultad discrecional emana de la Ley, bien porque la Ley en forma expresa atribuye a la autoridad judicial la posibilidad de valorar circunstancias singulares, con el fin de tomar una determinada decisión jurisdiccional, o bien porque ciertas decisiones no se encuentran predeterminadas por el ordenamiento normativo.

De Vega (1984), explica que la discrecionalidad es algo necesario, algo impuesto por la naturaleza de las cosas como única forma de resolver cuestiones especialmente importantes o difíciles. Manifiesta De Vega que dicho argumento parte de la idea de que ciertas decisiones no pueden estar íntegramente predeterminadas por el Derecho, unas veces porque plantean problemas cuya dificultad conduce a situaciones únicamente superables tomando solo una de las decisiones posibles, otras veces, porque la Ley no regula en forma expresa el ejercicio de determinada competencia por no precisar la conducta administrativa que se ha de seguir. “Por eso, se ha dicho, la discrecionalidad aparece allí donde el Derecho no llega”.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> DE VEGA PINZÓN, Gabriel, La Discrecionalidad Administrativa, Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1984.

### 2.2.2.7. Tipos de discrecionalidad

Según Desdentado (1997), hay una discrecionalidad débil y otra fuerte. La primera, denominada instrumental por el citado autor, se refiere a los supuestos en que las normas no permiten una aplicación mecánica sino que exigen una operación de discernimiento.<sup>27</sup> La segunda, según Dworkin, (1984), quien hace alusión a que el sujeto dispone de un poder de decisión que le ha conferido el ordenamiento, sin acotar su margen de maniobra.<sup>(26)</sup>

Por otro lado, la discrecionalidad absoluta, entendida como la posibilidad de adoptar decisiones judiciales y/o administrativas sin que exista una razón justificada para ello, se convierte en arbitrariedad. La discrecionalidad relativa, en cambio, ajena al capricho del funcionario, le permite a éste apreciar las circunstancias de hecho, oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particularidades implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional.

Por su parte, Cassagne (1990), en una línea que guarda semejanza con la de Dworkin, clasifica la discrecionalidad en tres tipos o especies cuando se dan estos casos: a) El margen de arbitrio no se encuentra limitado por conceptos jurídicos determinados o indeterminados (es la discrecionalidad fuerte o típica); b) La discrecionalidad se encuentra limitada por un concepto indeterminado que si bien, en

---

<sup>27</sup> DESDENTADO DAROCA, Eva, *Discrecionalidad Administrativa y Planteamiento Urbanístico, Construcción Teórica y Análisis*. Pamplona: Aranzadi, 1997.

principio, sólo admite una solución justa puede aparejar un cierto margen de valoración en algunos supuestos para optar entre varias soluciones igualmente justas (v.g. la justicia y razonabilidad de las tarifas de servicios públicos), es la discrecionalidad débil o atípica; y c) El margen de actuación está limitado a supuestos indeterminados por el ordenamiento (discrecionalidad atenuada, que puede considerarse como un segundo sentido de la discrecionalidad débil).<sup>28</sup>

#### **2.2.2.8. El control de la discrecionalidad**

Casaggne, Juan Carlos (2014), indica que el tema de la discrecionalidad administrativa y su control por el poder judicial continúa siendo una de las cuestiones del derecho público que reviste mayor trascendencia y significación para la protección de los derechos e intereses individuales y colectivos.<sup>29</sup> Por su parte Schwartz, Bernard (1991) complementa indicando que, quizás pueda parecer exagerado suponer que alrededor de la discrecionalidad gira el eje de toda la problemática del derecho administrativo<sup>30</sup>, y que el control por los jueces de la potestad discrecional constituya el núcleo central de dicha problemática.

El control de la discrecionalidad judicial es hoy uno de los temas del Derecho Público que reviste mayor trascendencia en procura de la protección de los derechos e intereses individuales y colectivos, la salvaguarda del Principio de

---

<sup>28</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, La Revisión de la Discrecionalidad Administrativa por el Poder Judicial, España: Civitas, 1990.

<sup>29</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Buenos Aires-Argentina, 2006, p. 56

<sup>30</sup> SCHWARTZ, Bernard, El Control Administrativo Brown and Company, Boston, Toronto, Londres, 1991, p. 652.

Legalidad y la prevención de que el uso arbitrario de dicha facultad viole el Estado Social de Derecho.

Sobre la posibilidad de que las autoridades judiciales ejerzan control sobre los actos discrecionales, los criterios están muy divididos. Un sector de la doctrina especializada opina que debe limitarse el control judicial de la discrecionalidad; pues, aquel constituye un juicio de oportunidad, el cual debe estar reservado exclusivamente a la Administración. Mientras que otro importante sector, considera necesaria la fiscalización judicial para prevenir supuestos de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta.

### **2.2.3. Los delitos**

#### **2.2.3.1. Conceptualización**

Los autores no se han logrado poner de acuerdo sobre una definición universal que pudiera generalizar y que recoja los criterios sustentados. Sin embargo, se toma en cuenta algunas definiciones planteadas por esclarecidos penalistas:

Desde el punto de vista jurídico, la doctrina ha calificado de delito, como toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia, del principio "nullum crimen sine lege" que rige el moderno derecho penal y que concretamente impide considerar delito toda conducta que no caiga en los marcos de la ley penal que ha sufrido la sanción del Estado.

Como bien es sabido, el delito en el Derecho Penal se suele definir

como la “acción u omisión típica, antijurídica y culpable”. Por tanto en esta definición se contiene la estructura básica del delito: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Si bien cabe señalar que, algunos autores añaden también la punibilidad como quinto elemento, por lo que delito sería toda acción u omisión típica, antijurídica, culpable y punible.

Jiménez de Asúa (1931), señala que “El delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.

Para Francisco Carrara el delito es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad ciudadana, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.<sup>31</sup>

Según Bustillos (2005), Rafael Garofalo, refiriéndose al “Delito natural”, señala que es la “lesión de aquella parte de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad o probidad, en la medida en que son poseídos por una comunidad, y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad”<sup>32</sup>

El delito es “un sistema categorial clasificatorio y secuencial en el

---

<sup>31</sup>CARRARA, Francisco. Programa de Derecho Criminal parte general, Volumen I, Editorial Temis, Bogotá, p. 43.

<sup>32</sup>BUSTILLOS RARAS, Miguel. El delito según los clásicos y contemporáneos. México, Editorial Trillas 2005, p. 217



que, peldaño a peldaño, se va elaborando, a partir del concepto básico de acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito.”<sup>33</sup>

“El delito es un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad y que se haya conminado con una pena o en ciertos casos, con determinada medida de seguridad de reemplazo de ella”.<sup>34</sup>

El delito “es el acto típicamente antijurídico, culpable sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”.<sup>35</sup>

#### **2.2.3.2. Características del delito.**

Berducido (2008) señala que: “Hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos delictivos unos de otros”; un asesinato es otra cosa que una estafa o un hurto; cada uno de estos delitos presenta peculiaridades distintas y tiene asignadas, en principio, penas de distinta gravedad. Empero, tanto el asesinato, como el hurto o la estafa tienen unas características que son comunes a todos los delitos y que constituyen la esencia del concepto general de delito. El estudio de estas características comunes corresponde a la Teoría General del Delito, es decir, a la parte general del Derecho Penal; el estudio

---

<sup>33</sup> SANZ MORAN, Ángel. El concurso de delitos en la reforma penal. Madrid: 1995, p. 51

<sup>34</sup> ROGRÍGUEZ DE VESA, José María. Derecho penal español. Madrid España. Ed. Dykinson 1985, p. 87.

<sup>35</sup> CARRÁNCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho penal mexicano. México: Ed. Porrúa 1980, p. 241

de las concretas figuras delictivas, de las particularidades específicas del Hurto, de la Violación, de la Estafa, etc, corresponde al estudio de la parte especial del Derecho Penal.<sup>36</sup>

Haciendo un estudio del derecho comparado, el legislador ha querido destacar en diferentes definiciones, aquellas características que le han parecido más relevantes en orden de la consideración de una conducta humana como delito: Que debe tratarse de una acción u omisión, que estas deben ser voluntarias o dolosas o culposas y que deben ser penadas por la ley.

### **2.2.3.3. Teoría del delito**

La teoría del delito es el conjunto de instrumentos conceptuales aptos para determinar si el hecho que se enjuicia es el presupuesto de la consecuencia jurídico – penal prevista en la ley, según indica Lobos (2013), también puede decirse que la teoría del delito es el medio técnico jurídico para establecer a quien se debe imputar ciertos hechos y quien debe responder por ellos.<sup>37</sup>

Según Kelsen (2008), la imputación es la conexión realizada en base a una norma, entre un hecho que es el objeto de la norma y una persona sujeto de la norma, siendo una conexión normativa (en base a una norma). No sólo se imputa lo sabido y lo querido sino lo que pudo ser alcanzado por la voluntad. Es decir, una

---

<sup>36</sup> BERDUCIDO M, Héctor E. Derecho Procesal Penal. Recuperado de <http://procesalista.blogspot.pe/2008/>, 2008.

<sup>37</sup> SAMAEL, Lobos. Teoría del delito. Recuperado de <http://yavassamaelobos09.blogspot.pe/>. 2013.

imputación objetiva, que no se refiere a la voluntad psicológicamente considerada, sino a una voluntad objetiva del autor.

Muñoz y García respecto a la teoría del delito (2004), señala que es un sistema categorial clasificatorio y secuencial en el que, peldaño a peldaño, se van elaborando, a partir del concepto básico de la acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito.

García (2003), define la Teoría del Delito como “un conjunto de conceptos que se desarrollan en torno a la naturaleza, conformación, existencia, inexistencia o formas de aparición del delito, como realidad jurídica y social”;<sup>38</sup> en tanto que el Doctor Medina (2012) por su parte, sostiene que la Teoría del Delito es la parte de la Ciencia del Derecho Penal, que trata de identificar, delimitar y explicar la estructura del delito y los fenómenos jurídicos relacionados con el mismo, en forma metódica y sistemática.<sup>39</sup>

#### **2.2.3.4. Finalidad y función de la teoría del delito.**

Según Zafaroni, Alagia y Slokar (2006), la utilidad que tiene es que

---

<sup>38</sup> GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. Dogmática Penal En La Legislación Mexicana. México: Porrúa S.A., 2003

<sup>39</sup> MEDINA PEÑALOZA, Sergio J. Teoría del Delito" Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva. México: Ángel editor, 2012

sirve para verificar si están dados los elementos del delito para requerir a los tribunales o jueces penales una respuesta que habilite el ejercicio de poder punitivo del Estado.<sup>40</sup>

Por otro lado, su función **consiste** en “ofrecer un modelo de análisis que facilite la enseñanza del derecho tanto como el planteo y decisión de los casos en los tribunales.” (Zafaroni, Alagia y Slokar: 2006).

#### **2.2.3.5. Elementos del delito**

Desde un punto de vista dogmático se considera el delito, para su análisis, como un todo compuesto por siete elementos que son: el acto, la adecuación típica (tipicidad), la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la penalidad y, en ciertos casos, la condición objetiva de punibilidad. Estas características las encontramos en la anterior definición que hemos transcrito, y fueron señaladas por primera vez en el siglo XVIII, por el penalista alemán Böhmer. La ausencia de cada uno de estos elementos positivos ante dichos, crea un instituto jurídico penal de gran importancia, sí: el acto (acción u omisión), su aspecto negativo constituye la ausencia de acto; la tipicidad, cuyo aspecto negativo constituye la ausencia de tipo; la antijuricidad, su ausencia origina las llamadas causas de justificación; la imputabilidad, cuya ausencia da lugar a las causas de inimputabilidad; la culpabilidad, cuyo aspecto negativo configura las causas de inculpabilidad; la

---

<sup>40</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Manual de Derecho penal. Parte General, Buenos Aires, Argentina: EDIAR, 5ta, 2006.

condicionalidad objetiva, su aspecto negativo, la falta de tales condiciones; y, la punibilidad o sanción, cuya ausencia determina el nacimiento de las excusas legales absolutorias. Visto así, los aspectos positivos y negativos de los elementos o caracteres que configuran el delito, se procede a establecer una noción sobre cada uno de dichos aspectos.

- **La acción u omisión**

Entendida como la base de toda la estructura del delito, por lo que se considera a la acción como núcleo central y el sustrato material del delito, esto es, su concurrencia es presupuesto indispensable para los demás requisitos del delito y, por tanto, la ausencia de acción dispensa ya de examinar cualquiera de los otros elementos. Sin embargo, el concepto de acción engloba igualmente el de omisión, en la cual existe una conducta en la que conscientemente se evita una acción concreta. Constituye el soporte conceptual de la teoría del delito y el eje de la consideración axiológica y natural del hecho punible.

Sustentando Iñigo (2014:), indica que una de las principales funciones del concepto de acción es servir de límite o filtro para seleccionar previamente las acciones que puedan ser relevantes para el Derecho Penal. El concepto de acción ha experimentado una marcada evolución en la que se han entremezclado puntos de vista filosóficos, político-criminales y dogmáticos.<sup>(3)</sup>

- **Tipicidad**

Se denomina tipicidad al encuadramiento o adecuación de la conducta

humana en un tipo penal. Cuando la ley describe el homicidio diciendo «el que matare a otro [...]», el tipo está constituido por el hecho concreto de matar a otro. La tipicidad nace del principio de legalidad, según el cual, todos los delitos provocados por la acción u omisión voluntaria del sujeto, deben estar regulados por la ley.

Especificando Muñoz y García (2009), indican que la tipicidad “Es la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley como delito. Es la adecuación, el encaje, la subsunción del acto humano voluntario al tipo penal. Si se adecua es indicio de que es delito. Si la adecuación no es completa no hay delito.

El tipo penal, es una figura que crea el legislador haciendo una valoración de una determinada conducta delictiva. Se puede decir que es una descripción abstracta de la conducta prohibida. Es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de las conductas humanas penalmente relevantes.<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General, Valencia, España: Tirant lo Blanch, 2009.

- **Antijuricidad:**

Cury (2004), indica que "Es un neologismo que representa el intento de traducir la expresión alemana *Rechtswidrigkeit*, que significa "contrario al Derecho". Aunque se ha sostenido que podría haber sido utilizado en español el término "ilícito" ("ilicitud" o "contrario a la ley"), se ha estimado que este último podía resultar un concepto demasiado amplio o vago; por cuanto, suele trascender el ámbito meramente jurídico (incluyendo, por ejemplo, parámetros éticos). Además, con este término se buscaba reflejar algo que va más allá de lo puramente contrario a la ley.<sup>42</sup>

Por otro lado, se ha señalado, que el delito es la conducta típicamente antijurídica y culpable, de ello resulta que la antijuricidad es un concepto genérico del delito, sin ella no hay delito. De modo general lo antijurídico es lo contrario al derecho. La acción antijurídica contradice las normas jurídicas, es un juicio de valor que nos dice lo que no está de acuerdo con la ley; en tanto que la tipicidad es una descripción. Una acción es o no antijurídica, no existen zonas intermedias.

Desde un punto de vista formal, la antijuridicidad es una relación entre la acción o conducta y el Derecho, concretamente la contrariedad a Derecho de la conducta. La acción será antijurídica si es contraria a las normas jurídicas y por tanto es prohibida y desvalorada por las mismas. Ha de comprobarse, no obstante, que la conducta que realiza el tipo en sentido estricto o indiciario no está cubierta bajo

---

<sup>42</sup> CURY URZÚA, Enrique . Derecho Penal. Parte General. Chile, 2004.

ninguna causa de justificación para que no sea permitida, sino prohibida o antijurídica.

- **La imputabilidad**

A decir de Quintero (2004), la imputabilidad “Es la capacidad del ser humano para entender que su conducta lesiona los intereses de sus semejantes y para adecuar su actuación a esa comprensión. Significa atribuir a alguien las consecuencias de su obrar, para lo cual el acto debe ser realizado con discernimiento, intención y libertad”. Es un concepto jurídico de base psicológica del que dependen los conceptos de responsabilidad y culpabilidad. Quien carece de estas capacidades, bien por no tener la madurez suficiente (menores de edad), bien por sufrir graves alteraciones psíquicas (enajenados mentales), no puede ser declarado culpable ni puede ser responsable penalmente de sus actos. Es evidente que si no se tienen las facultades psíquicas suficientes para poder ser motivado racionalmente, no puede haber culpabilidad.<sup>43</sup>

Por su lado Puig (2008), señala que “Se entiende todo lo contrario a la

---

<sup>43</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. 2ª Edición. Valencia: tirant lo blanch, 2009



inimputabilidad. Ya que es inimputable quien actúa sin voluntad y conciencia, es decir no tiene la capacidad de entender y querer al momento de cometer el acto punible”.<sup>44</sup>

- **La culpabilidad**

Bajo la categoría de la culpabilidad, se agrupan aquellas cuestiones

relacionadas con las circunstancias específicas que concurrieron en la persona del autor en el momento de la comisión del hecho ya calificado como típico y antijurídico. Es el elemento donde se sitúa todo lo subjetivo, un elemento puramente descriptivo, como comprobación de un nexo o relación (sin valorar nada). Al igual que en la acción se hablaba de un nexo causal material entre el movimiento y el resultado, la culpabilidad es la relación o el nexo psicológico, no material, entre el autor y el hecho.

Es de destacar, según Gimbernat (1999), como algunos códigos

penales latinoamericanos, como el de Paraguay de 1998 llegaban a hacer desaparecer el término "culpabilidad", siendo este sustituido por el de reprochabilidad. Empero, la doctrina española pone de manifiesto que el término reprochabilidad se asocia al reconocimiento de la existencia del libre albedrío, algo imposible de probar en el caso

---

<sup>44</sup> MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal: Parte General. Barcelona: Reppertor, 2008.

concreto.<sup>45</sup> Complementando Paz (2004: 45), comenta que desde teorías preventivas de la pena se propugna su sustitución por la idea de motivabilidad o de exigibilidad.

- **La punibilidad**

Respecto al concepto de punibilidad podemos definirla de la siguiente

manera: la punibilidad es cualidad de punible, es decir aquella conducta a la que se tiene la posibilidad de aplicar una pena (dependiendo de ciertas circunstancias), en el terreno de la coerción materialmente penal no es una característica del delito sino el resultado de la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable que cumple determinadas condiciones. Autores como Jiménez de Asua (2003), comprenden la punibilidad como último elemento esencial del concepto de delito y sostienen que, en caso de concurrir determinadas causas en una acción típica, antijurídica y culpable, no pueda hablarse técnicamente de delito porque la punibilidad ha sido excluida.<sup>46</sup>

Sin embargo, podríamos decir que esta postura doctrinal es minoritaria en

la actualidad ya que, para muchos autores esta fundamentación es incorrecta porque el delito existe pese a que, por motivos muy residuales de oportunidad, o de política criminal, quedara fuera de lo punible; pero, no por ello deja de ser un delito; sin que su argumentación de que deje subsistente la responsabilidad civil y las posibilidades de legítima defensa apoyen su tesis sino más bien la contraria. Creemos que esta es la

---

<sup>45</sup> GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios de derecho penal. Madrid: Tecnos, 1999.

<sup>46</sup> JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis. Principios del Derecho Penal. La ley y el delito, Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot: 2003.

postura correcta de no considerar la punibilidad como elemento esencial del delito, considerándola más bien como un presupuesto adicional de la pena, o bien como un elemento común o esencial únicamente para un grupo muy reducido de delitos. En este sentido Cerezo (1990:256), refiere “Que si incluimos la punibilidad en el concepto de delito estaríamos incurriendo en una “tautología meramente aparente y ello, al incluirse lo definido en la definición por lo que estaríamos definiendo el delito no por sus caracteres sino por sus consecuencias”.<sup>47</sup>

#### **2.2.3.6. Delitos comprendidos en las Excusas Absolutorias del Art. 208 del Código Penal Peruano.**

- Hurto Simple (Art 185 C.P. ); pena privativa de libertad no menor de 01 ni mayor de 03 años. Modificado por el Art. 2 del D.Leg. 1245.
- Hurto Agravado (Art. 186 C.P); pena privativa de libertad no menor de 3 ni mayor de 6 años. Modificado por el Art. 1 de la Ley 30076.
- Delito de Apropiación Ilícita (Art 190 C.P) pena privativa de libertad no menor de 02 ni mayor de 04 años.
- Delito de Defraudación – Estafa (Art 196 C.P); pena privativa de libertad no menor de 01 ni mayor de 06 años y con 90 a 200 días multa. Modificado por el Art. 2 del D. Leg. 1351.-
- Delito de Estafa Agravada ( Art. 196-A C:P); pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.-

---

<sup>47</sup> CEREZO MIR, José. Curso de derecho penal español. Madrid: Tecnos, 1990.

- Delito de Daños (Art 205 C.P); pena privativa de libertad no mayor de tres años y con 30 días a 60 días multa. Modificado por el Art. 1 de la Ley 30076.-
- Daño agravado (Art. 206), con una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años.

### **2.2.3.7. Las penas en el Código Penal**

**Artículo 28.- Clases de Pena:** Las penas aplicables de conformidad con esta norma sustantiva son:

- **Privativa de libertad:** Según el Artículo 29.- Duración de la pena privativa de libertad, puede ser temporal o de cadena perpetua. En el primer caso tendrá una duración mínima de 2 días y una máxima de 35 años.
- **Restrictivas de libertad:** Artículo 30.- Pena restrictiva de libertad. Es la de expulsión del país y se aplica a extranjeros después de cumplida la pena privativa de libertad o la concesión de un beneficio penitenciario, quedando prohibido su ingreso. En el caso de expulsión por concesión de beneficios penitenciarios, el Perú mantiene jurisdicción exclusiva sobre la condena impuesta. (Art. Modificado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30219 del 8-7-14).
- **Limitativas de derechos:** Artículo 31.- Las penas limitativas de derechos son:

1. Prestación de servicios a la comunidad;

2. Limitación de días libres; e

3. Inhabilitación.

Artículo 32.- Aplicación de penas limitativas de derechos como penas autónomas o sustitutas. Las penas limitativas de derechos previstas en los dos primeros incisos del Artículo 31 se aplican como autónomas cuando están específicamente señaladas para cada delito y también como sustitutivas o alternativas de la pena privativa de libertad, cuando la sanción sustituida a criterio del Juez no sea superior a cuatro años. (\*)

(\*) Artículo vigente conforme a la modificación establecida por el Artículo Único de la Ley N°. 27186, publicada el 20-10-99.

Artículo 33.- Duración de las penas limitativas de derechos como penas sustitutas.

Artículo 34.- Prestación de servicios a la comunidad

Artículo 35.- Limitación de días libres

Artículo 36.- Inhabilitación-Efectos

Artículo 37.- Inhabilitación principal o accesoria

Artículo 38.- Duración de la inhabilitación principal

Artículo 39.- Inhabilitación accesoria.

- **Artículo 41.-** Concepto. La pena de multa obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa. El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza.
- **Artículo 42.-** Extensión de la pena de multa. Se extenderá de un mínimo de diez días-multa a un máximo de trescientos sesenta y cinco días-multa, salvo disposición distinta de la ley.
- **Artículo 43.-** Importe del día-multa. No podrá ser menor del veinticinco por ciento ni mayor del cincuenta por ciento del ingreso diario del condenado cuando viva exclusivamente de su trabajo.
- **Artículo 44.-** Plazo del pago de multa. La multa deberá ser pagada dentro de los diez días de pronunciada la sentencia. A pedido del condenado y de acuerdo a las circunstancias, el Juez podrá permitir que el pago se efectúe en cuotas mensuales. El cobro de la multa se podrá efectuar mediante el descuento de la remuneración del condenado cuando se aplica aisladamente o cuando se aplica acumulativamente con pena limitativa de derechos o fuere concedida la suspensión condicional de la pena, conforme a los límites previstos en el Artículo 42°. El descuento no debe incidir sobre los recursos indispensables para el sustento del condenado y su familia.

### 2.3. Definición de términos:

- **ABSOLUTORIA:** Plantea Gómez (2012), es una “Figura jurídica según la cual se excluye la pena atribuible a un hecho que pudiera ser merecedor de castigo. De allí que una excusa absolutoria exima a su autor, mas no a los partícipes de la responsabilidad criminal”.<sup>48</sup>
- **ASCENDIENTE:** Es cuando el vínculo familiar conecta a un individuo con quienes desciende de manera directa: (bisabuelo-abuelo-padre).
- **APROPIACIÓN ILÍCITA COMÚN:** El que, en su provecho o de un tercero, se apropia indebidamente de un bien mueble, una suma de dinero o un valor que ha recibido en depósito, comisión, administración u otro título semejante que produzca obligación de entregar, devolver, o hacer un uso determinado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.
- **COLATERAL:** Hace referencia en la serie de grados que existe entre aquellos con un mismo ascendente, pero que no descienden uno del otro. Por ejemplo, el caso de los hermanos y primos.
- **CONCUBINATO:** Es la situación de hecho en que se encuentran dos personas de distinto sexo que hacen vida marital sin estar unidos en matrimonio. Se trata, pues, de una unión de hecho con caracteres de estabilidad y permanencia; quedan indudablemente excluidas de su concepto

---

<sup>48</sup> GÓMEZ RIVERO, Carmen. Nociones fundamentales de Derecho penal, Madrid: Tecnos, 2012.

tanto la unión transitoria de corta duración cuando las relaciones sexuales pueden ser estables, pero no acompañadas de cohabitación.

- **CÓNYUGE:** Según el Diccionario Jurídico Español (2005). En Derecho, se denomina cónyuge a cualquiera de las personas físicas que forman parte de un matrimonio. El término «cónyuge» es de género común; es decir, se puede usar para referirse a un hombre («el marido» o «el cónyuge») o a una mujer («la mujer» o «la cónyuge»). Cuando el sexo es desconocido normalmente se dice «el cónyuge» aunque también se puede decir «el o la cónyuge».<sup>49</sup>
- **DAÑOS SIMPLES:** Artículo 205 del C.P.- El que dañe, destruya o inutiliza un bien, mueble o inmueble, total o parcialmente ajeno, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años y con treinta a sesenta días-multa.
- **DAÑOS AGRAVADOS: ART. 206.-** Formas agravadas, la pena para el delito previsto en el artículo 205° será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años cuando: 1) Es ejecutado en bienes de valor científico, artístico, histórico o cultural, siempre que por el lugar en que se encuentren estén librados a la confianza pública o destinados al servicio, a la utilidad o a la reverencia de un número indeterminado de personas; 2) Recae sobre medios o vías de comunicación, diques o canales o instalaciones destinadas al servicio público; 3) La acción es ejecutada empleando violencia o

---

<sup>49</sup> DICCIONARIO JURÍDICO ESPAÑOL. Recuperado de [www.cubc.mx/.../42.-%20Diccionario%20Enciclopedico%20Juridico%20-%20%20Di....2005](http://www.cubc.mx/.../42.-%20Diccionario%20Enciclopedico%20Juridico%20-%20%20Di....2005).



amenaza contra las personas; 4) Causa destrucción de plantaciones o muerte de animales; 5) Es efectuado en bienes cuya entrega haya sido ordenada judicialmente

- **DEFRAUDACIONES – ESTAFA:** Art. 196 del C.P. Comete este delito el que procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de seis años.-
- **DESCENDIENTE:** Es el vínculo familiar cuando se asocia al ancestro de quienes descienden de forma directa y sucesiva: (tataranieto-bisnieto-nieto).
- **ESTAFA AGRAVADA:** Art. 196-A. La pena será privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y con noventa a doscientos días multa, cuando la estafa: 1) Se cometa en agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor. 2) Se realice con la participación de dos o más personas. 3) Se cometa en agravio de pluralidad de víctimas. 4) Se realice con ocasión de compra venta de vehículos motorizados o bienes inmuebles. 5) Se realice para sustraer o acceder a los datos de tarjetas de ahorro o de crédito, emitidos por el sistema financiero o bancario.
- **EXCUSA:** En Derecho, se denomina como “excusa” el motivo jurídico que permite que un acusado sea eximido de cargos. En este sentido, en Derecho penal, una excusa puede obligar a un juez a atenuar o suprimir totalmente una pena, dependiendo, si se trata de excusas atenuantes o absolutorias.

- **EXCUSA ABSOLUTORIA:** Según Macedo (2009), “La punibilidad queda excluida y el delito impune en ciertos casos declarados por la ley”. Algunos de estos casos se estudian en relación con las personas, casos de la inmunidad en relación a los Jefes de Estado extranjeros y de los representantes diplomáticos extranjeros.<sup>(15)</sup>
- **HURTO AGRAVADO:** Según Salinas Siccha, para estar ante la figura delictiva antes referida, se requiere la presencia de la totalidad de elementos típicos del hurto básico, menos el elemento “valor pecuniario” indicado expresamente sólo para el hurto simple por el art. 444 del Código Penal.
- **HURTO DE USO:** Art. 187 C.P. Hurto de Uso. “El que sustrae un bien mueble ajeno con el fin de hacer uso momentáneo y lo devuelve, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año”. En este tipo penal, el sujeto activo, no tiene el ánimo de incorporar el bien que hurta a su patrimonio, sino que lo coge para usarlo y está predispuesto a devolverlo después de su uso.
- **HURTO SIMPLE:** Art. 185 del C.P. Descripción Típica: El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. Se equiparán a bien mueble, la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético.

- **PARENTESCO:** Castellanos (2011), indica que es la relación de familia que existe entre dos o más personas. “Es la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por vínculos de sangre, de adopción o matrimonio civil o de hecho reconocido judicialmente”.<sup>50</sup>
- **PARENTESCO POR CONSANGUINIDAD:** Plantea Borda (1984), que el parentesco de consanguinidad es la relación entre personas que descienden la una de la otra o que proceden de un ascendiente o tronco común. El verdadero parentesco nace de un vínculo de sangre, ya sea por tratarse de generaciones sucesivas (línea recta) o por tener un ascendiente común (línea colateral).

---

<sup>50</sup> CASTELLANOS T., G., Derecho Familia. Bolivia: Gaviota del Sur, 2011.

### III. METODOLOGÍA

#### 3.1. Tipo y diseño de investigación:

##### 3.1.1. Tipo de investigación

###### De modo General:

Corresponde por su finalidad a la denominada **investigación básica o teórica**<sup>51</sup>, el cual estuvo orientado al conocimiento y comprensión de los fenómenos sociales (jurídicos).

###### De modo específico:

Corresponde a una Investigación Dogmática – Normativa<sup>52</sup>, que posibilita ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación

---

<sup>51</sup> SIERRA BRAVO, Restituto. *Técnicas de Investigación social. Teoría y ejercicios*, Madrid, PARANINFO, 2001.

<sup>52</sup> Cfr. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *“Metodología de la Investigación Jurídico Social”*, Lima. Así mismo siendo una investigación dogmática, de naturaleza teórica no es requisito la delimitación temporal ni espacial, requisito válido solo para las investigaciones empíricas o jurídicas sociales, que no es el caso de la presente investigación. Por tanto especificar el lugar y tiempo de ejecución no es necesario. Planteamientos tomados de CHÁVEZ ROSERO, Fernando en su artículo “Algunos alcances sobre el método dogmático en la investigación jurídica” disponible en [www.essentiaiuris.es/B3-metodo.htm](http://www.essentiaiuris.es/B3-metodo.htm), donde plantea que: “Una investigación de carácter jurídico dogmática concibe al problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacionen con la institución o especie legislativa. Su contenido básico será de interpretar el derecho formal”. Así mismo, JORGE WITKER en su libro *“La Investigación Jurídica”* respecto a las investigaciones dogmáticas plantea que “Los dogmáticos y formalistas investigan lo que los hombres dicen que hacen con el Derecho. La finalidad de este tipo de investigación es evaluar las estructuras del derecho... visualizara su problema jurídico solo a la luz de las fuentes formales, y por consecuencia, su horizonte se limitara a las normas legales vigentes en los que está inscrito el problema. No serán parte de su labor inquisitoria los factores reales que han generado esa normatividad. El objeto de la investigación jurídica queda reducido, por tanto a las fuentes formales, que son las únicas dotadas de eficacia para resolver las interrogantes que una tesis de derecho de tipo dogmático presenta”, pp. 59-60.

planteado, la excusa absolutoria y su evaluación discrecional del magistrado en la comisión de los delitos establecidos en el art. 208 del C.P.

### 3.1.2. Nivel de investigación

Desde el punto de vista de la investigación científica correspondió al **nivel Descriptivo**<sup>53</sup>, el cual trata de informar sobre el estado actual de los fenómenos, que para nuestro caso el tema de la excusa absolutoria y su evaluación discrecional del magistrado en la comisión de los delitos establecidos en el art. 208 del C.P..

### 3.1.3. Tipo de diseño

Correspondió a la denominado Diseño **No Experimental**<sup>54</sup>, debido a que carece de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental; su finalidad fue estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

---

<sup>53</sup> Su objetivo principal es caracterizar un fenómeno o situación e indicar sus rasgos más saltantes y diferenciadores. En: ENCINAS RAMÍREZ, Irma, *Teoría y técnicas de la investigación*. Lima, AVE S.A. 1987. p.38.

<sup>54</sup> Podría definirse como la investigación que se realiza sin manipular deliberadamente variables. Es decir, se trata de estudios donde **no** hacemos variar en forma intencional las variables independientes para ver su efecto en otras variables. En: HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar. *Metodología de la Investigación*, México, Mc GRAW –HILL, 2010, p. 149.

#### **3.1.4. Diseño General:**

Se empleó el diseño **Transeccional o Transversal**<sup>55</sup>, cuya finalidad fue recolectar datos del hecho jurídico en un solo momento o en un tiempo único. Su propósito fue describir la variable y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado; en el presente caso, está delimitado temporalmente para el período 2016-2017.

#### **3.1.5. Diseño específico:**

Se empleó el diseño **descriptivo-explicativo**, toda vez que se estudiaron los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto, para poder explicar el comportamiento de la variable motivo de estudio.

#### **3.1.6. Métodos de investigación**

Los métodos específicos empleados en la investigación fueron:

**Método Dogmático.-** Es el método de investigación Jurídica denominado también positivismo lógico o normativismo jurídico. Según este método el derecho debe ser interpretado en función del sistema que lo integra. “La dogmática jurídica, en general, se inscribe en el ámbito del pensamiento que ubica el derecho como una ciencia o técnica formal y, por consiguiente, como

---

<sup>55</sup> HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar. Metodología de la Investigación, México, Mc GRAW –HILL, 2010, p. 151.

una variable independiente de la sociedad, dotada de autosuficiencia metodológica y técnica”<sup>56</sup>.

En la investigación efectuada este método fue empleado para la interpretación de la normatividad penal referido al estudio y comprensión de la excusa absolutoria y su evaluación discrecional del magistrado en la comisión de los delitos establecidos en el art. 208 del C.P.

**Método hermenéutico.** En el Derecho se aplica la interpretación como método y como técnica, no tan solamente para las normas (textos legales), se incluyen las teorías, reglas del Derecho consuetudinario, principios, contratos, resoluciones judiciales, hechos empíricos o formales de relevancia jurídica<sup>57</sup>.

Se debe tener presente que muchos métodos de interpretación (sistemático, histórico, funcional, restrictivo exegético, sociológico, etcétera) empero, la solución correcta a la dicotomía debe ser siempre congruente y compatible con los anhelos e ideales de la sociedad de que se trate para que de esa forma se obtenga un sistema jurídico válido y a la vez eficaz (válido en cuanto no contraría la norma fundamental y eficaz en cuanto a que se respete y cumpla) capaz de garantizar la vigencia del Estado de Derecho; por ello la interpretación hermenéutica niega la posibilidad de significados múltiples y contrastantes; en todo caso, la coherencia depende de la conformidad de la

---

<sup>56</sup> RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. Lima, 2011.

<sup>57</sup> ARANZAMENDI NINACONDOR, Lino. *Instructivo teórico-práctico del Diseño y redacción de la tesis en Derecho*. Lima, GRIJLEY editores, 2015.

interpretación con el todo del sistema normativo que se presume integro, sin lagunas jurídicas; por ello el intérprete del derecho dispone con anticipación del sentido que constituyen la tradición jurídica que persiguen los sentimientos de una nación.

En la investigación efectuada este método fue empleado en la interpretación de los fundamentos jurídicos que justifican el estudio de la excusa absolutoria y su evaluación discrecional del magistrado en la comisión de los delitos establecidos en el art. 208 del C.P.

**Método de la Argumentación Jurídica.** - La argumentación jurídica es el medio con el cual se sustenta el Derecho. La argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo.

Metódicamente, argumentar significa indicar las razones que permiten que una afirmación aparezca justificada, acertada o al menos discutible. Las razones para alcanzar esta meta tienen que ser propuestas de tal modo que convencan al presunto participante en la discusión; la argumentación como método es el procedimiento ordenado del pensamiento que se lleva a cabo con



ciertos pasos, sin que sea preciso; ciertamente que entre ellos exista una conexión de derivación lógicamente obligante<sup>58</sup>.

En los procesos judiciales es necesario establecer por medio de la argumentación jurídica, el que se pueda probar los hechos, valiéndose de ciertos medios o indicios, que a menudo se contraponen unos a otros. La argumentación jurídica infiere, de los indicios, la existencia o inexistencia de otros hechos que son considerados, por la experiencia, como la única explicación práctica posible de tales indicios.

En el caso de la investigación desarrollada, la interpretación de las doctrinas referidas a los fundamentos jurídicos que justifican el estudio de la excusa absolutoria y su evaluación discrecional del magistrado en la comisión de los delitos establecidos en el art. 208 del C.P.

**Método Exegético.** - Tiene por finalidad de estudio a la norma jurídica y cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas. Este método fue aplicado en el estudio efectuado, teniendo en cuenta la normatividad vigente sobre nuestro problema de investigación.

---

<sup>58</sup> LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del Derecho. 2ª Edición. Barcelona, Ariel, 2001.

**Respecto al proceso o los momentos o fases de la investigación, estos se plasmaron de la siguiente manera:**

a) **Planteamiento del problema:** Comprendió la individualización, descripción y caracterización del problema, el planteamiento de una hipótesis general - directriz o de trabajo y la adopción de métodos para el conocimiento del problema de investigación.

b) **Construcción:** Es la búsqueda de las fuentes del conocimiento jurídico, en ella se observaron la fijación crítica de un texto, crítico de veracidad y trascendencia y sobre los datos contenidos se apreció la extracción y fijación sobre materiales, sujetos y fuentes y la agrupación de los datos obtenidos.

Papel fundamental cumplieron la ordenación de las fuentes, las cuales fueron:

a. Bibliografía: Datos sobre autores y/o personas.

b. Nematécnicas: son citas, resúmenes u observaciones sobre materias determinados o que tienen alguna relación.

c. Webgrafía: Datos sobre fuentes del internet.

c) **Discusión:** Manejo y revisión crítica de los materiales obtenidos; se adoptan las tesis y los métodos para su demostración; la tesis conduce a un plan de exposición y reagrupamiento del material según sea el plan proyectado por la síntesis unitaria del desarrollo de la tesis.

- d) **Informe final:** el mismo que se ajusta al estilo y técnica del **ESTILO HUMANÍSTICO O CLÁSICO**, que es el más adecuado para la presentación de informes científicos en las ciencias humanas y filosóficas, áreas en el que se encuentra los contenidos dogmáticos y teóricos del Derecho.

### **3.2. Plan de recolección de la información.**

- (1) Para recoger la información necesaria y suficiente para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica del Análisis Documental, cuyo instrumento fue el análisis de contenido.
- (2) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el Método de la Argumentación Jurídica; además del esquema-modelo lógico demostrativo simple, el cual es empleado en la validación de hipótesis a nivel teórico.

Para la obtención de información en la presente investigación se cumplió a través del enfoque cualitativo lo que permitió recoger información sobre el problema planteado. Es por esta razón que en la presente investigación no se aplicó la estadística sino la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina.

## **Análisis e interpretación de la información**

Cuyos pasos seguidos fueron:

- a) Selección de la comunicación que fue estudiada;
- b) Selección de las categorías utilizadas;
- c) Selección de las unidades de análisis, y
- d) Selección del sistema de recuento o de medida.

**Criterios:** Los criterios seguidos en el presente proceso de investigación fueron los siguientes:

- Identificación del lugar donde se buscará la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de la información en función a los objetivos de investigación, empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

### **3.3. Instrumentos de recolección de la información.**

En el proceso de recojo de información dentro del trabajo de campo, se cumplió a través de la Técnica del Análisis Documental, empleándose como su instrumento el análisis de contenido, en base al cual se recogió la información

necesaria referente al problema de estudio.

También se aplicó la Técnica Bibliográfica, con sus instrumentos las fichas: Textual, de comentario, de resumen y las fichas críticas.

Para el estudio de la normatividad se cumplió a través de los métodos exegético y hermenéutico, logrando tener una visión sistemática del problema de estudio.

Además, la validación de la hipótesis se efectuó empleando la lógica demostrativa simple y la demostración lógica proposicional.

El lugar donde se desarrolló la investigación fue la ciudad de Huaraz. No existe una delimitación de la muestra de estudio, debido a la naturaleza de la investigación porque los alcances fueron a nivel nacional, además porque no se recogieron datos empíricos para su tratamiento; por ello no se emplearon técnicas de análisis estadístico.

#### **3.4. Plan de procesamiento y análisis de la información.**

Las unidades de análisis en la presente investigación estuvieron conformadas por:

- **Documentales:** Doctrina, Jurisprudencia y Normatividad.

La estructura de la unidad de análisis estuvo conformada por:

- **Unidad temática:** consistente en el tema de las excusas absolutorias, motivo de análisis.
  - **Categorización del tema:** esta fue la parte esencial de la metodología, ya que permitió establecer y especificar las categorías dentro del análisis efectuado.
  - **Unidades de registro:** en esta etapa se delimitaron dando el curso al análisis de categorías. Aquí se cuentan las apariciones de las referencias, las que estuvieron delimitadas según los objetivos.
- **Análisis de datos.**

Los datos obtenidos a través de la aplicación de las técnicas e instrumentos fueron evaluados en base a la teoría de la argumentación jurídica, toda vez que el Derecho puede concebirse como argumentación, ya que, desde cualquier perspectiva, la actividad de todo jurista, magistrado y abogado cuando aplica el Derecho, consiste fundamentalmente en argumentar.

▪ **Validación de la hipótesis**

Los datos o informaciones obtenidos en el proceso de recolección y análisis sirvieron para validar la hipótesis<sup>59</sup> en base la teoría de la argumentación jurídica<sup>60</sup>,

---

<sup>59</sup> ROBLES TREJO, Luis (2014). *Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica*. Editorial Fecaat, Lima, p. 58 y ARANZAMENDI, Lino (2011). *Fundamentos Epistemológicos de la Investigación básica y aplicada al Derecho*. Editorial Jurídica Grijley, Lima, pp. 112 y ss. “Las investigaciones jurídicas-teóricas, se particulariza, porque tienen como punto de partida

por lo que, la habilidad para presentar buenos argumentos a fin de justificar una postura; el fin básico de la teoría de la argumentación jurídica no es la de mostrar cosas nuevas a los juristas, magistrados y abogados, sino el de justificar los planteamientos o enunciados.

En ese sentido, Ramos Núñez, precisa que: “Las hipótesis no son verdaderas o falsas”, sino bien o mal formuladas. La prueba de la hipótesis será posible solo si ella ha sido formulada correctamente. Por tal razón, no se pudo probar que la hipótesis sea verdadera o falsa, sino más bien argumentar que fue apoyada o no de acuerdo con ciertos datos obtenidos en el estudio efectuado. En otros términos, no se acepta una hipótesis mediante la elaboración de una tesis como creen muchos, sino que se aporta evidencias a favor o en contra de la hipótesis. Cuanto más intenso haya sido el trabajo de investigación, mayor será la solidez de nuestra comprobación.”<sup>61</sup>

---

un determinado marco teórico y permanece en él. Su finalidad consiste en formular nuevas teorías, modificar, cuestionar, refutar o validar las existentes, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico”

<sup>60</sup>GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso (2005). *La argumentación en el derecho*, Editorial Palestra. Lima, p. 49

<sup>61</sup> RAMOS NUÑEZ, Carlos. Ob. Cit., p. 129.

## IV. RESULTADOS

### 4.1. Sobre la excusa absolutoria

#### 4.1.1. Definiciones

Jiménez de Asúa, las define diciendo que, son “las causas de impunidad personal que hacen que, a un acto típicamente antijurídico, imputable a su autor y culpable, no se le asocie pena alguna por razones de utilidad pública”. Ahora bien, debemos señalar que “el fundamento doctrinario de las excusas absolutorias lo encontramos en la definición que de ellas nos da el citado autor: “causas de impunidad personal que hacen que, a un acto típicamente antijurídico, imputable a su autor y culpable, no se le asocie pena alguna por razones de utilidad pública”, es decir que son causas de impunidad utilitatis causa<sup>62</sup> ; o, razones de naturaleza familiar que justifican la exclusión de punibilidad.-

#### 4.1.2. La excusa absolutoria en el contexto internacional

Cuando se habla de excusas absolutorias, tal como señala Qisbert, las causas de impunidad son circunstancias personales que impiden la aplicación de la sanción dejando subsistentes todos los elementos del delito por los cuales el autor del hecho deja de ser considerado delincuente por razones de utilidad pública, política criminal y/o oportunidad política aunque conservando su responsabilidad civil.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Derecho Penal Especial. Editorial Reus: Madrid, 1959.

<sup>63</sup> QUISBERT Ermo. Causas de impunidad, recuperado de <https://jorgemachicado.blogspot.pe/2010/04/caim.html>



Sobre el tema Muñoz Conde y García Arán indican que tales circunstancias son las que rodean a la “persona del autor y que, por lo tanto, solo le afectan solo a él y no a los demás participantes del delito.” Por eso, en puridad, a estas circunstancias se debe denominar: Causas Personales de Impunidad.<sup>64</sup> Una causa de impunidad hace que un acto típicamente antijurídico imputable a un autor culpable, no se le considere delincuente.

Dentro de la Escuela alemana las causas de impunidad son también llamadas “Causas de Exclusión de la Pena”, y otros la conocen con el nombre “Excusas Absolutorias”, que vienen a ser circunstancias personales en que, a pesar de existir la antijuridicidad y la culpabilidad, queda excluida desde primer momento la posibilidad de imponer una pena al autor" (Augusto Kholer).

En diferentes Códigos Penales; el robo, hurto, extorsión, estafa, estelionato, apropiación indebida entre cónyuges ascendientes y descendientes, adoptante y afines en línea recta; hermano y cuñados si viven juntos (Código Penal boliviano Art. 359; Código Penal español Art. 268, 1, Art. 564; Código Penal alemán Art. 247, párrafo segundo). También el Desistimiento voluntario en la tentativa (Código Penal español Art. 16, 2). Rebelde que informa planes de ataque (Código Penal español Art. 480, 1) o sedicioso que rinden armas (Código Penal colombiano Arts. 125, 126, 127), son algunos casos de excusas absolutorias. La regularización de situación tributaria y parecidos (Código Penal español Art. 305, 4; Art. 307, 3; 308, 4). Depósito de cheque

---

<sup>64</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, García Aran, Mercedes, Derecho Penal, Parte General, Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 6ta, 2004,

girado en descubierto “antes de sentencia de primera instancia” (Código Penal colombiano Art. 357 inc. 3º) o en termino de 72 horas o cinco días de la presentación del cobro (Código Penal boliviano Art. 204; Código Penal español Art. 563 bis inc.b).

El delincuente deja de ser tal si paga en el delito de incumplimiento de deberes de asistencia familiar (Código Penal boliviano Art. 249; Código Penal colombiano Art.263); si vuelve en los delitos de abandono de mujer embarazada o abandono de familia (Código Penal boliviano Art. 250, 248); si se casa con el sujeto pasivo en el delito de violación (Derecho consuetudinario penal de la nación Qulla; Código Penal colombiano Art. 307), así como la Retracción de falso testimonio antes de la sentencia (Código Penal colombiano Art. 318). Son algunos casos de Causas Personales de Impunidad.

#### **4.1.3. La excusa absolutoria en el contexto peruano**

En el Código Penal Peruano se encuentra determinada en el Artículo 208.- Excusa absolutoria - Exención de Pena: No son reprimibles, sin perjuicio de la reparación civil, los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen:

1. Los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta.
2. El consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de tercero.
3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

Se ha considerado los delitos de hurto, apropiaciones ilícitas, defraudación y daños, entendiéndose como tales a las figuras o tipos básicos de tales delitos. Por otro lado, sostiene Peña Cabrera<sup>65</sup> “La exclusión de determinados delitos en las disposiciones generales obedece a la calidad del sujeto pasivo como a la gravedad del hecho. Así el robo simple, el agravado y el robo seguido de muerte”, además “La norma excluye implícitamente a los delitos de receptación, extorsión, chantaje, insolvencia fraudulenta y usurpación”.

**b. Los autores beneficiados:** Como beneficiarios de tales excusas, denominadas también “causas personales de exclusión de punibilidad, previstas en el texto del artículo 208, son los siguientes:

**1. Los cónyuges:** El Código Penal refiere solamente la calidad de cónyuge de la víctima, por lo tanto, sería indiferente que la pareja se encuentre haciendo o no, vida en común, de igual manera en relación con el cumplimiento o no de lo estipulado como derechos y obligaciones en el Código Civil vigente. Tema aparte, constituyen los casos de los matrimonios religiosos, toda vez que haciendo una interpretación de la norma, la misma estaría haciendo referencia la situación de los “cónyuges” de conformidad con lo prescrito en el Código Civil, es decir el caso específico del matrimonio

---

<sup>65</sup> PEÑA CABRERA. Alfonso. El Derecho Penal, Parte Especial Tomo I, Lima Editorial Moreno S.A., 2008.

civil. En todo caso, la situación de los casados en virtud del matrimonio religioso estaría considerada en la referencia que se hace, dentro de estas excusas, a los “concubinos”.

**2. Los concubinos:** Los concubinos constituyen la situación de las uniones de hecho, realidad social que tiene reconocimiento jurídico en el país para los fines propios del ordenamiento familiar peruano. Así dice el artículo 326 del Código Civil “La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años”.

Señala el Doctor Cornejo Chávez<sup>66</sup> que, el concubinato puede conceptuarse como “la convivencia habitual, esto es continua y permanente, desenvuelta de modo ostensible, con la nota de honestidad o fidelidad de la mujer y sin impedimento para transformarse en matrimonio”; de donde se infiere que no solamente hay relación sexual esporádica y libre de comercio carnal, sino también la convivencia violatoria de alguna insalvable disposición legal relativa a los impedimentos para contraer matrimonio. Por lo tanto, de acuerdo a esta posición doctrinal, el caso de las uniones de hecho, por ejemplo, entre dos personas que aún mantienen, vínculo matrimonial vigente

---

<sup>66</sup> CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. Derecho Familiar. Lima, Ed. Studium 1985.

con sus parejas anteriores, quedaría excluido de esta excusa absolutoria, en todo caso constituye un tema de discusión, formal y doctrinaria sobre el punto.

**3. Los ascendientes y descendientes:** Se entiende por ascendientes a los parientes en línea recta ascendente, es decir, padres, abuelos, bisabuelos, y demás progenitores. Mientras que, los Descendientes vienen a ser los parientes consanguíneos en línea recta descendente, es decir, los hijos, los nietos, bisnietos, etc. Los mismos que provienen de un tronco común. Señala Fidel Rojas<sup>67</sup> “El contexto de los ascendientes, descendientes no tiene una línea de demarcación temporal, dependiendo de la onticidad de la relación, es decir de la presencia de vida en los extremos parentales; incluyéndose aquí los hijos adoptivos, no siendo comunicable tal circunstancia a los padres biológicos de vivir éstos”. En este punto, es importante señalar que el Código, tampoco hace referencia a la situación real de los mismos, es decir, si se trata de hijos dentro o fuera del matrimonio, siendo el caso particular del adoptado una situación de debate doctrinal.

**4. Afines en Línea recta.** Esta afinidad, nace del parentesco producto del matrimonio, así tenemos a los suegros, yernos y nueras. Dicho vínculo nace del artículo 237° del Código Civil. Como bien explica Fidel Rojas “Los afines en línea recta, alude a los nexos de parentesco político surgidos entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro (art. 237 del C.C.) comprendiendo también el principio lógico de igualdad de razón a

---

<sup>67</sup> ROJAS, Fidel . Delitos contra el Patrimonio. Editorial Jurídica Grijley, Lima. 2000, p.566

los surgidos de las uniones de hecho (suegros, yerno, nuera, hijastro, hijastra, cuñados, en estos últimos con la salvedad hecha en el numeral 3, del artículo 208”. Asimismo, tampoco “es requisito que todos los nombrados en este primer orden vivan juntos, o lo hagan de forma continua o intermitentemente, pudiendo incluso de hecho estar separados los cónyuges, pero conservando el vínculo matrimonial, en todos estos casos la excusa absolutoria será invocable”.

**5. El consorte viudo,** respecto de las cosas de la pertenencia de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de otros.

“La muerte de un cónyuge, disuelve el vínculo familiar. En tal situación, los bienes familiares sufren un estado transitorio de confusión, pues materialmente es imposible determinar con precisión los bienes que pertenecen al cónyuge supérstite o al fallecido; en este sentido la ley exime de pena al cónyuge sobreviviente que dispone de los bienes de su difunto(a), mientras no hayan pasado al poder de otros. Por “otros” debemos entender aquellas personas sin vinculación familiar en los grados establecidos; de existir esta relación, el autor estaría exento de responsabilidad penal por esta razón. En consecuencia, “otro” será un tercero, extraño, sin vínculo parental, que sufra el perjuicio patrimonial. Esto significa que estrictamente en esta parte, el requisito parental entre los sujetos, no sea exigible y que su inclusión se explica, en razón al vínculo que existió entre el cónyuge supérstite y el desaparecido, y en el deseo de preservar el vínculo familiar primero.

**6. Los hermanos, cuñados si viviesen juntos.** Esta última referencia o consideración sobre la excusa absolutoria, tiene en cuenta a los hermanos bilaterales como unilaterales, incluyendo a los cuñados. Cabe notar la exigencia de la cohabitación de tales personas en estos casos, así dice el inciso respectivo: “siempre que viviesen juntos”. “Como es notorio, existen aquí algunas restricciones a la relación parental” (...). Los delitos señalados “entre los hermanos y los cuñados para no ser punibles deberán estar complementados además por el dato de cercanía física, por el hecho de residir en el mismo espacio habitacional, residencia o casa; donde la frase “vivir juntos” se referencia en un morar o habitar con el sujeto pasivo del delito”.

#### **4.2. Caso emblemático en el Distrito Judicial de Ancash.**

**Expediente 2000-63 (modificado-2000-01043) Hurto agravado: Agraviado -Mendoza Canto Walter Ernesto; Inculpados Márquez Torre María Antonia y Paytán Huacachi José.**

El día 21 de abril de 1999, el señor Walter Medoza Canto presentó una denuncia ante la DIVINCRI-Huaraz, expresando que en horas de la madrugada de la referida fecha fue víctima de hurto agravado de aproximadamente 60 mil dólares americanos del interior de la casa de cambio OH- NANAY, indicando que este hurto se habría realizado con llaves duplicadas por cuanto no existía violencia en las puertas que aseguraban esta oficina.

Realizadas las investigaciones policiales se establecieron indicios que la autora de este hurto agravado habría sido su esposa María Antonia Márquez Torre, quien le había facilitado llaves duplicadas de la referida casa de cambio a su primo José Paytán Huacachi –residente en la Ciudad de Lima. Las pruebas indiciarias eran qué; **a)** Las relaciones conyugales estaban totalmente afectadas, el esposo había amenazado con divorciarse; **b)** El día del hurto, el esposo no se encontraba en esta Ciudad, quien cerró el negocio fue la cónyuge, la misma que sabía la cantidad de dinero existente y el lugar exacto donde se guardaba de manera secreta; **c)** La no existencia de violencia en los candados y puertas de este negocio; **d)** Antes y después del hurto las constantes llamadas telefónicas entre la esposa del agraviado y su primo José Paitán Huacachi.

En la etapa de investigación judicial, la referida encausada procedió a deducir la Excepción de Naturaleza de Acción, la misma que en esta etapa no fue resuelta oportunamente. Asimismo, la Defensoría Especializada en los Derechos de la Mujer, ante una queja efectuada por la investigada, remitió a la Juez del Primer Juzgado Penal, el Oficio N°. 355-2000/DP-DM del 13-10-00, quien expresaba su preocupación por la inaplicación del Art. 208 del Código Penal a favor de la citada cónyuge, exhortándole el cumplimiento de esta norma.

Concluida la etapa de instrucción, el Fiscal de la Primera Fiscalía Penal



opinó por el sobreseimiento de esta instrucción, por cuanto para el representante del Ministerio Público no existían pruebas directas que vinculen a los dos inculpados con la comisión del delito. La Juez del Primer Juzgado Penal, quien tenía un criterio distinto, “elevó en consulta” el expediente al Fiscal Superior Penal, quien desaprobó la consulta efectuada, sustentando su decisión en “las Excusas Absolutorias” del Art. 208 de la norma sustantiva. Ante esta decisión, la magistrada de primera instancia, declaró “sobreseída la causa”. Como esta resolución era injusta, se procedió a interponer un recurso de apelación; el mismo Fiscal Superior se ratificó en su criterio anterior. La Primera Sala Penal declaró insubsistente el dictamen fiscal y concedió al Juez de primera instancia un plazo de 30 días para que realice diligencias que permitan el esclarecimiento de los hechos.

Concluida esta etapa investigatoria excepcional, la Fiscal de la Primera Fiscalía Penal, con el mismo criterio de su antecesor, nuevamente opinó por el “sobreseimiento de la instrucción”; el Juez penal que reemplazó a la magistrada que elevó en consulta la primera vez, compartiendo la opinión expresada “declaró sobreseída la causa, disponiendo su archivamiento”. Esta decisión jurisdiccional fue apelada, el mismo fiscal superior que había emitido los dictámenes anteriores, reiteró su opinión por tercera vez que este delito no era punible, por causas de exclusión de pena, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 208 del Código Penal. Los nuevos integrantes de la Primera Sala Penal de esta Corte Superior de Justicia con similar criterio “...confirmaron la resolución materia de grado...”; con lo que concluyó este

proceso, sin que exista justicia ante la comisión de un delito que afectó la estructura familiar de los involucrados.-

#### **4.3. Propuesta de modificatoria del Artículo 208 del Código Penal**

##### **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

El presente proyecto de ley tiene por finalidad modificar y ampliar los alcances jurídicos establecidos en el artículo 208 del Código Penal, el mismo que en su redacción actual, si bien es cierto permite la integración, convivencia o armonía familiar, también existe la posibilidad que permita legalmente la comisión de los delitos que se indican en esta norma, sin posibilidad de sanción penal. Esta última circunstancia podría generar niveles de impunidad para el sujeto(s) activo(s) ante la comisión premeditada de un ilícito que afecte de manera sustancial o importante el patrimonio o relación familiar entre familiares en línea recta o colateral.

La redacción actual del artículo 208 de la norma sustantiva establece las causas personales de exclusión de punibilidad entre los parientes de manera genérica, orientada a mantener el respeto mutuo y vínculos de concertación dentro del núcleo familiar. Esta orientación jurídica es buena y oportuna; sin embargo existen condiciones excepcionales o circunstancias agravantes que hacen inaplicable este beneficio personal; pues, actualmente en la sociedad pueden materializarse hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen: Los cónyuges, concubinos ascendientes descendientes y afines en línea recta, el consorte viudo, los hermanos y

cuñados si viviesen juntos, los mismos que por la naturaleza de su comisión e implicancias en el contexto familiar y social, no solo deteriora la relación consanguínea y afín, sino que la afectación tiene una incidencia directa en la relación familiar. Ante estos hechos evidentemente, debe de otorgarse facultades discrecionales tanto a los Fiscales como a los Jueces para viabilizar todas las condiciones procesales que permitan la aplicación de una sanción punitiva legal.

En la actualidad, de acuerdo a la redacción y vigencia de las Excusas

Absolutorias establecidas en el artículo 208 del Código Penal, existe imposibilidad legal que uno de los familiares indicados en los Numerales 1, 2 y 3 de la citada norma, pueda conseguir la imposición de una pena y su correspondiente reparación civil, ante la existencia de uno de los hechos antijurídicos indicados en ella; pues, si bien es cierto puede realizar la denuncia correspondiente, existen mecanismos procesales que impiden que pueda materializarse una condena como:

- Recepcionada la denuncia, el fiscal penal evaluando las condiciones procesales establecidas en el Art. 208 del Código Penal, de manera directa e inmediata puede emitir una “Disposición que no procede el inicio de diligencias preliminares”.-
- Si el Representante del Ministerio Público determina la procedencia de una investigación, en esta etapa preliminar o en la preparatoria, el denunciado puede deducir la Excepción de Improcedencia de Acción y

ante esta pretensión procesal, el Juez de Investigación Preparatoria no tendrá otra opción que declarar fundado este medio de defensa. -

- Si las dos hipótesis no se materializan, existe la posibilidad de que, en la etapa de control de acusación, el magistrado penal puede disponer el “sobreseimiento” de la referida investigación, de oficio o a solicitud del acusado.
- Si en el periodo intermedio no sucede ninguna de las circunstancias expuestas, todavía existe la posibilidad que el Juez unipersonal puede absolver al acusado, utilizando esta excusa absolutoria.

De esta manera pueden quedar impunes los delitos regulados en este artículo, los cuales por la naturaleza de su comisión y condiciones excepcionales en su materialización y consecuencias legales, pueden y deben merecer sanción penal de acuerdo a la facultad discrecional que debe otorgarse al magistrado penal. -

Dentro del contexto anotado, ante una denuncia del sujeto pasivo comprendido en el artículo 208 del C.P, debe conferirse facultades a los representantes del Ministerio Público, para disponer el inicio de las investigaciones preliminares y preparatoria; y, ante la existencia de indicios razonables que han permitido identificar al autor o autores del correspondiente injusto penal, puedan formular la acusación correspondiente. De igual manera, después de la etapa de

control de acusación, otorgar facultades discrecionales a los magistrados penales que puedan imponer la pena que corresponda.

Si bien es cierto que las Excusas Absolutorias establecidas en el artículo 208 del Código Penal tienen como objetivo primordial garantizar una convivencia armónica dentro de un núcleo familiar; orientación aceptada y adoptada por la Comisión que elaboró y revisó el código sustantivo vigente. Por diversos hechos típicos que han sucedido y pueden suceder, los cuales exceden las condiciones de respeto mutuo en un entorno consanguíneo o afín, la modificación que se propone se encuentra justificada, no solo por sus consecuencias legales, sino por la repercusión social que pueden tener un evento delictivo, el mismo que puede ocasionar grave daño al patrimonio, imagen personal de agraviado o afectación familiar que imposibilite una vida en común.

Como se puede apreciar en esta exposición de motivos, si bien es cierto que el artículo 208 materia de análisis, está orientado a preservar las condiciones de convivencia pacíficas dentro de una familia; también tiene un efecto negativo pues permite actualmente que el autor o autores de los delitos que se encuentran expresados en esta norma, puedan gozar de impunidad legal ante la comisión de delitos indicados precedentemente.

## **ANALISIS DE COSTO BENEFICIOS:**

La aprobación de esta propuesta legislativa será totalmente positiva; por cuanto, establecerá nuevas condiciones jurídicas a las ya determinadas en el Art. 208 del Código Penal. Pues, otorga facultades discrecionales a los magistrados para imponer penas cuando la naturaleza del ilícito cometido justifica no solo una respuesta punitiva del Estado, sino la determinación de una reparación civil. Esta circunstancia no solo garantiza una adecuada relación interfamiliar, sino que, ante denuncias penales presentadas por los agraviados, los jueces tengan competencia procesal para evaluar si la conducta antijurídica es pasible o no de sanción judicial.

## **INCIDENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL:**

Este proyecto de ley se justifica, pues, permitirá una mejor reglamentación de las condiciones de exclusión de punibilidad entre los parientes; de esta manera se evitará condiciones de total impunidad que actualmente permite el Art 208 del Código Penal. Esta modificación o complemento de la citada norma elimina el vacío legal existente en la actualidad; garantizándose una convivencia familiar que respete los derechos patrimoniales de sus integrantes y otorgando una protección adecuada a los núcleos familiares ante la comisión de delitos que afectan o alteran su integridad. Norma que permitirá mejores condiciones de respeto social. –

“Año del buen servicio al ciudadano”

**Proyecto de Ley N°.....**

Ley que modifica el artículo 208 del Código Penal, que regula las Excusas Absolutorias –

PROYECTO DE LEY

El Congreso de la Republica

Ha dado la ley siguiente:

**LEY QUE MODIFICA LOS ALCANCES DEL ARTICULO 208 DEL CODIGO PENAL SOBRE EXCUSAS ABSOLUTORIAS.**

ARTICULO 1: OBJETO DE LA LEY:

La presente ley tiene por objeto ampliar las condiciones jurídicas descritas en el artículo 208 del Código Penal, referente a otorgar facultad discrecional a los magistrados, para que puedan aplicar sanción punitiva en los casos establecidos en la norma en comento.

ARTICULO 2: Modifíquese el artículo 208 del Código Penal, en los siguientes términos:

Agregar al texto vigente el siguiente párrafo:

“Por la naturaleza y circunstancias en la comisión de los delitos indicados precedentemente y ante la denuncia del sujeto pasivo; el Representante del Ministerio Público puede ejercitar la acción penal y el juzgador en la etapa correspondiente, con facultad discrecional puede imponer una sanción penal, sin perjuicio de la excusa absolutoria establecida por ley; y, además disponer el pago de una reparación civil acorde al daño causado”.

Quedando redactado el artículo de la siguiente manera:

#### ARTICULO 208: EXCUSA ABSOLUTORIA:

No son reprimibles, sin perjuicio de la reparación civil, los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen:

1. Los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta.
2. El consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge:  
  
mientras no hayan pasado a poder de tercero.
3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

Por la naturaleza y circunstancias en la comisión de los delitos indicados precedentemente y ante la denuncia del sujeto pasivo; el Representante del



Ministerio Publico puede ejercitar la acción penal y el juzgador en la etapa correspondiente, con facultad discrecional puede imponer una sanción penal, sin perjuicio de la excusa absolutoria establecida por ley; y, además disponer el pago de una reparación civil acorde al daño causado.

## V. DISCUSIÓN

Iñigo Olza, Sanz <sup>1</sup> en su tesis titulada “La Excusa Absolutoria del Artículo 268 del Código Penal Español” arriba a las siguientes conclusiones: Como hemos podido ver a lo largo de todo el trabajo, la excusa absoluta “estrella” es la incluida en el artículo 268 del Código Penal, al menos por el gran número de resoluciones judiciales recaídas. Esta excusa absoluta, podría no existir porque perfectamente cabría subsumirla en la circunstancia mixta de parentesco si se mantuviera su efecto modificando dicha circunstancia. Respecto a la gran parte de excusas absolutorias, por su naturaleza y configuración jurídico-penales están muy vinculadas a la teoría de la reparación, por lo que también podrían ser incluidas en las normas relativas al desistimiento y el arrepentimiento activo, todo ello en relación o con atención al principio de intervención mínima o carácter de “última ratio” del Derecho Penal.

En Cuba las investigadoras Martínez Morales Lien y Alfonso Martínez Mayelín<sup>2</sup> titulada en el estudio titulado “Las excusas legales absolutorias en nuestro ordenamiento penal cubano”, los responsables arriban a las siguientes conclusiones: Se mantiene la Excusa Legal Absolutoria para eximir de pena a los parientes próximos que cometan los delitos de Hurto, Estafas, Apropiações Indebidas o Daños que se causaren recíprocamente estos parientes, quedando solamente sujetos a la responsabilidad civil. Se aborda en este trabajo de investigación, también algunos de los delitos en los que se exige un presupuesto que implica que antes de que el Tribunal inicie su actuación o posteriormente para que se

realice el juicio oral se cumplan determinadas condiciones o requisitos exigidos por la Ley para que dicho órgano pueda ejercitar su función jurisdiccional.

En la Universidad San Carlos de Guatemala, Pineda Arteaga César Augusto<sup>3</sup> en la investigación titulada “Las Causas eximentes de responsabilidad criminal”, el investigador arriba a las siguientes conclusiones: Se establece la importancia de distinguir las diferencias entre causas de inculpabilidad y causas de justificación, lo cual implica una mejor concepción del derecho penal en su parte general. Se comprobó que permanentemente todas las causas de inculpabilidad cambian en las doctrinas modernas. Además, las causas de justificación y sus diferencias con las causas de inculpabilidad. El cumplimiento de un deber jurídico, no es causa de inculpabilidad, como obediencia debida, sino una causa de justificación, toda vez que se trata de una conducta legalmente autorizada.

Otro estudio en la Universidad de San Carlos de Guatemala a cargo de Almodóvar Puig, Borja<sup>4</sup> titulada “Juicio crítico a la existencia de ilícitos perseguibles a instancia de parte y alternativas de solución”. Una de las conclusiones de la investigación: Junto a los requisitos de perseguibilidad privado, señalan que las leyes penales españolas contemplan otras tantas figuras que pueden evitar o condicionar la imposición de la correspondiente pena en función de las concretas circunstancias del caso. Estas suertes de excepciones conforman un grupo verdaderamente heterogéneo y difícilmente clasificable, que irían desde las causas genéricas de exención de la pena del Art. 130 CP muerte del reo, indulto, perdón del ofendido, etc., a otras específicas igualmente variadas condiciones objetivas de

punibilidad, excusas absolutorias, exenciones, inviolabilidades e inmunidades frente a la jurisdicción penal.

En la investigación de Erazo Sarzosa, Carmen Alexandra<sup>5</sup> titulada “El análisis jurídico de la excusa legal absoluta del aborto terapéutico”, de la Pontificia Universidad del Ecuador en el año 2014. La investigadora concluye que se puede ver que existen interesantes teorías, doctrina, leyes nacionales e internacionales que aportan conceptos para la interrupción del embarazo por causas terapéuticas. Que, gracias al análisis de la legislación de otros países, se puede ver que existe el aborto terapéutico en algunos de ellos, tal como es el caso de Argentina, México y Perú; se puede ver que la figura de aborto existe y los elementos son muy parecidos a los elementos que hay en su legislación que constituyen la figura del aborto, siendo estos el grave peligro de vida y salud de la madre, que no puede ser evitado por otros medios, que la interrupción del embarazo sea hecha por un médico o algún personal capacitado de salud, y que exista el consentimiento de ésta, parientes íntimos o representante legal en caso de que ella no lo pueda dar. Del mismo modo en cuanto a la excusa absoluta sobre el caso en estudio, se concluye que, en muchos países como El Salvador, no se encuentra estipulado en su Código Penal.

Medina Colombani, José Gregorio<sup>6</sup> en la tesis titulada “El principio dispositivo y el poder discrecional del Juez Constitucional en Venezuela”. De la Universidad de Monteávila, correspondiente al año 2011. Tipo de investigación documental. Las conclusiones son las siguientes: Como se ha expuesto, ciertamente el imperio absoluto del principio dispositivo impide la realización de la justicia. Su

rigorismo y la apatía (como señala Rodríguez Urraca) pervierten la sentencia y distancian esta de necesidades del justiciable. La “justicia mercenaria”, como se ha aludido a los resultados que generan la aplicación absoluta del principio dispositivo, ha tenido que ceder espacio a la participación activa del juez como sujeto procesal, quien, no obstante la consagración del principio inquisitivo, todavía tiene “temor” en hacerlo. Luce en este caso que se tuviere mejor conocimiento de esas facultades reconocidas por la ley, pues en gran número de estas causas judiciales el uso del poder discrecional encuentra mayor recurrencia.

Morales Santos, Cándida Mercedes <sup>7</sup> en la tesis titulada “Análisis jurídico de las excusas absolutorias de la pena y su regularización en el Derecho Penal Guatemalteco”. Las conclusiones de la investigación son las siguientes: El derecho penal es una rama del derecho público y persigue algunos fines, tales como el ser sancionador, preventivo y rehabilitador ante aquellas conductas cometidas por personas que infringen la ley penal. Las penas contenidas en su Código Penal, tal y como lo aduce la doctrina tienen un carácter retributivo por la comisión de un delito. Asimismo, cumplen una doble función al ser del tipo de la prevención ya sea general o especial. Las excusas absolutorias están consideradas en el Código Penal del citado país. La indemnización de daños y perjuicios provenientes de la comisión de un hecho delictivo, está contemplada en su código penal como responsabilidad civil y no como la reparación del delito. Esta última posibilidad puede constituir una pena alternativa e incluso principal en algunos delitos, no así en todos.

El estudio de Sarceño González, Katty Mariflor<sup>8</sup> titulada: “El delito de negación de asistencia económica y sus consecuencias jurídico procesales en el imputado”, de la Universidad San Carlos de Guatemala, correspondiente al año de 2011. La investigadora concluye que las excusas absolutorias en el delito de negación de asistencia económica, se dan en los casos siguientes: **a)** Cuando el autor de este delito, prueba no tener posibilidades económicas para el cumplimiento de su obligación (Art. 242 del Código Penal), esto se da en virtud que muchas veces el imputado de este delito se encuentra desempleado y no se le puede pedir que cumpla con su obligación cuando él mismo es víctima de los desajustes económicos del país, ajenos a la intrínseca naturaleza humana; **b)** Cuando el obligado paga la cantidad que ha sido motivo de la llamada negación, y garantiza suficientemente a criterio del juez de familia, el cumplimiento de su obligación, quedando exento de sanción por haberse obtenido el fin perseguido, o sea el pago de los alimentos.

Burgos Silva, Carlos Alfonso<sup>9</sup> en su investigación titulada “Del Requerimiento Penal”, de la Universidad del Salvador, correspondiente al año 1998. El investigador hace referencia que en el Código Penal de San salvador, la excusa absolutoria tiene como fundamento, en cuanto a la Irreprochabilidad como ya se dijo, el móvil que determina al agente a actuar o el que la ley toma en cuenta porque el legislador estima salvaguardar algún interés con ello; en cambio, la inculpabilidad tiene como base que el legislador no debe ni puede exigirle otra conducta que la observada por el agente en virtud de la falta de dolo o culpa, o preterintencionalidad, esto sin embargo fue así, en la época del clasicismo; en el positivismo, se fundamentan las excusas

absolutorias en la mínima o nula peligrosidad del agente que realiza u omite el acto y al que la ley le suprime la penalidad, encontrando en ambas escuelas como común denominador, el móvil. Como una conclusión principal señala: Si las excusas absolutorias subsisten se debe a que por política criminal y porque el legislador no se ha atrevido a declarar como casos de atipicidad conductas que en el fondo son típicas pues encierran antijuricidad en un grado mínimo. Por otra parte, se debe distinguir entre “extinción de la responsabilidad” y excusa absolutoria; aquella es el género, ésta la especie, puesto que es una de las causas que excluyen, extinguen la responsabilidad.

Delgado de León, Francisco<sup>10</sup>, en su investigación titulada “Estudio sobre el delito de evasión de presos desde la doctrina, el derecho positivo y la jurisprudencia en México” en el 2012. De la Universidad Autónoma de Nuevo León, correspondiente al año 2012. El objeto de la tesis se basa en la investigación del delito de evasión de presos para tratar de encontrar si los elementos del tipo pudieran aplicarse a los funcionarios encargados de algún establecimiento carcelario o alguna relación entre la conducta de dichos funcionarios, con la conducta de los custodios encargados de vigilar a los presos, especialmente en cuanto al favorecimiento para que se dé el delito de evasión de algún preso. Como conclusión señala que, como la excusa condicionada y absolutoria en el delito de fuga de presos, las sanciones no comprende a los ascendientes, descendientes, cónyuge o hermanos del prófugo, ni a sus parientes por afinidad hasta el segundo grado, pues están exentos de toda sanción, excepto en el caso de que hayan proporcionado la fuga por medio de la violencia en

las personas o fuerza en las cosas. (art.151). Complementándose que el parentesco, fundamento de la excusa absolutoria consagrada por el precepto, sólo puede ser: por consanguinidad, por afinidad o civil (art. 292 c.c.). Los ascendientes, descendientes y hermanos del prófugo son sus parientes por consanguinidad (art. 293 c.c.). El parentesco por afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón (art. 294 c.c.). Cada generación forma un grado (art. 296 c.c.). La excusa absolutoria se funda en los móviles afectivos determinantes de la conducta, objetivos que deben ser desinteresados, egos altruistas. En cuanto a los medios, no han de ser delictivos.

En el Perú Piscoya Ordóñez. Giafranco y Rodríguez Marcel, Jean Carlo <sup>11</sup>, en su investigación titulada “El uso indebido de tarjetas de débito o crédito entre familiares frente a la excusa absolutoria del Artículo 208 del Código Penal Peruano en 2014” Como conclusiones se determina que al no poder denunciar penalmente a los familiares por ese uso indebido de la tarjeta de crédito o débito, se aplica en lo concerniente a la excusa absolutoria, que son aquellas causas que han dejado subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, que impiden la aplicación de la pena. El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo con una prudente política criminal. Asimismo en relación con la legislación comparada, como por ejemplo en los países de Alemania y México pueden iniciar una acción privada denominada querrela, y que se puede sancionar con pena efectiva a parte de la indemnización que tiene que pagar el querrellado, lo que no ocurre en nuestra normatividad penal y procesal.



## **VI. CONCLUSIONES**

### **Conclusión general**

En los códigos penales de diferentes países del mundo, de acuerdo a la revisión de la literatura especializada y tomando como referencia los antecedentes de la investigación, se encuentra determinado que las excusas absolutorias son causas que al dejar subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho tipificado como delito en la ley, impiden la aplicación de la pena, es decir, son aquellas en las que aun cuando se configure el delito, no permiten que se sancione al sujeto activo en casos específicos; en tanto que las excluyentes de responsabilidad se caracterizan por impedir que ésta surja. En las excusas absolutorias la conducta es inculpada, pero no sancionable, consecuentemente no relevan al sujeto activo de su responsabilidad en la comisión de la conducta típica, sino que determinan su impunidad.

### **Conclusiones específicas**

1. El Artículo 208 del Código Penal Peruano establece como excusas absolutorias los actos típicos que no son reprimibles, sin perjuicio de la reparación civil, como: los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen: Los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta, el consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge, mientras no hayan pasado a poder de tercero, los hermanos y cuñados, si viviesen juntos”.

2. Señala claramente la norma penal, aquellos casos, en los que, por la calidad personal del agente en relación con la víctima, no pueden ser objeto de represión penal. Tema de gran debate a nivel doctrinario, asimismo, objeto de diversas consideraciones entre lo real y la finalidad del derecho penal. De esta manera queda claro, que tales requisitos o excusas, lo que hacen es impedir la punibilidad, no extinguir el delito, el delito sí existe; lo que no se puede hacer, en estos casos únicos, es el de, sancionar al autor de conformidad con los alcances del artículo 208°.
3. Dentro de los alcances de las excusas absolutorias en el Perú tal como lo establece el Artículo 208 del Código Penal Peruano se consideran los delitos de hurto, apropiaciones ilícitas, defraudación y daños, entendiéndose como tales a las figuras o tipos básicos y agravados de tales delitos.
4. Los beneficiarios de las excusas absolutorias de acuerdo al Artículo 208, son los siguientes: Los cónyuges, los concubinos establecidos por el artículo 326 del Código Civil. Los ascendientes directos como los padres, abuelos, bisabuelos, y demás progenitores. Mientras que como descendientes como los hijos, nietos, bisnietos. También se considera a la afinidad en línea recta como los suegros, yernos y nueras. Dicho vínculo nace del artículo 237° del Código Civil. También se incluye a los hermanos y cuñados si viviesen juntos.
5. La evaluación discrecional de acuerdo a la Teoría General del Derecho es la función científica que significa un modo de operar, de actuar, de realizar algo, consistente en la adopción de decisiones mediante una elección entre diferentes

alternativas, entendiéndose, así como una potestad jurídica, mas no como un pretexto para la arbitrariedad, porque ello significaría la negación del derecho e implicaría el desconocimiento pleno del principio de legalidad.

6. El caso típico de la excusa absolutoria en el Distrito Judicial de Ancash analizado en el Expediente 2000-63 (modificado-2000-01043) por el delito de Hurto agravado donde el agraviado fue el Sr. Walter Ernesto Canto Walter Ernesto, y figurando como inculpados María Antonia Márquez Torre –su cónyuge, es un caso emblemático que justifica la necesidad de modificar el artículo 208 del Código Penal Peruano.

## VII. RECOMENDACIONES

1. La Comisión de Justicia del Congreso de la República debe evaluar la modificación del Artículo 208 del Código Penal, de acuerdo a las condiciones sociales actuales, pues la redacción de la citada norma se encuentra en un contexto socioeconómico del año 1991; y, habiendo transcurrido 26 años de vigencia de esta norma sustantiva, actualmente existen variables sociales y jurídicas que justifican su modificatoria o ampliación.
2. Ante una denuncia penal efectuada por una persona comprendida en el Art. 208 del Código Penal; el fiscal debe iniciar las investigaciones y ante las pruebas o indicios razonables que determinan la responsabilidad penal de un familiar en los grados determinados en la norma, debe formular acusación. El juez de investigación preparatoria, evaluando las condiciones objetivas y subjetivas de la comisión de un delito, debe aplicar su discrecionalidad jurisdiccional y disponer el sobreseimiento o emitir el auto de enjuiciamiento oral.
3. Los fiscales no pueden negarse a investigar una denuncia penal cuando existan condiciones de exclusión de punibilidad establecidas en el Art. 208 del Código Penal.
4. Si se presentan Excepciones de Improcedencia de Acción; el magistrado penal no debe aplicar directamente la prescripción dispuesta en el Art. 208 de la norma sustantiva; sino evaluar las condiciones de la comisión del delito y sus

consecuencias futuras en el núcleo familiar. Encontrándose facultado o habilitado a imponer una pena y la reparación civil que estime pertinente.

5. El magistrado penal, también puede optar por imponer o aplicar una reserva de fallo condenatorio.

## VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- FEDUPEL. (2016) Manual de trabajos de grado de especialización y maestría y tesis doctorales. Universidad Pedagógica Experimental Libertador. Caracas, 5ta. Edic.
- MARTÍNEZ MORALES, Lien y ALFONSO MARTÍNEZ, Mayelín. (2000). Las excusas legales absolutorias en nuestro ordenamiento penal.
- PINEDA ARTEAGA, César Augusto. (2005) Las Causas eximentes de responsabilidad criminal”. Guatemala: Universidad de San Carlos,.
- ALMODÓVAR PUIG, Borja. (2014) Juicio crítico a la existencia de ilícitos perseguibles a instancia de parte y alternativas de solución. España: Universidad Complutense de Madrid,.
- ERAZO SARZOSA, Carmen Alexandra. (2014). El análisis jurídico de la excusa legal absoluta del aborto terapéutico. Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- MEDINA COLOMBANI, José Gregorio. (2011). El principio dispositivo y el poder discrecional del juez constitucional en Venezuela. Universidad Monteavila.
- MORALES SANTOS, Cándida Mercedes. (2013). Análisis jurídico de las excusas absolutorias de la pena y su regularización en el Derecho Penal Guatemalteco. Universidad de San Carlos.

- SARCEÑO GONZÁLEZ, Katty Mariflor. (2011). El delito de negación de asistencia económica y sus consecuencias jurídico-procesales en el imputado. Universidad San Carlos de Guatemala,
- BURGOS SILVA, Carlos Alfonso. (1998). Del requerimiento penal. Universidad de El Salvador.
- DELGADO de LEON, Francisco. (2012). Estudio sobre el delito de evasión de presos desde la doctrina, el derecho positivo y la jurisprudencia en México. Universidad Autónoma de Nuevo León,.
- PISCOYA ORDÓÑEZ, Giafranco y RODRÍGUEZZ MARCEL, Jean Carlo. (2014). El uso indebido de tarjetas de débito o crédito entre familiares frente a la excusa absolutoria del Artículo 208 del Código Penal Peruano en 2014. Pimentel, Universidad Señor de Sipán .
- IÑIGO OLZA, Sanz. (2014). La excusa absolutoria del artículo 268 del Código Penal. España: Universidad Pública de Navarra.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Miguel. (1931). La teoría jurídica del delito. Madrid: Hermes.
- BAQUERO VERNIER, Ulises. (1985) Derecho Penal General, Tomo I. Venezuela: Universidad de Oriente.
- MACEDO MIGUEL, John. (2009). La excusa absolutoria. Recuperado de <http://johnmacedomiguel.blogspot.pe/2009/06/la-excusa-absolutoria.html>.

- MEZZICH ALARCÓN, Juan Carlos. (2009) Las excusas absolutorias.  
Recuperadode  
<http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=contenido&com=contenido&id=1978> .
- PEÑA CABRERA, Raúl. (1995). Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo I. Estudio Programático de la Parte General, Lima :Grijley,
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor .(1985) Derecho Familiar. Lima, Studium.
- ROJAS VARGAS, Fidel .(2000). Delitos contra el Patrimonio en la jurisprudencia. Lima: Jurídica Grijley,
- GUIBOURG Ricardo Alberto. (2001). La función judicial. Argentina:  
Universidad de Buenos Aires.
- ZAPATA LARRAÍN, Patricio. (2012). Justicia Constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado. Chile: Jurídica de Chile.
- CARRIÓ SUSTAITA, Genaro. (1997). Dworkin y el Positivismo Jurídico. Buenos Aires. Argentina. Universidad de Buenos Aires.
- CASSAGNE, Juan Carlos. (2005). La discrecionalidad administrativa. Buenos Aires: Lexis. Nexis, 2005.
- SILVA CIMMA, Enrique. (1989) Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Barcelona, Buenos Aires, México D.F, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile.
- MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. (2007) Algunas anotaciones en relación



con la discrecionalidad administrativa y el control judicial de su ejercicio en el derecho urbanístico colombiano.

- DE VEGA PINZÓN, Gabriel (1984) . La Discrecionalidad Administrativa, Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- DESDENTADO DAROCA, Eva (1997). Discrecionalidad Administrativa y Planteamiento Urbanístico, Construcción Teórica y Análisis. Pamplona: Aranzadi.
- CASSAGNE, Juan Carlos.(1990). La Revisión de la Discrecionalidad Administrativa por el Poder Judicial, España: Civitas.
- CASSAGNE, Juan Carlos. (2006). El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Buenos Aires-Argentina.
- SCHWARTZ, Bernard.(1991).El Control Administrativo Brown and Company, Boston, Toronto, Londres.
- Carrara, Francisco. Programa de Derecho Criminal parte general, Volumen I, Editorial Temis, Bogotá.
- BUSTILLOS RARAS, Miguel. (2005). El delito según los clásicos y contemporáneos. México, Editorial Trillas.
- SANZ MORAN, Ángel. (1995). El concurso de delitos en la reforma penal. Madrid.
- ROGRÍGUEZ DE VESA, José María. (1985). Derecho penal español. Madrid España. Ed. Dykinson.
- CARRÁNCA Y TRUJILLO, Raúl. (1980). Derecho penal mexicano. México:

Editorial. Porrúa.

- BERDUCIDO M, Héctor E. (2008). Derecho Procesal Penal. Recuperado de <http://procesalista.blogspot.pe/2008/>.
- SAMAELO, Lobos. Teoría del delito.(2013).Recuperado de <http://yavassamaelobos09.blogspot.pe/>.
- GARCÍA JIMÉNEZ, Arturo. (2003). Dogmática Penal En La Legislación Mexicana. México: Porrúa S.A.
- MEDINA PEÑALOZA, Sergio J. (2012). Teoría del Delito" Causalismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva". México: Angel editor.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. ( 2006). Manual de Derecho penal. Parte General, Buenos Aires, Argentina: EDIAR, 5ta41.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. (2009). Derecho Penal. Parte General, Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- CURY URZÚA, Enrique. (2004). Derecho Penal. Parte General. Chile.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (2009). Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. 2ª Edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MIR PUIG, Santiago. ( 2008). Derecho Penal: Parte General. Barcelona: Reppertor.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique.(1999). Estudios de derecho penal. Madrid: Tecnos.
- JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis.( 2003). Principios del Derecho Penal. La ley y el delito, Buenos Aires, Argentina: Abeledo–Perrot.
- CEREZO MIR, José. (1990). Curso de derecho penal español. Madrid: Tecnos.
- GÓMEZ RIVERO, Carmen. (2012). Nociones fundamentales de Derecho penal, Madrid: Tecnos.
- Diccionario Jurídico Español. (2005). Recuperado de [www.cubc.mx/.../42.-%20Diccionario%20Enciclopedico%20Juridico%20-%20%20Di....2005](http://www.cubc.mx/.../42.-%20Diccionario%20Enciclopedico%20Juridico%20-%20%20Di....2005).
- CASTELLANOS T., G. (2011). Derecho Familia. Bolivia: Gaviota del Sur, 51.
- SIERRA BRAVO, Restituto. (2001). Técnicas de Investigación social. Teoría y ejercicios, Madrid, PARANINFO.
- SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). Metodología de la Investigación Jurídico Social, Lima.
- ENCINAS RAMÍREZ, Irma (1987).Teoría y técnicas de la investigación. Lima, AVE S.A.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos y BAPTISTA LUCIO, Pilar. (2010). Metodología de la Investigación, México, Mc GRAW –HILL.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos. (2011). Cómo hacer una tesis de Derecho y no

Envejecer en el intento. Lima.

- ARANZAMENDI NINACONDOR, Lino. (2015). Instructivo teórico-práctico del Diseño y redacción de la tesis en Derecho. Lima, GRIJLEY editores.
- LARENZ, Karl. (2001). Metodología de la ciencia del Derecho. 2ª Edición. Barcelona, Ariel.
- ROBLES TREJO, Luis (2014). Guía metodológica para la elaboración del proyecto de Investigación Jurídica. Editorial Fecat, Lima.
- GASCON ABELLAN, Marina y GARCIA FIGUEROA, Alfonso (2005). La argumentación en el derecho, Editorial Palestra. Lima.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos. (2015). Cómo hacer una tesis de Derecho. Lima.
- QUISBERT Ermo. Causas de impunidad, recuperado de <https://jorgemachicado.blogspot.pe/2010/04/caim.html>
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, García Aran, Mercedes (2004) Derecho Penal, Parte General, Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 6ta.
- PEÑA CABRERA. Alfonso. (2008). El Derecho Penal, Parte Especial Tomo I, Lima Editorial Moreno S.A.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. (1985). Derecho Familiar. Lima, Ed. Studium.
- ROJAS, Fidel.( 2000).Delitos contra el Patrimonio. Editorial Jurídica Grijley, Lima.

## **ANEXOS**

“Año del buen servicio al ciudadano”

**Proyecto de Ley N°.....**

Ley que modifica el artículo 208 del Código Penal que regula las Excusas Absolutorias –

PROYECTO DE LEY

El Congreso de la Republica

Ha dado la ley siguiente:

**LEY QUE MODIFICA LOS ALCANCES DEL ARTICULO 208 DEL CODIGO PENAL SOBRE EXCUSAS ABSOLUTORIAS.**

ARTICULO 1: OBJETO DE LA LEY:

La presente ley tiene por objeto ampliar los alcances del artículo 208 del Código Penal, referente a otorgar discrecionalidad a los magistrados para que puedan aplicar sanción punitiva en los casos establecidos en la norma en comento.

ARTICULO 2: Modifíquese el artículo 208 del Código Penal, en los siguientes términos:

Agregar al texto vigente el siguiente párrafo:

“Por la naturaleza y circunstancias en+ la comisión de los delitos indicados precedentemente y ante la denuncia del sujeto pasivo; el Representante del Ministerio Publico puede ejercitar la acción penal y el juzgador en la etapa correspondiente, con facultad discrecional puede imponer una sanción penal, sin perjuicio de la excusa absolutoria establecida por ley; y, además disponer el pago de una reparación civil acorde al daño causado”.

Quedando redactado el artículo de la siguiente manera:

#### ARTICULO 208: EXCUSA ABSOLUTORIA:

No son reprimibles, sin perjuicio de la reparación civil, los hurtos, apropiaciones, defraudaciones o daños que se causen:

3. Los cónyuges, concubinos, ascendientes, descendientes y afines en línea recta.
4. El consorte viudo, respecto de los bienes de su difunto cónyuge:  
  
mientras no hayan pasado a poder de tercero.
3. Los hermanos y cuñados, si viviesen juntos.

Por la naturaleza y circunstancias en+ la comisión de los delitos indicados precedentemente y ante la denuncia del sujeto pasivo; el Representante del Ministerio Publico puede ejercitar la acción penal y el juzgador en la etapa correspondiente, con facultad discrecional puede imponer una sanción penal,

sin perjuicio de la excusa absolutoria establecida por ley; y, además disponer el pago de una reparación civil acorde al daño causado.