

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**La postura de garante de los altos funcionarios como criterio configurador
del delito de homicidio doloso en las manifestaciones sociales**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

Annie Maylin Delgado Cieza

ASESOR

Eliu Arismendiz Amaya

<https://orcid.org/0000-0001-8090-3207>

Chiclayo, 2024

**La postura de garante de los altos funcionarios como criterio
configurador del delito de homicidio doloso en las manifestaciones
sociales**

PRESENTADA POR
Annie Maylin Delgado Cieza

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR

Fátima del Carmen Pérez Purga
PRESIDENTE

Gladys Yolanda Patricia Ramos Soto Cáceres
SECRETARIO

Eliu Arismendiz Amaya
VOCAL

Dedicatoria

A mis padres, Lindsay y Eli, por su apoyo incondicional. A mi hermana menor Alexandra, por considerarme su ejemplo a seguir. A mi mamá Jesús Isabel, por creer siempre en mí. Por último, a mí, orgullosa de la persona en la que me estoy convirtiendo.

Agradecimientos

A Dios, por brindarme salud y bienestar, y a mi asesor, el Dr. Eliu Arismendiz Amaya, por ser inspiración en la poderosa carrera de Derecho, y por su orientación para llevar a cabo satisfactoriamente el presente trabajo de investigación.

Tesis - Annie M. Delgado Cieza final.pdf

ORIGINALITY REPORT

18%

SIMILARITY INDEX

18%

INTERNET SOURCES

7%

PUBLICATIONS

9%

STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

1	tesis.usat.edu.pe Internet Source	4%
2	hdl.handle.net Internet Source	2%
3	repositorio.ucv.edu.pe Internet Source	2%
4	idoc.pub Internet Source	1%
5	qdoc.tips Internet Source	1%
6	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Student Paper	1%
7	vsip.info Internet Source	1%
8	www.congreso.gob.pe Internet Source	1%
9	www.defensoria.gob.pe Internet Source	<1%

ÍNDICE

RESUMEN.....	6
ABSTRACT.....	7
INTRODUCCIÓN	8
I. Revisión de literatura	10
II. Materiales y métodos	21
III. Resultados y discusión	22
IV. CONCLUSIONES	39
V. RECOMENDACIONES	40
VI. REFERENCIAS.....	41
VII. ANEXOS.....	45

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como fin determinar criterios jurídicos en la postura de garante de los altos funcionarios, a partir del análisis y verificación del estatus que poseen, en razón del cargo, como criterio configurador del delito de homicidio doloso en las manifestaciones sociales. La tesis explora-como referencia-la denuncia constitucional N°150-2020, en contra del ex Presidente Merino de Lama, como presunto autor del delito en cuestión. De ahí que, se estudió el delito de omisión impropia, en tanto que, el sujeto activo/autor tiene incito el nexo de evitación, por lo que, está obligado a evitar que se produzca el resultado lesivo, y permite que se afecte al bien jurídico. Frente a ello, el estudio desarrollado tiene sustento en la tesis de infracción de deber, en la cual el estatus del alto funcionario por su condición especial y personal, no tiene relación directa con el resultado lesivo en el delito de homicidio. En tal sentido, no es posible pretender encajar la tesis del dominio del hecho, por cuanto, no domina ni el riesgo típico que exige un deber específico-deber que el Presidente no defrauda-previsto en una norma extra-penal. De ahí que, se propone la implementación de los criterios jurídicos de: el nexo de evitación, la previsibilidad y el hombre promedio en sociedad; en la postura de garante. Y a fin de operativizar los conceptos propuestos, se concluye que, no es posible atribuir responsabilidad penal al Presidente de la República.

Palabras clave: Postura de garante, altos funcionarios, Presidente de la República, delito de homicidio doloso, delito de omisión impropia, nexo de evitación.

ABSTRACT

The purpose of this research work is to determine legal criteria regarding the position of guarantor held by high-ranking officials, based on the analysis and verification of the status they possess by virtue of their office, as a determining factor in the crime of intentional homicide during social demonstrations. The thesis explores, as a reference, the constitutional complaint No. 150-2020 against former President Merino de Lama as the alleged author of the aforementioned crime. From there, improper omission offenses were studied, considering that the active/author subject has a duty to prevent the harmful outcome and allows the infringement of the legal interest. In light of this, the study is grounded in the theory of breach of duty, in which the status of a high-ranking official, due to their special and personal condition, does not have a direct relationship with the harmful outcome in the crime of homicide. Thus, it's not possible to fit the theory of control of the act, as there is no control over the typical risk that requires a specific duty - a duty that the president does not breach - provided by an extrapenal norm. Therefore, the implementation of the following legal criteria in the position of guarantor is proposed: the duty to prevent, foreseeability, and the average person in society. In order to operationalize the proposed concepts, it is concluded that it is not possible to attribute criminal responsibility to the President of the Republic.

Keywords: Position of guarantor, high-ranking officials, President of the Republic, crime of intentional homicide, crime of improper omission, avoidance nexus.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación versa sobre el estudio y análisis de la postura de garante de los altos funcionarios como criterio configurador del delito de homicidio doloso en las manifestaciones sociales, entiéndase estas como, Gunder, A. Fuentes, M. & Saez, J. (2016) la reunión grupal fundada en un sentimiento de justicia y moral, frente a transgresiones o privaciones en un estado social, el cual se encuentra dentro de las amenazas en crecimiento del sistema penal, ya que, en los últimos años, se ha dado con mayor fuerza las manifestaciones sociales, en los distintos países del mundo.

En nuestro País, en los últimos años, se vienen dando manifestaciones sociales, de tal modo que, en el 2020, la ex fiscal de la nación, Zoraida Avalos Rivera, formuló acusación constitucional, contra el ex Presidente Merino de Lama como presunto autor por omisión impropia del delito de homicidio. De igual manera, la actual fiscal de la Nación Patricia Benavides formuló acusación constitucional por el delito de genocidio a la actual Presidenta del Perú Dina Boluarte, esto es, por las 60 muertes que se produjeron durante el paro nacional, donde se evidenció caos, bloqueo de vías, saqueos, violencia y muerte de personas, reportado por los medios de televisión y diarios oficiales periodísticos.

En razón de, la realidad caótica que presenta nuestro país, surgió el problema jurídico: ¿Cuáles serán los criterios jurídicos en la postura de garante de los altos funcionarios como criterio configurador del delito de homicidio doloso en las manifestaciones sociales? Para dar solución a la problemática descrita, se planteó como objetivo general determinar los criterios jurídicos en la postura de garante de los altos funcionarios como criterio configurador del delito de homicidio doloso en las manifestaciones sociales, para ello se analizó los postulados de la teoría funcionalista y subsecuentemente, la tesis de los delitos de infracción de deber.

Asimismo, con la finalidad de profundizar en el tema de estudio se estableció como objetivo específico analizar los criterios jurídicos en la postura de garante de los altos funcionarios, la cual encuentra su sustento en el nexos de evitación, punto que será estudiado y fundamentado más adelante. Siguiendo la línea de objetivos específicos, se planteó también verificar propiamente el criterio configurador del delito de homicidio doloso en las manifestaciones sociales.

Todo ello en razón de que, se considera al Presidente de la República como un alto funcionario, pues, según Eguiguren, en nuestro marco jurídico-constitucional peruano realiza a la par funciones de Jefe de Estado y de Gobierno. Por ello, se puede interpretar y entender que, tiene implícito el deber de crear un ambiente agradable, en el cual los ciudadanos puedan

desenvolverse y desarrollarse de manera eficiente y correcta, a su vez, fomentar la conciliación pacífica con la ciudadanía, por el bienestar común. No obstante, ello no podría abarcar la responsabilidad por la muerte de civiles, pues, sería atribuir de manera inequívoca responsabilidad al Presidente de lo que le suceda a cada uno de los millones de peruanos independientemente en cada manifestación social realizada.

De tal modo que, la presente investigación determina los criterios jurídicos en la postura de garante de los altos funcionarios públicos como criterio configurador del delito de homicidio doloso en las manifestaciones sociales, los cuales son; el nexo de evitación, la previsibilidad y el hombre promedio en sociedad. En razón de ello, se sustenta la postura crítica de que, no se puede atribuir responsabilidad penal al Presidente de la República por el delito en cuestión, puesto que, no es posible extraer la postura de garante del mandatario, ya que, las funciones en razón del cargo, señaladas por la Constitución, son deberes genéricos, y el dominio del hecho, del delito de homicidio, exige un deber específico- el cual no tiene el Presidente- previsto en una norma extra-típica.

I. Revisión de literatura

1.1. Antecedentes de estudio

a) Tesis Nacionales

León, L. & Santos, J. (2020), en su tesis de postgrado, Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión-Huacho, denominada: **“Los delitos de omisión en la ley penal peruana: el problema de la prueba”** intenta determinar si es factible la aplicación del concepto normativo del *“dolo en el Delito de Omisión de Actos Funcionales”*. Por cuanto, se pueda llegar a una solución o respuesta a la cuestión de; *“¿Cuál sería la correlación existente entre el concepto normativo del dolo y la actividad probatoria en los Delitos de Omisión de Actos Funcionales?”*

En tal sentido, esta investigación tiene como objetivo analizar si la denuncia constitucional N°150-2020 formulada por Zoraida Ávalos Rivera, ex fiscal de la Nación, contra el ex mandatario Merino de Lama está correctamente fundamentada para imputar responsabilidad penal al máximo representante de la Nación (Presidente) por el delito de omisión impropia en un delito de resultado; homicidio, por cuanto, es importante analizar si existe dolo, ya sea directa o indirectamente, o se trata meramente por culpa (consciente).

Chiok, J. (2020), en su tesis de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la Corrupción-PUCP-Lima, titulada: **“¿Mito o realidad?: El deber de garante del funcionario público en el Derecho Penal Peruano”**, propone una paráfrasis con relación a la responsabilidad de los funcionarios públicos, entendiéndolo como un *“superior jerárquico”* y la no existencia de una postura de garante de un funcionario público. En tal sentido, el funcionario o servidor público despliega un deber de garante, ya sea de salvaguardar el bien jurídico o de proteger una fuente de peligro; ello dependerá de cada caso en específico.

Se sabe que, el servidor público solamente tiene la responsabilidad de cumplimiento con respecto a lo estipulado en normas aplicables a su cargo. Sin embargo, queda en el aire la cuestión de qué pasa cuando en razón de ello, omite una acción que resguarda y protege el derecho en posible afectación. Por ello, determinar el deber de garante que posee es la clave para aplicar la responsabilidad penal (por incumplimiento del deber).

Vargas, J. (2019), en su tesis de posgrado, en la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo-Cajamarca, titulada: **“Fundamentos jurídicos para incorporar taxativamente el dolo eventual en el código penal peruano. Un estudio sobre la base del tipo penal de homicidio culposo”**, habla sobre el delito de Homicidio (Culposo). Realizando un estudio legal

- ortodoxo de la imputación subjetiva, con el fin de determinar si los sucesos materia de imputación están en la esfera del dolo eventual o de la culpa consciente.

Por lo que, es de relevancia en la investigación, ya que, implica el análisis con respecto a la responsabilidad penal del autor en el delito de homicidio, ya sea por dolo o por culpa, direccionándolo al caso en concreto, donde cabría o no la posibilidad de un autor con postura de garante que, en este caso, viene a ser el Presidente de la República, por lo que, se hace énfasis en la responsabilidad que en él recae.

Alvarado, K. (2022), en su artículo de investigación de la facultad de Derecho de la USAT, titulada: **“La responsabilidad del presidente de la república en el régimen presidencialista peruano”**, se enfoca a disminuir la irresponsabilidad del Presidente, lo cual es posible mediante una atribución de responsabilidad – propiamente - fundado en el principio de control recíproco de los actos de los poderes de gobierno, entendiéndose como una responsabilidad excepcional, esto es, exclusiva para ciertas autoridades constitucionales, por la acción contraria a la Constitución, la Ley y al bien común de la sociedad, en un Estado de Derecho democrático y social. De tal modo que, propone una modificatoria constitucional que una reforma constitucional que reglamente de modo concreto motivos distintos a los estipulados en el artículo 117° de la Constitución del Perú, para acusar propiamente al Presidente de la República.

Siguiendo esa línea, se afirma que nuestro Estado Peruano es un Estado de Derecho; democrático y social, lo cual supone que las autoridades constitucionales, es decir, el Jefe de Estado tiene inmersa la responsabilidad de responder por el poder otorgado a él, en nombre del pueblo. Por lo tanto, es relevante porque, debe y existe un control fiscalizador de dicho poder, pues, no puede ser usado este para ir en contra de nuestro ordenamiento jurídico ni contra el bien común y los derechos fundamentales de las personas, lo que supone, una sanción civil, administrativo, incluso penal y/o político.

b) Tesis Internacional

Singaña, J. (2019), en su tesis para obtener el título de Maestría en Derecho Penal, titulada: **“La omisión y la posición de garante en el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano”**, estudia una conducta que puede, debe prever el resultado lesivo al bien jurídico o derechos fundamentales de la persona, mediante una “inacción”, es decir, omisión. Empero, cabe recalcar que, tal conducta viene direccionada de personas que dirigen un Estado. De ahí que, el Estado asume la función de protección o garante de los bienes jurídicos y derechos fundamentales de

la persona; garantizando que todas las instituciones y autoridades estatales resguarden tal función. De tal modo que, tiene como fin establecer el fundamento teórico epistemológico de tal conducta, determinar los aspectos normativos que setomaron para tipificar los delitos omisivos y la postura de garante.

De ahí, su importancia para esta investigación, puesto que, se trata de estudiar la responsabilidad que puede o no tener el Presidente de la República, quien, por razón de su cargo, tiene una postura de garante frente a los integrantes de la sociedad que dirige y gobierna; en qué medida puede responder por inacciones, y cuáles son los límites. Todo ello, para un mejor análisis de la denuncia constitucional en cuestión, determinando una postura firme, de manera de coadyuve a fomentar una perspectiva crítica frente a situaciones complejas donde se pueden ver afectados bienes jurídicos de gran valía, tal como los casos de manifestaciones sociales.

1.2. Bases teóricas

1.2.1. Omisión impropia

Para comprender a la figura de la omisión impropia es importante empezar conociendo una figura que guarda plena relación con ella y que se erige como la base central sobre la cual gira el concepto de la figura bajo estudio. Estamos haciendo referencia a la omisión cuyo significado es bastante importante al momento de comprender a la omisión impropia como tal.

Sobre la omisión existen diferentes maneras de concebirla. Hay quienes la consideran como una forma de no hacer algo y otras que extienden tal concepción incluyendo a cuestiones íntimas al considerarla como una forma de no hacer una acción exigida o esperada. Lo cierto es que, para nuestra doctrina nacional la omisión viene a ser considerada, según Rodríguez & otros (2012) como la omisión de una acción esperada por parte del sujeto activo cuando tiene orden de actuar para evitar el resultado.

Tradicionalmente, la doctrina divide a la omisión en dos tipos, dentro de los cuales podemos encontrar a la omisión propia y la omisión impropia. Con el fin de no abordar conceptos no relacionados a la problemática bajo análisis y evitar confundir al lector, solo abordaremos la segunda clasificación a la que hicimos referencia.

En tal sentido, la omisión impropia o denominada también como comisión por omisión podemos decir que nuestro Código Penal le atribuye una estructura que permite diferenciarla de otras figuras. Siendo así, para que exista omisión impropia debe, en principio, existir una

correlación de causa-efecto entre el acto omitido y el resultado que se produce producto de dicha omisión. Además, es necesario que haya un deber de evitar un determinado resultado que le es atribuible a la persona que comete la omisión. (Rodríguez & otros, 2012)

Al respecto Stefani, G. (2018), manifiesta que, en este tipo de delitos la sustancia reside en no hacer lo debido, es decir, no realizando la acción mandada, por cuanto, se espera que el sujeto activo actúe, ya que, así lo dictamina el mandato legal y este hace caso omiso.

Siguiendo esa línea, Iriarte haciendo referencia a la omisión impropia señala que, lo que la llega a caracterizar es la obligación de evitar el resultado, esto es, la postura de garante, es decir, la teoría de equivalencia. (2017). Esto implica, para que se produzca la omisión impropia, la persona que realiza el acto tuvo que tener el deber de evitar que se produzca el resultado.

Por otra parte, de acuerdo con el portal web IDEH PUCP al referirse a esta figura señala que; sujetos determinados asumen la custodia de un bien jurídico determinado y es por ello que, obtienen dominio sobre el escenario de vulnerabilidad del bien jurídico tutelado por el tipo objetivo (2015). En ese sentido, la persona adopta un cúmulo de deberes que lo comprometen a operar como una especie de barrera protectora frente a posibles riesgos que puedan amenazar a los bienes jurídicos que se encuentran a su cargo.

En síntesis, desde nuestra perspectiva, se considera a la omisión impropia como aquel acto omisivo por el que una persona daña un bien jurídico que se encontraba bajo su custodia y protección, y sobre el cual tenía el deber de evitar que se produzca determinado resultado lesivo, debido a ello, se le imputa el delito como si dicho sujeto hubiera realizado la conducta punible.

1.2.1.1. Regulación de la omisión impropia por el Código Penal

Nuestro ordenamiento no deja de lado la regulación sobre esta figura, caso contrario, la acoge y la valida en nuestro sistema jurídico nacional. Así, en el Código Penal Peruano, la omisión impropia se halla taxativamente estipulada en el artículo 13°, el cual refiere que; aquel que omita impedir la realización del hecho punible será sancionado, si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo; y, si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

Frente a ello, se entiende que, se impone, al “garante” un deber de evitar el resultado, tal resultado producido corresponde al tipo penal, y quien quebranta su obligación de evitar el resultado será sancionado penalmente, por el resultado lesivo. Asimismo, podemos acotar que, en la omisión impropia, hablamos del deber de garante, por ende, llevándolo al tema en

concreto de esta investigación, si bien es cierto, bajo una manifestación social, a simple vista no existiría un deber de garante, recordemos que nos estamos refiriendo a una inconformidad en modalidad de manifestaciones sociales, por lo que, esto al final, recae en la responsabilidad de para quien se realizan esas manifestaciones, sobre todo, bajo los contextos socio – políticos que la sociedad peruana enfrenta.

Por otro lado, Oliva, H. menciona que; corresponde a la infracción de la norma preceptiva pero también una infracción a una norma de prohibición, es decir, que prohíbe ocasionar el resultado. Por lo tanto, la omisión se califica de impropia justamente porque constituye una manera de causar el resultado prohibido. (2013)

De esta afirmación, es donde podemos concluir que la omisión impropia también es una manera de causar el resultado ilegal o prohibido que no se espera, de igual forma, es que, por la infracción del deber de garante, es en donde recae la responsabilidad.

Finalmente, podemos mencionar que la omisión impropia es la acción que no se realiza; o caso omiso del sujeto activo o autor del delito, toda vez que, recae en él un deber intrínseco de resguardar y proteger el bien encomendado, es decir, se trata de un deber de garante, que lo enviste de responsabilidad de verse afectado dicho bien jurídico.

1.2.1.2. Teoría del funcionalismo

Con respecto al presente apartado, es importante poder dar un acercamiento a la postura doctrinaria que sostiene la presente investigación. Para ello, hemos decidido que la mejor para avalar la viabilidad de nuestra propuesta, es la teoría del funcionalismo; siendo así, Mayhua (S/F), explica que; la postura de garante tiene una aplicación de resguardo de un bien jurídico contra las transgresiones que pueda sufrir, además de la protección de una fuente de peligro determinada, como función de vigilancia. De este modo, encuentra su fuente en la Ley, en la convención, y en el acto precedente; exigiendo la efectiva asunción de la función, de donde deriva el deber de garante.

De esta explicación podemos entender pues que, bajo la teoría de funcionalismo, el deber de garante no solo se trata de cuidar al bien jurídico ante ciertos factores perjudiciales, sino que, también se refiere a que se debe proteger de la fuente de estos factores que pueden ocasionar perjuicio. Por lo que, en la presente investigación, bajo un pensamiento lógico, tenemos que evaluar si la fuente de un posible daño o perjuicio, dentro del deber de garante del Presidente de la República, sería de resguardar la seguridad de todos los ciudadanos.

1.2.2. Delito de homicidio

El delito de homicidio es un delito común regulado por nuestro Código Penal, en su parte especial, específicamente, en su Título I Capítulo I desde el artículo 106° al 113° del cuerpo normativo antes señalado. En tal sentido, este delito consiste en la acción que una determinada persona ejecuta con el fin de acabar con la vida de otra persona. De esta corta definición, se puede colegir que se pretende proteger el bien jurídico de la vida humana independiente, siendo su protección uno de los pilares más importantes de un Estado de Derecho.

Entre las características más importantes tenemos que, cualquier persona puede ser autor o víctima de este tipo de delito. A su vez, este delito es considerado como un delito de resultado, es decir, para su consumación es necesaria la muerte del titular del bien jurídico protegido. Finalmente, se caracteriza por ser una figura dolosa, sin embargo, también contempla una figura culposa, es decir, se sanciona también la muerte que se produce por una acción u omisión negligente, imprudente o carente de pericia. (Prado, 2017)

Es relevante y de suma importancia que en la presente investigación se tenga en cuenta lo que nuestra Carta Magna estipula que; la vida humana es el bien jurídico más importante que defiende el Estado. En tal sentido, el artículo uno refiere que; “La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla.” (Congreso de la República, 1993).

Entonces, el texto constitucional ya reconoce a la persona humana como el fin supremo, y con ello también a su protección, y es lo que nos interesa en el presente apartado, reconocer esa protección a la vida humana, puesto que, en el delito de homicidio lo que se atenta es ello mismo, la vida humana, y aún más si es que la Constitución reconoce como fin supremo a la persona, su vida también lo es.

Continuando con la presente investigación, en la recopilación de información, repasaremos lo expuesto por nuestro Código Penal, parte especial, título I; delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, específicamente, con respecto al delito de homicidio, abarcando a continuación, únicamente la tipificación del tipo base de homicidio.

Siguiendo esa línea, el artículo 106 regula el homicidio simple, refiriendo que, se privará de libertad entre seis y veinte años, a quien mate a otro. Como podemos evidenciar, en el tipo base de este delito, lo que se busca condenar es el daño a la vida de la persona, y como vemos, el tiempo de condena máximo planteado no es corto, por lo que, también se evidencia la concordancia entre pena y acción.

Por otro lado, el homicidio calificado se encuentra tipificado en el artículo 108° del

mencionado Código, en donde se menciona que; se privará de libertad a aquel que mate a otro en circunstancias específicas como ferocidad, codicia, lucro, placer, con el fin de ocultar o cometer otro delito, con gran crueldad, mediante fuego, explosión u otro medio que pone en riesgo la vida de las personas.

Al respecto se evidencia, junto con el artículo del tipo base, que la cantidad de pena es proporcional al tipo de conducta que refleja, mucho más, con las circunstancias agravantes específicas, para sancionar así, al sujeto activo que consume el delito, lesionando al bien jurídico tutelado.

De igual manera, para Camacho, A. (2017) implica la acción que provoca la muerte a una persona, y puede ser provocada por cualquier persona. Así, desde esta perspectiva, se afirma que, nuestro código penal, no solo protege el bien jurídico, pues, se centra en la condena la conducta de matar.

1.2.2.1. Estructura típica

a) Aspecto Objetivo

Este nivel del delito de homicidio, ostentas algunas características a tratar. Respecto a los sujetos, a la conducta, como también a los elementos concomitantes, los mismos que serán tratados en el presente apartado.

- **Elementos referentes a los sujetos**

En primer lugar, tenemos los elementos referidos a los sujetos, para ello, es necesario, primero hacer una pequeña reflexión. Con respecto al sujeto activo, tenemos que el delito de homicidio, presenta en su tipo penal, el pronombre “el que”, por lo cual, estamos frente a un caso de sujeto común, es decir, es un delito común.

Ahora bien, en el delito de homicidio calificado, también tenemos el pronombre antes mencionado, pero, adicionalmente tenemos una lista de diversos factores que deben ocurrir para poder catalogarlo de esa manera. Por lo que, a pesar de estar ante a un delito común por el sujeto. En el segundo supuesto es imprescindible que el sujeto activo tenga ciertas actitudes y atribuciones.

Por otro lado, con respecto al sujeto pasivo en el delito de homicidio, tenemos que, tal como lo menciona el Código Penal, es cualquier persona, puesto que, no hay distinción alguna en este tipo penal. Siendo así, tenemos que tanto en el caso del delito de homicidio simple como en el de homicidio calificado, el sujeto pasivo podrá ser cualquier persona.

- **Elementos referentes a la conducta**

Con respecto al contenido de la conducta, debemos tener en consideración lo que expresa el mismo Código Penal, en su artículo 106º: “El que mata a otro...” Como podemos ver la acción típica recae en el verbo matar, lo cual pues, significa privar de la vida a otra persona. De igual manera, teniendo definición más exacta por parte de la RAE, tenemos que, matar como verbo significa inhibir la vida a otro ser humano, y pues al tener en claro que es, no es necesario añadir cualquier juicio valorativo del mismo término.

Queda claro que, luego del estudio en líneas generales, el delito de homicidio, es un delito común porque el sujeto activo puede ser cualquier persona. Asimismo, tenemos que decir que es un delito propio, puesto que, no deriva ni posee correspondencia con otro tipo de delito común.

Siguiendo esa línea, analizando el tipo penal, en lo que respecta a la conducta realizada, constituye un delito de resultado, esto, en razón del baremo espacio- tiempo entre la acción y el resultado, lo cual implica, que es perfectamente posible que se dé la ampliación del tipo penal, es decir, admite: tentativa, autoría, coautoría.

Con respecto a la forma de ejecución, podemos afirmar que, la conducta manifestada es predominantemente dolosa, la misma que puede ser por acción o por omisión. (Villegas, 2018) Frente a ello, en la presente investigación, abarcaremos, la forma de ejecución por omisión, o comisión por omisión, y, por tanto, también la impropia.

Siendo así, precisamos que, cuando estamos ante la acción (comisión del delito), es en este supuesto en donde nos referimos a que es ilícita, y la ejecución de la misma, activa una secuencia de actividades, que requieren de una orientación y que hagan posible la comisión del delito. (Guevara, 2018)

Secundario a ello, cuando hablamos de un delito por omisión o también llamado, un no hacer, podríamos explicar qué; se llega al resultado a través de una abstención (Díaz, 2021) Por ello, en casos de omisión impropia constituye por excelencia el sustento de la tesis de delitos de infracción de deber. Es así, que podemos entender que la omisión impropia en el delito de homicidio es en primer lugar factible, y que, además, puede generarse una infracción al deber.

- **Elementos concomitantes**

En este apartado, tenemos en primer lugar, al bien jurídico tutelado. Es aquí que, el tipo penal posee como bien jurídico objeto de protección a la vida humana. En tal sentido, queda por sentado que lo que se protege en el delito de homicidio simple y calificado es la vida humana independiente, por lo que, hay que diferenciarlo tanto del feminicidio como del parricidio y de las otras modalidades que tipifica el código penal, puesto que, si no, estaríamos abarcando delitos distintos, con circunstancias apartadas y no es el caso.

Como segundo elemento concomitante que se tratará, tenemos a la relación causal e imputación objetiva. Tal cual ya se ha ido mencionando con anterioridad, el delito de homicidio está catalogado como un delito de resultado. En base a ello, es posible reconocer los criterios de la relación causal e imputación objetiva. Para ello, debemos de mencionar que el asesinato, tal como menciona al respecto el autor Peña, citado por Díaz, emplea el término “mata”, lo cual constituye un enfoque legislativo inmediato ampliamente reconocido tanto en la doctrina actual como pasada, pues, se han utilizado diversos criterios de imputación que convergen en un mismo objetivo; atribuir responsabilidad penal al autor por el injusto penal. (2021)

Complementando la idea antes citada, concluimos que el homicidio es un delito de resultado, lo que implica que, se consume el delito con la extinción de la vida humana. De igual forma, la correlación que existe entre la acción mencionada y el resultado tipificado, es propia de un delito de ese tipo, por lo que, es perfectamente posible, la ampliación del tipo penal, mas no en un delito de mera actividad.

b) Aspecto subjetivo

Con respecto al aspecto subjetivo del delito en mención, se perpetra con dolo directo. Para ello explicaremos más a fondo lo mencionado. En este delito, analizando el hecho punible, se realiza cuando el sujeto activo, tiene el conocimiento y sobre todo la voluntad de matar a otro.

Siendo así, podemos decir que dentro del aspecto subjetivo y el dolo que comprende, tenemos que es la intención de acabar con la vida de alguien, y es aquí en donde podemos diferenciar de otro tipo de delitos que podrían tener el mismo resultado. Por ejemplo, el

delito de lesiones graves, donde el autor del delito no pretende causar la muerte de otro, sino más bien, ocasionar ello, lesiones.

1.2.3. Altos funcionarios

Según la RAE, un alto funcionario o una persona de alto cargo es una autoridad que ocupa la más elevada jerarquía en la organización de la administración pública. Del mismo modo, Jiménez al profundizar el pensamiento de Max Weber, afirma que, el funcionario público como tal, debe actuar de acuerdo a los valores de profesionalidad, imparcialidad, lealtad institucional, neutralidad e integridad.

De tal modo que, nuestra Carta Magna, en su artículo 99 estipula quienes son altos funcionarios en nuestro país, e indica que atañe a la Comisión Permanente presentar acusación frente al Congreso: al Presidente de la República; representantes del Congreso; Ministros de Estado; miembros del Tribunal Constitucional; y del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; también a fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por trasgresión de la Carta Magna y por cualquier delito cometido en el ejercicio de sus funciones.

De ello, resaltamos al Presidente de la República, ya que, es tema clave en la presente investigación, para lo cual, traemos a colación, el artículo 110 de nuestra Constitución, el mismo que indica expresamente que; “El presidente de la República es el jefe del Estado y personifica a la Nación...” De tal modo que, resulta indispensable ir más de lleno acerca de las responsabilidades que posee para con el pueblo que lo eligió.

Con respecto a ello, tenemos que, en primer lugar, Eguiguren, F. (2007), nos dice; los líderes políticos deben servir a los ciudadanos y rendir cuentas ante ellos por cualquier falta cometida en el ejercicio de su mandato, en cumplimiento de la voluntad mayoritaria del pueblo, puesto que, un buen gobierno conlleva un sistema de rendición de cuentas en el aspecto político, social y democrático.

Continuando con el presente apartado, debemos de mencionar lo regulado por el artículo 118° de nuestra Constitución del 1993, ya que, está referido a los deberes que tiene inherente el Presidente de la República, específicamente los que tienen relación con el tema objeto de estudio, en los siguientes incisos:

1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.
2. Representar al Estado, dentro y fuera de la República.
3. Dirigir la política general del Gobierno.
4. Velar por el orden interno y la seguridad exterior de la República.
8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.
14. Presidir el Sistema de Defensa Nacional; y organizar, distribuir y disponer el empleo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional.
15. Adoptar las medidas necesarias para la defensa de la República, de la integridad del territorio y de la soberanía del Estado.
16. Declarar la guerra y firmar la paz, con autorización del Congreso.
17. Administrar la hacienda pública.
19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia. Y
24. Ejercer las demás funciones de gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomiendan. (p.18)

Frente a ello, es imperativo entablar la estrecha relación entre responsabilidad y poder que posee en el ejercicio de sus funciones. Walgron, citado por Hernández, (2020), afirma que:

Por el solo hecho de ejercer ese poder que le ha sido entregado- tiene la obligación de responder o de rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de su cargo; esto recae con mayor fuerza, a los funcionarios públicos, evitar el uso ilegítimo y abusivo del poder que se les otorga (p. 30)

Sumado a ello, según el artículo 167 de la Carta Magna, el mandatario es comandante en jefe de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas. Frente a ello, para que se dé una acusación constitucional, no solo puede ser formulada por el Fiscal de la Nación, sino que, requiere de una previa investigación preliminar, asimismo que, disponga el ejercicio de la acción penal y ordene al Fiscal respectivo la formalización de la Investigación Preparatoria, todo ello, expresado en el artículo 454 del Código Procesal Penal, que corresponde a delitos cometidos por altos funcionarios en ejercicio de sus funciones.

En resumen, por todo lo manifestado hasta este apartado en líneas generales, nos da una idea de lo que trata esta cuestión a estudiar, teniendo como fin, determinar los criterios jurídicos de la postura de garante de los altos funcionarios como criterio configurador del delito de homicidio doloso en las manifestaciones sociales, que serían base, justamente para el análisis y propuesta de solución del caso en concreto.

II. Materiales y métodos

En el presente trabajo de investigación se empleó como paradigma, uno interpretativo, por cuanto, se partió del análisis y explicación de la realidad a partir de la información que se consultó en documentos previamente establecidos, para plantear una eficaz solución, ante el problema suscitado. Asimismo, se configuró como una investigación aplicada o tecnológica, por el resultado obtenido. Por lo que, se aplicó conocimientos a situaciones concretas, ya que, se buscó la solución de problemas de carácter práctico. Es por ello que, se buscó solucionar la incertidumbre jurídica existente, teniendo una casuista concreta, la cual es objeto de análisis. He ahí, la gran relevancia del estudio y análisis del nexo de evitación de la postura de garante. Por lo que, se pone de manifiesto que también es una investigación documental.

Siguiendo esa línea, en la presente investigación se aplicó el método técnicas e instrumentos de recopilación de datos, en razón de que, nos permitió analizar la omisión impropia, el delito de homicidio, y la responsabilidad de los denominados altos funcionarios, de acuerdo a los objetivos que se plantearon conseguir, y con ello, se propuso de manera eficaz y correcta unos criterios jurídicos con respecto a la postura de garante de los altos funcionarios como criterio configurador del delito de homicidio doloso en las manifestaciones sociales a nivel nacional. En base a los diferentes documentos consultados para la realización de la presente investigación, tenemos que, se trata de un análisis documental, esto es, el estudio y análisis de ciertos documentos con información racional, coherente y, por ende, importante, para determinar una postura propia, frente a la problemática, elaborando así, un nuevo documento con contenido relevante y válido.

Se hizo uso del instrumento “ficha del estado del arte”, del cual se resalta su utilidad para organizar los diferentes documentos consultados, para el análisis y desarrollo de cada uno de los objetivos planteados, y consecuentemente, se estableció una postura crítica propia por parte del investigador. Consecuentemente, para el respectivo desarrollo, se recurrió a la recopilación de información, de las siguientes fuentes: libros, tesis; tanto de pregrado como postgrado (nacionales e internacionales), jurisprudencia nacional, instrumentos legislativos nacionales,

revistas digitales, todos ellos para su análisis y estudio, con el propósito de la formulación de una postura crítica propia.

III. Resultados y discusión

En el presente capítulo se expondrán los resultados del estudio realizado, en tanto que, se analizarán los criterios jurídicos en la postura de garante de los altos funcionarios, y se verificará el criterio configurador del delito de homicidio doloso en las manifestaciones sociales, mediante la fundamentación correspondiente y objetiva, para garantizar la propuesta planteada en el proyecto de investigación, y así determinar propiamente, tales criterios jurídicos.

3.1. Criterios jurídicos en la postura de garante de los altos funcionarios

El primer acápite tiene como objetivo específico, analizar los criterios jurídicos en la postura de garante de los altos funcionarios. Tal análisis, se realiza primigeniamente del delito de omisión impropia y sus presupuestos técnicos, de tal manera que, se pueda dosificar la configuración de los delitos omisivos para un mejor análisis.

3.1.1. La configuración de la estructura del delito de omisión impropia

El delito de omisión impropia, o también denominado delito de comisión por omisión, gira en torno a un “no hacer”, es decir, no realizar una acción, la cual es considerada como “debida”. En tal sentido, el que omita acción alguna para evitar que se realice el hecho punible, será sancionado, ya que, configura el tipo penal, tal como lo estipula el artículo 13, inciso 2 del C.P.

Siguiendo tal idea, el sujeto activo, quien, viene a ser, el alto funcionario, omite la acción que, en razón de su cargo, le es debida- es decir – es su deber, y encomendada, causando así, un resultado lesivo. Por lo que, en él recaer un deber intrínseco de resguardar y proteger el bien encomendado, lo cual implica, un deber de garante, que lo inviste de responsabilidad, al verse afectado dicho bien jurídico.

3.1.1.1.Aspecto objetivo

Con respecto al ámbito objetivo del tipo penal de omisión impropia, constituye que el comportamiento no cometido genera una afectación al bien jurídico, es decir, un resultado lesivo, esté prohibido por la Ley, tal como lo expone Chiok (2020) pues, ésta prevé y

subsecuentemente sanciona tal comportamiento, de acuerdo al principio de legalidad que rige nuestro ordenamiento jurídico peruano.

A ello se le denomina resultado típico, es decir, la conducta del autor-tal como lo explica el doctor Arismendiz-debe naturalistamente, generar el resultado lesivo concreto al bien jurídico, por ejemplo; el delito de homicidio-el cual pertenece al estudio de esta investigación- estipulado en el artículo 106 del C. P. Peruano, es decir, el sujeto activo, mediante una acción, ocasiona la muerte a otra persona. En tanto, en el delito de omisión de estudio, el sujeto especial no realiza acción alguna, como consecuencia de, se lesiona el bien jurídico, es por ello que, se le sanciona, se sanciona su acción omisiva.

Por ende, para la imputación objetiva, el Código Penal, en su artículo 13, plantea como presupuestos que; el sujeto activo tenga la obligación de evitar o crear un riesgo inminente para producirlo, por la posición de garante que tiene respecto del bien jurídico, y que, la omisión cometida guarde relación con la realización del tipo penal mediante un hacer, es decir, el disvalor de la omisión sea similar al de la acción, lo que se entiende como “equivalencia normativa”. (Recurso de Nulidad N°2174-2017- Lima, fj. 07)

En resumen, tal como refiere la Casación N°1563-2019-La Libertad, en el aspecto objetivo deben concurrir tres elementos: la situación típica, ausencia de la acción determinada que le es exigida al sujeto activo, y la facultad de ejecutarla. Asimismo, deben concurrir requisitos específicos, los cuales son: la posición o postura de garante, la producción del resultado lesivo, y la posibilidad de evitar tal resultado. (fj. 05)

Siguiendo esa secuencia de ideas, el autor tiene la obligación (jurídica) de impedir el resultado lesivo, “hacer algo”, porque tiene la facultad de realizar una acción, es decir, de actuar idóneamente. Sin embargo, omite, por lo que, genera un peligro inminente para que se produzca tal resultado lesivo y hay una ausencia de acción exigida o debida, puesto que, el sujeto activo no realiza la acción esperada y exigida por Ley.

a) Postura de garante

Para hablar de la postura de garante, es imprescindible enfatizar que existe una obligación especial o deber, es decir, “el deber de garante por razón de su cargo” (Chiok, 2020, p. 17). Deber que le es otorgado por la entidad estatal a la que pertenece, e intrínsecamente-nuevamente-por su cargo, le atribuye total responsabilidad frente a la Administración Pública.

Por lo tanto, siguiendo la línea de Chiok (2020), tiene el deber de proteger y salvaguardar el bien jurídico otorgado a él, para su custodia y cuidado. Tal deber es entendido como función especial del funcionario. En tal sentido, cuando el bien jurídico objeto de tutela se ve expuesto a alguna vulneración, este debe evitarlo, mediante una acción, la cual, omite, incluso cuando tiene control de la fuente de peligro, claro está, bajo ciertas circunstancias específicas y determinantes. Entonces, resulta imperativa la atribución de responsabilidad.

Asimismo, en palabras de Roxin (1997), la posición o postura de garante tiene relación con el *concepto negativo de la acción*, y el *principio evitabilidad*, ya que, es imputable la omisión al sujeto activo o autor porque no evitó el resultado lesivo, pudiendo hacerlo, facultado para hacerlo, por Ley, es decir, esta se lo exigía. Por lo que, tiene una responsabilidad especial frente al bien jurídico.

De ello, se desliga el principio de confianza, el cual – como su mismo nombre lo indica – implica confiar en que el sujeto especial actuará de manera correcta, esto es; moral, ético y racional. Es decir, desde la imputación objetiva, se trata de valorar las conductas, luego de, otorgar específicamente roles y funciones, y por ello, se evite resultados lesivos. De tal modo que, este principio pasa de la esfera abstracta a una esfera concreta, por cuanto, se da una aplicación jurisprudencial, ya que, tales conductas esperadas o *confiadas*, se determinan en la ley.

Ahora bien, Arismendiz refiere que, la postura de garante tiene dos aspectos: un aspecto formal y otro aspecto material. Con respecto al aspecto formal, tenemos al actuar precedente, el cual implica, tal como lo menciona la RAE que, el accionar del sujeto, imprudente o fortuita sitúa en riesgo el bien jurídico y posterior a ello, omite salvarlo, mediante una acción. La Ley; y el contrato. Todo ello, se somete al inciso 1, del artículo 13 del Código Penal Peruano, el cual fue descrito con anterioridad.

El aspecto material, por su parte, abarca las funciones de protección de bienes jurídicos y de personal de control de una fuente de peligro, en razón del inciso 2 del artículo 13 del Código Penal Peruano, el cual fue expuesto previamente para tener conocimiento a que hace referencia.

Entonces, con relación a la función de protección de los bienes jurídicos, tenemos: la estrecha relación familiar; en la cual el sujeto activo se encuentra obligado porque existe una fuente generadora del deber, es decir, una relación paterno filial o conyugal, por ejemplo; padres e hijos, esposos, etc. Asimismo,

tenemos los casos de comunidad de peligro, que como su misma denominación lo dice, cuando una comunidad, o un grupo de personas por el principio de solidaridad, están obligados a ayudarse mutuamente. Por ejemplo; un grupo de mineros, etc. Y, los presupuestos de asunción voluntaria; donde la persona asume voluntariamente el cuidado y protección de otra persona, acorde a situaciones específicas. Por ejemplo, albergues, niñeras, maestras en jardín de niños, entre otros.

Por otro lado, en lo que respecta a la función personal de una fuente generadora de peligro, tenemos a los deberes de salvación o auxilio, pues, el sujeto activo tiene la obligación de prestar auxilio a quien, en principio, lesionó. Existe, además, el deber de control de la fuente de peligro, el cual implica que; la persona que tiene bajo su custodia animales u objetos que presenten un potencial peligro para lesionar a terceras personas, están obligados a controlar ello, previniendo y evitando, justamente las posibles lesiones. Por último, existe la responsabilidad por la conducta de otras personas, el cual versa en que la persona, por el principio de responsabilidad, es decir, ya sea, de manera contractual, u obligado por Ley, tiene el deber de cuidar el accionar de otras personas.

En síntesis, el autor del delito, o sujeto especial; el alto funcionario público, tiene el deber especial, según la norma de mandato, esto es, mandado por la Ley – el cual será expuesto y analizado más adelante - de evitar el resultado lesivo al bien jurídico que le fue encomendado, por principio de confianza.

b) Nexo de evitación y posibilidad de acción

Queda claro que existe una relación directa entre la omisión, o acción omisiva con el resultado lesivo. Por lo que, el sujeto especial tiene el deber incito de evitar la lesión al bien jurídico encomendado a él. Entonces, se parte del supuesto de: sí, se ejecuta la acción debida, se hubiera evitado el resultado. Por ende, si tal supuesto hipotético se verifica en cada caso en concreto, se debe imputar la conducta al autor por el delito de omisión. (Stefani, G., 2018)

No obstante, resulta incierto, por lo que, genera inseguridad jurídica. Frente a ello, Roxin expone la teoría de la *posibilidad de producción del resultado*, la cual implica que el autor del delito haya incrementado la probabilidad de que se produzca el resultado lesivo, ya que, no cumplió con el mandato de realizar acción. Ergo, se imputa al autor por omisión impropia, por cuanto, al omitir la acción

debida se causa el resultado típico, atravesando la esfera del riesgo permitido, convirtiéndose en prohibido y sancionado por la norma. Entonces, la sola posibilidad de, según Vargas (2019) debería hacer que el sujeto actúe debidamente, además por la confianza en él, y en la no producción del resultado.

En consecuencia, la doctrina plantea una teoría similar, denominada “probabilidad rayana en la certeza” Stefani, G. (2018), la cual implica, justamente una probabilidad alta de que se produzca el resultado lesivo en el caso en concreto, cuando esta pudo y debió ser evitada de manera efectiva. Siendo así que, consiste en “esclarecer un nexo de imputación que compruebe que la intervención que se omite habría impedido el resultado, al menos con práctica seguridad.” (Santaella, p. 3-4)

Puesto que, no se trata de una relación de causalidad, y justamente a falta de ella, se intenta establecer una hipotética causalidad, donde el “omitente pudo haber evitado el resultado porque tenía en sus manos el control del riesgo típico”. (Santaella, p. 4) Por lo tanto, consecuencia de ello, el resultado - lesivo en este caso - es parte del tipo objetivo, por lo que, la acción omitida, por la relación causal hipotética, funciona como nexo de evitación, y por ello el resultado es imputable al “omitente” siempre y cuando, este pudo reducir el riesgo o evitar que el resultado lesivo se produzca. He ahí la estrecha relación entre el nexo de evitación y la posibilidad de acción.

3.1.1.2. Aspecto subjetivo

En este delito, analizando el hecho punible, se trata de dolo, el cual se pone de manifiesto, cuando el autor, es decir, el sujeto especial, tiene conocimiento y sobre todo la voluntad de realizar la acción punible que lesiona un bien jurídico, o, propiamente la omisión de la acción debida para proteger tal bien jurídico.

3.1.2. El delito de omisión cometido por altos funcionarios

La Constitución Política Peruana, en el artículo 99 determina quienes son los altos funcionarios en nuestro sistema jurídico peruano, de los cuales, destacamos al Presidente de la República. Del mismo modo, el Código Penal en el artículo 425 determina quienes son funcionarios públicos o servidores públicos, y resaltamos el inciso:

- 2) Los que desempeñan cargos políticos o de confianza.
- 5) Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
- 6) Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

En tal sentido, nuestro Código Penal también, regula el delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales en el artículo 377, estableciendo que, el funcionario público que, de manera ilegal omite, rehúsa o retarda cualquier acto de su gestión será privado de libertad entre dos años como máximo, y entre treinta a sesenta días-multa.

Frente a ello, se puede entender, o interpretar que, esta norma es aplicable a todo funcionario público, es decir, perteneciente a los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), así como también a los que pertenecen a entidades públicas y organismos reguladores. Sin embargo, el procedimiento penal en contra de altos funcionarios públicos expresamente consignados en el art. 99 de la Carta Magna se llevará a cabo por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, incluso cinco años después de terminada su gestión, por lo que, se atañe por las reglas de un proceso común.

En el delito de omisión de actos funcionales, en lo que respecta al sujeto activo, es un “delito de infracción de deber, concretamente, un delito especial propio, puesto que, el tipo penal demanda la presencia de un agente delictual cualificado, esto es, funcionario público, en ese sentido, dicha condición especial, fundamenta la punibilidad” (Arismendiz, p. 325-326) Entendiendo al sujeto cualificado, es decir, el funcionario público, omite o rehúsa cualquier acto propio de su cargo.

Entendido ello, el delito de omisión impropia cometido por altos funcionarios, implicaría – en principio - que el comportamiento lesivo, no cometido por el funcionario esté prohibido por Ley, por lo que, la sanciona. Por lo tanto, los altos funcionarios públicos en el Perú, tienen la obligación de actuar de acuerdo a la Ley, en beneficio del generalmente llamado, bien común. Por tanto, la omisión de cumplir con esta obligación puede ser considerada como un delito, claro está, si se demuestra que se ha producido un perjuicio para un particular o para la sociedad.

Frente a ello, es menester destacar que, la aplicación de este delito de omisión de funciones propiamente, debe ser valorada de manera rigurosa y justa, teniendo en cuenta dos cosas: la gravedad de la omisión y el perjuicio ocasionado. Además, es fundamental que los

procedimientos para su investigación y sanción sean totalmente imparciales y objetivas, respetando los derechos fundamentales de los investigados.

En resumen, del primer acápite, se refiere a que, lo que caracteriza al delito de omisión impropia como tal, es concretamente la postura de garante del sujeto activo, la cual hace que el sujeto especial esté jurídicamente obligado a proteger un bien jurídico, evitando su afectación, ni incrementar un riesgo de posible afectación, y es por tal omisión, que es considerado como autor del delito en cuestión.

3.2. La configuración del delito de homicidio doloso en las manifestaciones sociales

El segundo acápite tiene como objetivo específico, verificar el criterio configurador del delito de homicidio doloso en las manifestaciones sociales, y el status que juegan los altos funcionarios en tal acontecimiento social. Ello, porque, en los últimos años, se han registrado diversos casos de altos funcionarios públicos que han sido y son investigados y procesados por el delito de omisión de sus funciones, por lo que, se lesionó el bien jurídico de la vida humana.

De ahí que, encontramos, por ejemplo, en el 2020, la ex Fiscal de la Nación, Zoraida Avalos Rivera, formuló acusación constitucional, en contra del ex Presidente Merino de Lama como presunto autor por omisión impropia del delito de homicidio. De igual manera, la actual Fiscal de la Nación Patricia Benavides formuló acusación constitucional por el delito de genocidio a la actual Presidenta del Perú Dina Boluarte, esto es, por las 60 muertes que se produjeron durante el paro nacional, y por organización criminal; contra el ex Presidente Pedro Castillo Terrones.

3.2.1. La estructura típica del delito de homicidio

Nuestro Código Penal, regula el homicidio simple en su artículo 106, el cual-como sabemos refiere que- “El que mata a otro...”. Partiendo de ahí, con respecto a su estructura típica, se reduce a que, es un delito de resultado, lo cual implica, que el autor es directo (aunque no excluye las otras formas: participación, coautoría, etc), por cuanto, domina el hecho, hasta producir el resultado, es decir, existe un baremo espacio-tiempo, entre el disvalor de la acción y el disvalor de resultado; es ahí que, entre acción y resultado, exista una relación de causalidad, lo que se llama también como el nexo causal.

Entiendo al término “disvalor”, como un juicio de valor negativo. Entonces, el disvalor de acción, implica el modo especial en que se realiza el accionar con relación al interés protegido

en materia penal (Vargas, T. 2007) El disvalor resultado, por su parte, tiene incidencia en el resultado del hecho propiamente, es decir, la afectación del bien jurídico, pues, se trasgrede jurídicamente lo establecido por una norma (mandato). Una vez consumado el delito, el bien jurídico afectado es la vida humana independiente. En tal sentido, a modo de fundamentar más a fondo, el motivo de esta investigación, se dará pie al análisis propiamente del estatus especial de altos funcionarios, teniéndolo en cuenta, como criterio configurador de este tipo de delito, el de homicidio doloso, en la realidad social evidenciada en los últimos años, es decir, las manifestaciones sociales.

3.2.2. El estatus especial de los altos funcionarios como criterio configurador del delito de homicidio doloso en las manifestaciones sociales

Roxin postuló una tesis diferenciadora para determinar la autoría, tal como lo explica (Torres, S/F), ya que, depende si estamos frente al delito de dominio o delito de infracción del deber. Siendo así que, se trata de un delito de dominio por cuanto el autor domine el hecho, y, por otro lado, será autor quien infringe su deber.

Tratándose de un delito especial, por cuanto, el sujeto es cualificado, el deber es especial, por lo que, es específico, y por ese sustento, tiene un carácter personalísimo, no siendo posible la transmisión de la condición especial que requiere para configurar el tipo penal y ser imputado. De ahí que, es imposible que el Presidente de la Nación, sea autor del delito de homicidio, por cuanto, no domina el hecho.

Por lo que, en este tipo de delitos, la omisión impropia es inferida, de igual modo, el dolo, y es justamente la omisión impropia la que se convierte en una presunción et de jure, lo que configura la presencia del deber específico, esto implica, la postura de garante, toda vez que, existe una fuente generadora de un deber específico. En tal sentido, los deberes de fomento y salvamento se activan, porque hay un deber objetivo de cuidado, y en razón de ello, tienen una evitabilidad, el nexos de evitación es lo que fundamenta la imputación objetiva de la acción, en razón del principio de confianza, no obstante, todo esto, es accesible siempre y cuando, se trate de deberes específicos.

De lo expuesto en este apartado, enfatizamos en que, la tesis del dominio de hecho no encaja en la tesis de los delitos de infracción de deber, que tiene sustento en razón del cargo, porque se trata de la “lesión de un deber especial que no recae en cualquiera, autor aquel que causa el resultado por medio de una violación de su deber especial específicamente indicado en el tipo

penal.” (Roxin, 1998, p. 363) De ahí que, “carece de sentido afirmar que se ha omitido una acción por el mero hecho de tener el dominio potencial sobre ella y no realizarla” (2003, p. 62), puesto que, en principio, el alto funcionario en este caso, no tiene el dominio del hecho.

Como consecuencia de ello, respecto a la imputación objetiva, como proceso de atribución, “un resultado lesivo es imputable objetivamente al comportamiento típico del agente, cuando es concreción del riesgo prohibido creado” (Vargas, 2007, p. 406), es decir, se atribuye responsabilidad penal al sujeto, siempre y cuando el hecho le pertenezca y haya sido probado en proporción al principio de legalidad y, sobre todo, razonabilidad.

3.2.2.1. Deberes especiales

En principio, se identifican los deberes especiales, en tanto, son cualificados en los delitos de omisión. Por lo que, se trata de un deber específico en una norma extrapenal, es decir, está determinado en diversas normas que complementan el tipo penal, y por ello forjan como normas de remisión.

Desde la tesis de los delitos de infracción de deber, siguiendo la apreciación crítica de Roxin, el deber extra-típico, determina la autoría, por cuanto, el comportamiento del autor crea un *riesgo jurídicamente relevante*, pasando el muro convencional, ingresando a la esfera del derecho penal, ya que, se transgredió un bien jurídico penalmente relevante. (Arismendiz, p. 86)

Por su parte, Jakobs postula que los deberes están ligados a una responsabilidad institucional, entendiéndose que, emana de una institución, la relación jurídica permanente reconocida en una sociedad, puesta a disposición de una persona individual, la cual contribuye a constituirla. Entonces, tal responsabilidad institucional contiene deberes específicos en sentido estricto, pues, está determinado por un rol especial que, el sujeto cualificado está obligado positivamente a cumplir deberes de fomento y salvamento.

a) Norma de mandato

Toda norma jurídica está constituida por el supuesto de hecho y su consecuencia jurídica. De ahí que, según Díaz (2021) la norma de mandato es identificada en el supuesto de hecho, por cuanto, se dirige a sujetos específicos, porque tienen un deber especial, por su misma condición.

Podría hablarse de un aspecto positivo y negativo de la norma de mandato. Con respecto al aspecto positivo, se refiere a un orden para realizar determinada actividad, concretamente, una actividad de cuidado y salvamento de terceros, esto es, un apoyo activo. Mientras que el aspecto negativo, se refiere a una prohibición de lesión, sin embargo, no se debe confundir como una norma de prohibición propiamente, puesto que, se trata de la prohibición que hace la norma de mandato, es decir, se impide al sujeto obligado que conciba dejación de su facultad para cumplir su deber. (Jakobs, 2000)

Así, la norma de mandato tiene que ver con el sujeto en sociedad, puesto que, se trata de una esfera íntima y específica. De ahí que, existan instituciones positivas. En tal sentido, se entiende por institución a *“toda categoría social que contiene deberes cualificados que demandan una exigencia superior a la genérica.”* (Arismendiz, 2017, p.92)

Entonces, siguiendo el pensamiento de Arismendiz, bajo la teoría de punición, existen cuatro instituciones positivizadas: la familia (deber paterno filial y conyugal), la ley, la administración pública (deberes funcionariales) y la justicia (deberes funcionariales en la administración de justicia). Por lo tanto, siempre que nos encontremos ante una norma de mandato, estaremos frente a una institución positiva.

En ese mismo orden de ideas, se destaca que, la norma de mandato se encuentra bajo la tesis de los delitos de infracción de deber, según Roxin, por cuanto, *“la norma penal está ceñida al aspecto del infringir los deberes especiales que tiene el sujeto activo respecto del bien jurídico.”* (Arismendiz, 2016)

Con respecto al deber de salvamento, Jakobs manifiesta que, de ese rol especial, como relación positiva, el sujeto debe coadyuvar incluso cuando el riesgo que se presenta como amenaza no fue causado por él, dicho de otro modo, está obligado a ayudar solidariamente. Por ejemplo, la policía en relación a los ciudadanos. Entonces, cuando el sujeto, quien tiene un rol especial infringe su deber, se lesiona el bien jurídico, por lo que, implica la denegación de un apoyo solidario. (Arismendiz, 2018, p. 90)

De ahí que, tanto del deber de fomento, como el deber de salvamento, resaltamos que, el sujeto activo obligado tiene a cargo la administración de la fuente de peligro con la responsabilidad que, de ella, no resulte alguna lesión para los otros. Siendo así

que, cuando el sujeto activo infringe los deberes de fomento y/o de salvamento, se active de manera automática la norma de mandato, ya que, estos deberes son *copulativos* en la norma, y se activan por la postura de garante cuando de su esfera se produjo un peligro que puede afectar a terceros, lesionando sus derechos fundamentales, es por ello que, su deber es de eliminar el riesgo creado. Así, según Jakobs, el peligro preexistente permanezca dentro del riesgo permitido.

b) Prerrogativa constitucional

Ahora bien, con respecto a este apartado, se toma en consideración, el artículo 99 de nuestra carta magna, y se trae a colación la acusación constitucional N°150-2020, puesto que, según García, V. (2011), es entendido como mecanismo procesal de control político predestinado a impulsar la protección y eficacia de las normas e instituciones reguladas por la Constitución Política, en contra del abuso de poder que pudiesen ejercer los altos funcionarios públicos, y el Poder Judicial pueda intervenir mediante la Corte Suprema, tanto en la investigación, así como en el juzgamiento y consecuentemente la penalización de altos funcionarios en específico, siempre y cuando existan denuncias penal razonables por cometer un acto ilícito en el ejercicio de su función pública.

De ahí que, tal como lo expone García (2011), se presente una forma de denuncia constitucional por la supuesta comisión de un acto ilícito en el ejercicio de su función, toda vez que, altos funcionarios cometan delitos estipulados en la parte especial del C.P., específicamente, delitos contra la administración pública, los cuales son: abuso de autoridad, omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, requerimiento indebido de la fuerza pública, colusión, corrupción en sus diversas formas, etc.

Entonces, si se pretendió establecer una relación directa al delito en cuestión de la presente investigación, insertándolo dentro del delito omisión de actos funcionales, no es jurídicamente viable, puesto que, como se viene sustentando, no existe relación directa entre el sujeto con el resultado. En razón de que, para configurar ese tipo penal procesalmente hablando necesita que el Congreso en una sesión plenaria con voto determinado levante la inmunidad a través de una prerrogativa constitucional, todo ese proceso en una última resolución. Por ende, en las casuísticas, por ejemplo, del proceso de Pedro Castillo Terrones por organización criminal, acusación constitucional formulada Patricia Benavides, actual fiscal de la Nación, o el proceso a Dina Boluarte

por genocidio, por las 60 muertes que se dieron en el paro nacional, no es jurídicamente razonable.

Siguiendo esa línea de justificación según García (2011), el objetivo que se persigue es determinar la razón jurídica de los hechos que dan origen a la denuncia, asimismo, comprobar que el tipo penal esté en el supuesto de la conducta del acusado, para así probar su responsabilidad penal, valorada en principio, por el Congreso, para que luego el Poder Judicial intervenga, a partir de la razón jurídica establecida, entonces, necesariamente, los actos materia de procesamiento se encuentren directamente relacionados con el ejercicio del cargo.

Por lo tanto, la acusación constitucional contra el jefe de Estado, conforme al art. 117 de la Carta Magna, el Presidente solamente puede ser acusado durante su mandato, por cometer delitos como: traición, por evitar las elecciones para presidente, para el parlamento, para la región, o para las municipalidades, por disolución del Congreso, con excepción de lo permitido por el art. 134 de la misma Constitución.

Entonces, el presidente del Perú, tal como afirma García (2011), es “intocable”, durante su gestión o mandato, por lo que, es inaccesible acusarlo de supuestas transgresiones constitucionales, o de la comisión-de omisión, en su defecto-de ilícitos penales nacidos del ejercicio de sus funciones. De ahí que, refiriéndonos a la intocabilidad del mandatario, como tal, se amplía, en sentido estricto, a casos de comisión de delitos comunes o no funcionales, tales como: homicidio-el cual es delito de interés en esta investigación, en las manifestaciones sociales-aborto, lesiones, entre otros regulados en nuestro Código Penal.

3.2.3. Manifestaciones sociales

Nuestra Constitución Política en el art. 02, inc. 12, estipula que; la persona humana tiene derecho a las reuniones pacíficas, en espacios privados o públicos sin previo aviso, salvo que, se lleven a cabo, en espacios estatales, en tal sentido, si corresponde solicitar autorización a la autoridad competente, y en su defecto, esta puede prohibirlas por motivos justificables, como de seguridad o salud.

Por su parte, La CorteIDH, con respecto al derecho a protesta, refiere que es una manera de actuar, tanto individual o colectivamente, con el fin de expresarse, exponer sus ideas y convicciones, pensamientos, etc. En tal sentido, tenemos la expresión de opinión, perspectivas políticas, sociales o culturales, apoyo o en contra a partidos políticos o gobiernos, entre otros.

De ahí que, la Corte refiere que, intrínsecamente hay derechos involucrados, los cuales son; la libertad de expresión, la libertad de asociación, derecho a la reunión, derecho a la participación política, libertad sindical y derecho a la huelga; entre otros, tanto como sociales, culturales y económicos. Todos ellos con el objeto de, poner de manifiesto su opinión, petición, voluntad y postura o apreciación crítica respecto a una situación o contexto social, y, por lo tanto, deben ser protegidos y salvaguardados.

No obstante, en el contexto de las manifestaciones sociales, la Corte también se pronuncia, refiriendo que, tales derechos pueden considerarse como no absolutos, esto es, pueden ser limitados o, mejor dicho, restringidos. Siendo así que, las prohibiciones son legítimas, es decir, están expresamente en la Ley, y son necesarias para otorgar seguridad a los derechos de las personas, así como, la vida, la protección nacional, el orden público o la moral. (Convención Americana, Art. 15) Ello en razón de que, se adopta esas medidas restrictivas por la necesidad del contexto social, político o cultural, y así lograr imperativamente su objetivo, el cual – como ya se mencionó - es mantener el orden y la paz en un Estado democrático o una sociedad democrática.

3.2.4. Punto de referencia: Denuncia Constitucional

Se toma como antecedente esta denuncia constitucional, respecto a la responsabilidad del presidente del Perú por delitos omisivos, puesto que, la ex fiscal de la Nación, Zoraida Ávalos Rivera, acusa a Manuel Arturo Merino de Lama, en su condición de Presidente de la República- en ese entonces. Ántero Flores-Aráoz Esparza, en su condición de Presidente del Consejo de ministros, y Gastón César Augusto Rodríguez Limo, en su condición de Ministro del Interior; como presuntos autores por omisión impropia del delito contra la vida, el cuerpo y la salud – Homicidio en agravio de Jordan Inti Sotelo Camargo.

Así, la denuncia constitucional tiene su fundamento en la acción por omisión como fundamento de responsabilidad de los altos mandos frente a hechos de violación de derechos humanos cometidos por sus subordinados. (fundamento 131) Ello tiene sustento en el dominio del resultado cometido por estructuras organizadas como la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas del Perú, puesto que, existe una línea jerárquica, una división funcional, o una relación de subordinación, por lo que, el superior jerárquico, el alto mando tiene total control y dominio del accionar de sus subordinados en razón de su cargo. (fundamento 132)

Entonces, los altos funcionarios tienen dominio sobre situaciones que afectan a los ciudadanos, o a la sociedad en sí, por lo que, tiene el “deber específico” de salvaguarda de los

bienes jurídicos. De ahí que, según el artículo 110 y 118 de la Constitución Política del Perú, el Presidente de la República representa a la Nación, y tiene como una de sus funciones establecidas por Ley; defender a la persona humana, respetar su integridad física, psicológica y moral según lo estipulado en el artículo 01 y 02 de la Carta Magna, ello le atribuye el deber de protección y salvaguarda de la nación, por el “deber de garante”. (fundamentos 139-140)

No obstante, no se puede extraer la postura de garante del Presidente de la República de la tesis de dominio sobre el fundamento del resultado, ya que, para que ello sea posible, el dominio sobre el riesgo típico, sería el líder y cópula delictual, respondiendo así, como autores mediatos de homicidio calificado, y por dominio del riesgo típico sobre la organización. Por otro lado, el ejecutor material, responde como autor directo del delito de homicidio calificado, por dominio del riesgo típico del resultado, es decir, quien produjo el resultado lesivo como tal.

Si bien es cierto, es el mandatario, la máxima autoridad de la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas del Perú. Sin embargo, todo accionar es de acuerdo a un plan operativo de accionar, un protocolo antes de los hechos, indicando la forma en la que actuarán, qué tipo de armas se usarán, etc. Entonces, tal plan operativo es puesto de conocimiento a su comando y al Presidente.

Por lo tanto, no es posible extraer la postura de garante del Presidente de la República, puesto que, las funciones en razón de su cargo, estipuladas por Ley, es decir, los artículos 110, 118 y 167, son deberes genéricos, y el dominio sobre el riesgo típico exige un deber específico previsto en una norma extrapenal-en estos casos-se tiene que remitir a una norma específica, tal como: el plan operativo de acciones, la Ley Orgánica de la Policía Nacional, a su reglamento; lo que habilita cómo debe ser este tipo de acciones.

En síntesis, la denuncia constitucional postula que se trataría de dolo eventual – el cual se trata de la previsibilidad- por parte del Presidente. En tal sentido, si se quisiera acusar penalmente, él tiene (o tuvo) que tener conocimiento previsible a partir del plan operativo de acción de la Policía Nacional – lo cual no fue así- por lo tanto, no hay delito, puesto que, las figuras extralimitadas de los policías-el matar-es responsabilidad directa del policía. Paralelo a ello, en un régimen de excepción, como el de las manifestaciones sociales, el mismo plan operativo habilita a los agentes policiales actuar cuando sus propios bienes jurídicos se ponen en tela de juicio, o riesgo. De ahí que, aparece como clausula permisiva el artículo 20, inciso 11 del Código Penal, pues, estipula que, los miembros de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas, en ejecución de su función legislativa y en uso de armas u otros medios de defensa,

de acuerdo a Ley, ocasione lesión o la muerte está exento de responsabilidad penal. Por lo tanto, en las manifestaciones sociales, el Presidente no puede responder por los excesos de los policías o las Fuerzas Armadas-políticamente puede ser-pero penalmente no.

3.2.5. Propuesta legislativa y doctrinal que da respuesta al problema

Se postula firmemente marcar la línea entre los delitos de infracción de deber y los delitos de dominio del hecho. De ahí que, no cabe posibilidad en pretender extraer la postura de garante del Presidente de la República, por el delito de omisión impropia en el delito de homicidio doloso, ello teniendo sustento en la doctrina y la Ley, lo cual se expondrá a continuación, de manera que, se evidencie en la realidad la teoría propuesta en la presente investigación.

La Ley indica que, frente a infracciones cometidas por los funcionarios públicos, se registrará acorde al artículo 377 del Código Penal, respecto al delito de delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales. No obstante, cuando se trata del más alto funcionario, la Constitución en sus artículos 110, 180 y 167 estipula de manera genérica las funciones atribuidas al Jefe de Estado, y frente a las infracciones en materia penal, se rige acorde al art. 99 de la misma. Es de este modo, cómo se le podría pretender atribuir algún tipo de responsabilidad al Presidente, por cuanto, se trata propiamente de una infracción de deber.

De ahí que, la propuesta de la modificatoria del art. 13 del Código Penal, inc. 2, referido a la omisión impropia, resulta ser idónea al incorporar como parte de la redacción que, el sujeto activo está vinculado a una norma de mandato, ya que, el nexo de evitación se encuentra fundamentado en ella. En ese orden de ideas, la redacción de la modificación a dicho artículo sería:

“Artículo 13.- Omisión impropia

El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo.
2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer ordenado por una norma de mandato.

La pena del omiso podrá ser atenuada.”

Es por ello que, respecto al artículo en mención, y el Art. 377 del C.P., en relación directa con el delito de omisión impropia cometido por altos funcionarios, implicaría – en principio -

que se incorporen al análisis criterios jurídicos en la postura de garante de los altos funcionarios, para efectos de los delitos dolosos, como el delito en cuestión de la presente investigación: el nexo de evitación en la postura de garante, y el conocimiento previsible, del autor del delito. De igual manera; la previsibilidad, y el hombre promedio en sociedad para efectos de los delitos culposos.

En tal sentido, el delito de homicidio doloso (art. 106, C.P.), por ser un delito de resultado, exige que el autor delictual tenga dominio del hecho, y una relación directa entre acción y resultado lesivo, lo que fundamenta la punibilidad. En tal sentido, en el caso en cuestión, el que responde penalmente es la persona que asesinó a los jóvenes, es decir, los agentes policiales quienes se rigen a su Ley orgánica y su plan operativo de acción, teniendo un deber específico, expresamente en la norma, sin embargo, se debe tener en cuenta el régimen de excepción, que aparece como clausula permisiva en el artículo 20, inciso 11 del código penal, respecto a las manifestaciones sociales.

Ahora bien, a modo de identificar y evidenciar in so facto la realidad problemática y la solución óptima, al tratarse de delitos de infracción de deber, y no así, delitos de dominio del hecho, a efectos de, garantizar la seguridad jurídica respecto a nuestro ordenamiento jurídico, se trae a colación, la Resolución Legislativa 025-2022-2023-CR, de fecha 22 de junio del 2023, la cual fue aprobada, en primer lugar por la Comisión Permanente, y posteriormente, da a lugar la formalización de causa penal contra la ex fiscal Zoraida Ávalos Rivera, por la presunta comisión del delito de Omisión, Rehusamiento o Demora de Actos Funcionales (art. 377 C.P).

Siguiendo esa línea, es correcta la acusación, por cuanto, cumple con los presupuestos facticos y de derecho, puesto que, al tratarse de omisión de actos funcionales, el sujeto activo, es un sujeto cualificado (sujeto especial), es decir, la ex Fiscal, quien, teniendo la postura de garante, infringe su deber, lo que implica omitir sus deberes especiales de fomento y salvamento, y ello fundamenta la punibilidad, por la condición especial que ostenta en razón del cargo encomendado inicialmente, regido por el principio de confianza. De ahí que, al ostentar el cargo de Fiscal de la Nación, se encontraba en una relación directa con los bienes protegidos, por lo tanto, es jurídicamente posible, atribuirle responsabilidad frente al Estado, por haber cometido un delito contra la Administración Pública.

Así, se deja constancia que, durante el procedimiento, se respetó el debido proceso, y se le brindó las garantías constitucionales necesarias para que pueda ejercer su derecho a la defensa, y todo lo que ello implica, como el acceso al expediente de la denuncia constitucional, tener

permitido presentar sus descargos en el plazo correspondiente, y participar en las sesiones de audiencia pública. Asimismo, quedó acreditado y probado con hechos, que existían indicios razonables de la afectación al bien jurídico tutelado por su cargo funcional. De ahí que, la aplicación del delito en análisis, fue valorada teniendo en cuenta la gravedad de la omisión del acto funcional, y el perjuicio ocasionado para con el Estado, rigiéndose por los principios generales de Derecho y justicia.

IV. CONCLUSIONES

1. Se concluye que, en el análisis de los criterios jurídicos en la postura de garante de los altos funcionarios, la configuración del delito de omisión impropia gira en torno a la acción omitida por parte del sujeto activo, acción que, en principio, le es exigida en razón del cargo-hablando respecto a los funcionarios públicos-ocasionando un resultado lesivo, esto es, causando una afectación al bien jurídico tutelado.
2. Se asume que, al estatus especial de altos funcionarios como criterio configurador del delito de homicidio doloso en las manifestaciones sociales, se afirma que, no puede encajar en la tesis del dominio del hecho, sino que, se trata de la tesis de infracción de deber, ya que, el sujeto activo es uno cualificado, y es por tal condición especial, tiene un carácter personalísimo; ello le atribuye deberes especiales, como el de fomento y salvamento del bien jurídico encomendado a su cuidado y custodia, dictados por una norma de mandato. Sin embargo, estos no están sostenidos en la Constitución, siendo así que, los artículos 110, 118 y 167 son deberes genéricos, ergo, no específicos.
3. Así, concluyo que, los criterios jurídicos en la postura de garante de los altos funcionarios como criterio configurador del delito de homicidio doloso en las manifestaciones sociales son el nexo de evitación, el conocimiento previsible; la previsibilidad y el hombre promedio en sociedad para efectos del delito culposo. Concluyendo que, el presidente de la Nación no responde penalmente por el delito en cuestión.

V. RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los operadores de derecho que, en lo que respecta al análisis de los criterios jurídicos en la postura de garante en el delito de omisión impropia, se verifique el nexo de evitación que tiene incito el sujeto activo, en este caso, el alto funcionario, puesto que, es en razón de, está obligado a evitar que se produzca el resultado lesivo y permite voluntariamente que se afecte el bien jurídico encomendado, en razón del cargo que ostenta; por tal acción omisiva, es que se considera delito omisivo doloso.
2. Se pretende, con el objeto de verificar el estatus de los altos funcionarios como criterio configurador del delito de homicidio doloso en las manifestaciones sociales; realidad que se viene evidenciando con rigor actualmente. Se recomienda tener en cuenta con bastante ahínco, la tesis de infracción de deber, por cuanto, el alto funcionario, como sujeto cualificado especial, requiere deberes específicos, que nos remiten a una norma extra típica-la cual debe ser analizada en cada caso en concreto-y no así, los deberes genéricos sostenidos en nuestra Constitución.
3. Se postula que, se tomen en cuenta criterios jurídicos en la postura de garante de los altos funcionarios, para efectos de los delitos dolosos, como el delito de homicidio en las manifestaciones sociales: el nexo de evitación en la postura de garante, y el conocimiento previsible. De igual manera, la previsibilidad, y el hombre promedio en sociedad para efectos del delito culposo. Marcando notoriamente la línea, entre los delitos de infracción de deber y los delitos de dominio del hecho. Ello en razón de que, en casos específicos, por su complejidad, se atribuya de manera correcta responsabilidad penal a los autores directos. A su vez, teniendo en cuenta el criterio de razonabilidad (jurídica), y proporcionalidad, en vigor del principio de legalidad y debido proceso.

VI. REFERENCIAS

TESIS

- Camacho, A. (2017). El delito de homicidio calificado según nuestra legislación penal vigente. Perú: Chimbote. Universidad San Pedro. Recuperado: http://repositorio.usanpedro.edu.pe/bitstream/handle/USANPEDRO/9804/Tesis_57647.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Chiok, J. 2020. ¿Mito o realidad?: El deber de garante del funcionario público en el Derecho Penal Peruano. Perú. Recuperado: https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/16289/C_HIOK_GONZALEZ_JAVIER_MIGUEL.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Díaz, C. (2021). La norma de mandato, en el delito de parricidio, como fundamento de la punición del extraneus. Perú. Chiclayo. Recuperado: https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/3798/1/TL_DiazAranaCarmenMariana.pdf
- Eguiguren, F. (2007). La responsabilidad constitucional y penal del presidente de la república en el Perú: Propuesta para su reforma. Lima. PUCP. Recuperado: https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/4749/EGUI_GUREN_PRAELI_FRANCISCO_PRESIDENTE_REPUBLICA.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Gunder, A. Fuentes, M. Saez, J. (2016). Diez tesis acerca de los movimientos sociales. México. Recuperado de: <https://ur.booksc.me/book/49683223/57c190>
- León, L. & Santos, J. (2020). Los delitos de omisión en la ley penal peruana: El problema de la prueba. Perú. Recuperado de: <https://repositorio.unjfsc.edu.pe/handle/20.500.14067/4123?show=full>
- Mayhua, L. (S/F). Comisión por omisión. Algunas observaciones en especial al anteproyecto del Código Penal 2004. Lima. Revista: Derecho y cambio social. Recuperado de: <https://www.derechoycambiosocial.com/revista008/comision%20por%20omision.htm>
- Oliva, H. (2013). “Omisión impropia. Responsabilidad penal del Estado”. Guatemala de la Asunción: Universidad Rafael Landívar. Recuperado: <https://www.ehu.eus/documents/3012743/4523116/Oliva-Rosales-Herbert-Estuardo.pdf>

- Santaella, F. (S/F). El nexos de evitación en los delitos de omisión impropia. Argentina.
Recuperado: <http://www.derecho.uba.ar/institucional/derecho-penal/documentos/santaella-sassano.pdf>
- Singaña, J. (2019). La omisión y la posición de garante en el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano. Ecuador. Recuperado de: [T-UCE-0013-JUR-027-P.pdf](http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/20754/1/T-UCE-0013-JUR-027-P.pdf) / <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/20754/1/T-UCE-0013-JUR-027-P.pdf>
- Vargas, J. (2019). Fundamentos jurídicos para incorporar taxativamente el doloeventual en el código penal peruano. Un estudio sobre la base del tipo penal de homicidio culposo. Perú. Recuperado: <http://repositorio.upagu.edu.pe/bitstream/handle/UPAGU/951/TESIS%20-Carrera%20Vargas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

LIBROS

- Arismendiz, E. (2018). Manual de delitos contra la administración pública: cuestiones sustanciales y procesales. Perú-Chiclayo. Instituto Pacifico.
- Bolea, Carolina. (2000). Autoría mediata en derecho penal. Valencia. Tirant lo Blanch.
- García, Víctor. (2011) Legislativo y Ejecutivo en el Perú. 3era edición. Editorial Adrus. Perú.
- Guevara, P (2018). El parricidio: entre la infracción al deber y el feminicidio. Lima, Perú: Idemsa.
- Prado, V. (2017). Derecho Penal Parte Especial: Los Delitos. Fondo Editorial.
- Rodríguez, M., Ugaz, A., Gamero, L. y Schönbohm, H. (2012). MANUAL DE CASOS PENALES: La Teoría General del Delito y su importancia en el marco de la Reforma Procesal Penal. Ediciones Nova Print S.A.C.
- Roxín, C. (1997). Derecho Penal – Parte General -. Tomo I. Recuperado: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf
- Roxin, C. (1998). Dogmática Penal y Política Criminal. Perú. Lima. Editorial IDEMSA.
- Salinas, R. (2018). Derecho Penal Parte Especial (Volumen 1). Editorial Iustitia.
- Silva, J. (2003). El delito de omisión. Concepto y sistema. Argentina. IB de f. Montevideo – Buenos Aires.
- Torres, W. (S/F). Autoría en los delitos de infracción de deber.
- Vargas, P. (2007). Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante. Chile. Editorial Aranzadi, SA.

Waldron, J. (2019). *Contra el gobierno de los jueces: Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el Congreso y en los tribunales*. Siglo XXI Editores.

JURISPRUDENCIA

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Manifestaciones sociales*. Recuperado:

<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>

Denuncia Constitucional N° 150-2020.

Recurso de Casación N°1563-2019- La Libertad. Recuperado de: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/03/Casacion-1563-2019-La-Libertad-LPDerecho.pdf>

Recurso de Nulidad N°2174-2017- Lima. Recuperado de: <https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/Recurso-de-Nulidad-2174-2017-Lima.pdf>

Resolución Legislativa del Congreso N° 025-2022-2023-CR. Recuperado de: <https://actualidadcivil.pe/norma/resolucion-legislativa-del-congreso-025-2022-2023-cr/5aa1d6f8-b161-48eb-a669-0523fe9fd48f>

INSTRUMENTO NORMATIVO LEGAL

Código Procesal Penal. Recuperado: https://spijlibre.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPROCESALPENAL.pdf

Congreso de la República. (1993). *Constitución Política del Perú*. Promulgada el 29 diciembre de 1993

Congreso de la República (1991) Código Penal Peruano. Publicado en: Diario Oficial “El Peruano”

REVISTAS, BLOG’S DIGITALES

Alvarado, K. (2022). *La responsabilidad del presidente de la república en el régimen presidencialista peruano*. Revista de investigación de la facultad de derecho. Perú-Chiclayo. Recuperado:<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8054450>

DEHPUCP (2015, 15 de mayo). *Comisión por omisión: otro supuesto de responsabilidad de altos mandos militares*. IDEHPUCP. Recupero: https://idehpucp.pucp.edu.pe/opinion_1/comision-por-omision-otro-supuesto-de-responsabilidad-de-altos-mandos-militares/

- Iriarte, P. (2017). Fundamentos materiales de la omisión impropia. Lp Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/fundamentos-materiales-omision-impropia/>
- Jiménez, A. (2016). ¿Altos funcionarios o Políticos? Blog: La Mirada Institucional. España. Recuperado de: <https://rafaeljimenezasensio.com/2016/11/20/altos-funcionarios-o-politicos/>
- RAE. Actuación precedente peligrosa. Recuperado: <https://dpej.rae.es/lema/actuaci%C3%B3n-precedente-peligrosa#:~:text=Actuaci%C3%B3n%20del%20sujeto%20que%20con,ese%20peligro%20creado%20por%20%C3%A9l.>
- RAE, funcionario público: <https://dpej.rae.es/lema/alto-cargo>
- Rubano, M. (2017). El principio de responsabilidad del gobierno. Revista de derecho y ciencias penales: Ciencias Sociales y Políticas.
- Stefani, G. (2018). Delito de omisión impropia: “Análisis comparado entre legislación de España y Argentina”. España. Salamanca. Recuperado de: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/03/doctrina49002.pdf>
- Villegas, E. (2018). El homicidio: doctrina y jurisprudencia. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

VII. ANEXOS

Anexo 1. Proyecto de ley

PROYECTO DE LEY N° --/--/2024-CR

PROYECTO DE LEY N° _____

Ley que modifica el artículo 13, inciso 2 del código penal referente a la omisión impropia.

PROYECTO DE LEY

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la siguiente Ley:

Ley que modifica el artículo 13, inciso 2 del código penal referente a la omisión impropia.

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto modificar el artículo 13 del Código Penal, inciso 2, a fin de incorporar a la omisión que, el sujeto activo está vinculado a una norma de mandato, ya que, el nexo de evitación se encuentra fundamentado en ella.

Artículo 2.- Modificación del artículo 13, inciso 2 del Código Penal

Modifíquese el artículo 13, inciso 2 del Código Penal, el cual queda redactado de la siguiente manera:

“Artículo 13.- Omisión impropia

El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

3. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo.

4. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer ordenado por una norma de mandato.

La pena del omiso podrá ser atenuada.”

Artículo 3.- Vigencia y derogatoria

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

Deróguense las normas que se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

Lima, -- de ----- de 2024

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

La presente iniciativa legislativa tiene como fundamento los siguientes argumentos:

- Los delitos de omisión impropia, cometidos por altos funcionarios, son formas en la que la omisión provoca el resultado lesivo, es decir, el nexo de evitación en la postura de garante tiene su sustento en una norma de mandato. De ahí, la necesidad de incorporar, criterios jurídicos en la postura de garante en el delito de omisión impropia, es en razón de que, está obligado a evitar que se produzca el resultado lesivo y permite voluntariamente que se afecte el bien jurídico encomendado, en razón del cargo que ostenta; por tal acción omisiva, es que se considera delito omisivo doloso.
- Estos delitos generan un perjuicio irremediable a la Administración Pública del Estado, generando inseguridad jurídica, sobre todo, en las instituciones públicas del Estado, ya que, afectan directamente al principio de legalidad, debido proceso y justicia, favoreciendo a los autores directos del delito en cuestión, otorgándoles impunidad, por existir vicios al momento de no valorar correctamente la gravedad de la omisión del acto funcional, y el perjuicio ocasionado para con el Estado.

- El objeto de esta propuesta de modificatoria, es marcar la línea entre los delitos de infracción de deber y los delitos de dominio del hecho, puesto que, al incorporar al análisis criterios jurídicos en la postura de garante de los altos funcionarios. Por lo que, para efectos de los delitos dolosos son: el nexo de evitación en la postura de garante, y el conocimiento previsible, del autor del delito. Por su parte, para efectos de los delitos culposos, los criterios jurídicos serían: la previsibilidad, y el hombre promedio en sociedad.
- Por estas razones, se propone modificar el artículo 13, inciso 2 del Código Penal, a fin de incorporar a la omisión que, el sujeto activo, es decir, el sujeto cualificado, está vinculado a una norma de mandato, ya que, el nexo de evitación se encuentra fundamentado en ella.

II. EFECTO DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente propuesta legislativa busca modificar el artículo 13, inciso 2 del Código Penal.

A continuación, se presenta un cuadro en la cual se puede apreciar la modificación propuesta en forma comparativa con el texto actual del código penal.

TEXTO ACTUAL	TEXTO PROPUESTO
<p>Artículo 13.- Omisión impropia</p> <p>El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo. 2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. <p>La pena del omiso podrá ser atenuada.</p>	<p>Artículo 13.- Omisión impropia</p> <p>El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo. 2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer ordenado por una norma de mandato. <p>La pena del omiso podrá ser atenuada.</p>

III. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

El presente proyecto de ley no irroga egreso alguno al erario nacional

En este tipo de delitos de omisión de actos funcionales, implican vicios al momento de la valoración de no valorar correctamente la gravedad de la omisión del acto funcional, y el perjuicio ocasionado para con el Estado, por cuanto, no existen criterios jurídicos para el correcto análisis de los hechos en cuestión, permitiendo a los autores del delito, la mal administración del bien jurídico encomendado a su persona, en razón del cargo que ostentan.

La propuesta de modificatoria, trae consigo el beneficio de garantizar el debido proceso, rigiéndose no solo a los principios generales de Derecho y justicia, sino también, a la aplicación correcta del principio de legalidad, razonabilidad jurídica, otorgando seguridad jurídica respecto a al Administración Pública del Estado.

Al adoptar esta medida, se cumple con el correcto ejercicio de la Administración Pública del Estado, toda vez que, se enfoca a identificar e individualizar correctamente a los infractores de sus deberes encomendados, diferenciándolos de los sujetos comunes, evitando denuncias irracionales, o jurídicamente imposibles. Asimismo, prioriza y resguarda lo estipulado por los artículos 99 y 425 de la Constitución Política del Perú, respecto a los altos funcionarios y la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales, velando-una vez más-los intereses del Estado.

IV. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL Y LA AGENDA LEGISLATIVA

La presente propuesta legislativa se vincula con las siguientes políticas de Estado: N°1 referida al “Fortalecimiento del régimen democrático y del Estado de derecho”, además con la N°26 referida a la “Promoción de la ética y la transparencia y erradicación de la corrupción...” y así como con la N°28 “Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos y acceso a la justicia e independencia judicial”

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los cuatro días del mes de enero de dos mil veinticuatro.