PONTIFICIA UNIVERSIDAD

CATÓLICA DEL PERÚ

Facultad de Derecho

Programa de Segunda Especialidad en Argumentación Jurídica

"La función de la dogmática jurídica en las sentencias de casación, en las resoluciones supremas y en las resoluciones superiores sobre la atipicidad relativa. Un estudio a partir de un conjunto de decisiones judiciales penales peruanas 2013 – 2019".

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Argumentación Jurídica

Autor:

Roberto Castillo Velarde

Asesor:

Jose Enrique Sotomayor Trelles

Lima, 2022

Informe de Similitud

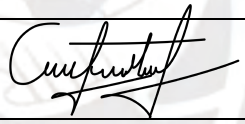
Yo, José Enrique Sotomayor Trelles, docente de la Facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado "La función de la dogmática jurídica en las sentencias de casación, en las resoluciones supremas y en las resoluciones superiores sobre la atipicidad relativa. Un estudio a partir de un conjunto de decisiones judiciales penales peruanas 2013 – 2019.", del/de la autor(a) Roberto Castillo Velarde, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 23%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 07/12/2022.

- He revisado con detalle dicho reporte y Trabajo Académico, y no se advierte indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 03 de abril del 2023.

<table>
<tr><td colspan="2">Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:
Sotomayor Trelles José Enrique</td></tr>
<tr><td>DNI:
45486817</td><td rowspan="2">Firma
  </td></tr>
<tr><td>ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1155-0249</td></tr>
</table>

Resumen

La dogmática jurídica y la jurisprudencia peruana utilizan el siguiente concepto de atipicidad relativa “cuando la conducta no cumple con la hipótesis típica conlleva al archivo del caso”; sin embargo, esta figura jurídica no conlleva al archivo, sino busca que el hecho relevante sea subsumido en otro tipo penal.

En base a ello se tiene la pregunta de investigación ¿qué función cumple la dogmática jurídica en las decisiones judiciales penales peruanas en el periodo 2013 – 2019?

Asimismo, el objetivo general radica en evaluar esta función y los objetivos específicos versan sobre el análisis que cumple la función de control y la función técnica de la dogmática jurídica en esas decisiones judiciales.

Se tiene como resultado que la función que cumple la dogmática jurídica no es coherente con su naturaleza, pues no cuenta con una posición sólida; asimismo, no cumple su función de control ni su función técnica, al no verificarse su compatibilidad lógica con otros enunciados dogmáticos y normas jurídicas.

Del análisis realizado a las muestras sobre la interpretación y aplicación de la atipicidad relativa se tiene que en el 71.4% se concluyó con el archivo del proceso y en el 28.6% se dispuso la continuación del mismo, lo que evidencia la falta de seguridad jurídica y la contradicción en la predictibilidad de las decisiones judiciales.

El presente trabajo da una posición jurídica distinta, pues la atipicidad relativa debe remitirse a otro tipo penal y solo cuando se encuentren ante una atipicidad absoluta esta generaría el archivo del proceso.

Palabras Claves. Dogmática jurídica, tipicidad absoluta, atipicidad relativa, seguridad jurídica y predictibilidad.

ABSTRACT

Legal dogmatics and Peruvian jurisprudence use the following concept of relative atypicality "when the conduct does not comply with the typical hypothesis, it leads to the filing of the case"; however, this legal figure does not lead to the file, but seeks that the relevant fact is subsumed in another criminal type

Based on this, the research question is: what role does legal dogmatics play in Peruvian criminal judicial decisions in the period 2013 – 2019?

Likewise, the general objective lies in evaluating this function and the specific objectives deal with the analysis that fulfills the control function and the technical function of legal dogmatics in these judicial decisions.

The result is that the function fulfilled by legal dogmatics is not consistent with its nature, since it does not have a solid position; Likewise, it does not fulfill its control function or its technical function, since its logical compatibility with other dogmatic statements and legal norms has not been verified.

From the analysis carried out on the samples on the interpretation and application of the relative atypicality, 71.4% concluded with the filing of the process and 28.6% ordered its continuation, which shows the lack of legal certainty and the contradiction in the predictability of judicial decisions.

The present work gives a different legal position, since the relative atypicality must be referred to another criminal type and only when they are faced with an absolute atypicality this would generate the file of the process.

Keywords. Legal dogmatics, absolute typicity, relative atypicality, legal certainty and predictability.

INDICE

Introducción 1

I. Primera sección – Doctrina y Jurisprudencia

1.1. La Función de los argumentos dogmáticos en el derecho 3

1.1.1. Dogmática jurídica 3

1.1.2. Funciones de la dogmática jurídica 4

1.1.3. Dogmática jurídico penal 5

1.2. Línea jurisprudencial 6

1.3. La argumentación jurídica - dogmática 7

II. Segunda sección – Argumentos doctrinarios sobre la atipicidad relativa

2.1. Concepto de Argumento 8

2.2. Argumentación jurídica 9

2.3. Ámbito de la argumentación jurídica 9

2.4. Teoría del delito 10

2.5. Concepto de tipicidad 10

2.6. Conceto de atipicidad 11

2.7. Atipicidad absoluta 11

2.8. Atipicidad relativa 12

2.9. Causas de la atipicidad 12

III. Tercera sección - Análisis de la muestra

3.1. Casación N°160-2014 – Ancash 13

3.2. Casación N°581-2015 – Piura 13

3.3. Casación N°392-2016 – Arequipa 14

3.4. Casación N°723-2017 – Apurímac 15

3.5. Exp. A.V. 1-2019 15

3.6. Exp. n.°00148-2012-16-1826-JR-PE-02 16

3.7. Exp. n.°03421-2018-72-1302-JR-PE-02 16

3.8. Casaciones internacionales 19

3.9. Análisis crítico 19

IV. Conclusiones y recomendaciones 20

V. Bibliografía 22

INTRODUCCIÓN

El proceso penal peruano regula el recurso de casación, siendo esta de carácter extraordinario y formalista, entre sus finalidades se destacan la de ejercer un adecuado control de la aplicación e interpretación de la norma jurídica, defender el derecho en su vertiente sustantivo y adjetivo y el de controlar la logicidad de los fundamentos de las resoluciones, Bernal (2015, p.40). En base a ello las sentencias en recurso de casación que emite el tribunal supremo deben definir un concepto preciso y específico de las normas jurídicas aplicadas.

Las resoluciones supremas devienen de las decisiones del juez de investigación preparatoria suprema, quien tiene por función el control de la legalidad del proceso penal en primera instancia, mientras que las resoluciones superiores son producto de los recursos de apelación presentados por las partes intervinientes en un proceso, esto con el objetivo de que el juzgador emita un pronunciamiento confirmando, revocando o declarando la nulidad de la decisión del órgano jurisdiccional de inferior jerarquía.

La jurisprudencia peruana durante el modelo del nuevo código procesal penal ha utilizado el concepto de atipicidad relativa en las Casaciones n.°160-2014 – Ancash, n.°581-2015 – Piura, n.°392-2016 – Arequipa y n.°723-2017 – Apurímac; en la resolución suprema, Exp. A.V. 1-2019 y en las resoluciones superiores Exp. n.°00148-2012-16-1826-JR-PE-02 y Exp. n.°03421-2018-72-1302-JR-PE-02 En las cuales sostiene que la atipicidad relativa es cuando la conducta adolece de algún elemento del tipo: sujetos, elementos descriptivos normativos, subjetivos y objeto; y al adolecer de estos conlleva al archivo del caso. Lo cual no es coherente con la naturaleza jurídica de la atipicidad relativa por cuanto esta figura jurídica no conlleva a la falta de un elemento objetivo y subjetivo del tipo penal, sino por el contrario la atipicidad relativa busca que el hecho relevante jurídico sea subsumido en otro tipo penal del sistema normativo, tal como lo afirman los autores colombianos Velásquez, Bernal y Montealegre.

En la doctrina una de las causas de atipicidad es la atipicidad relativa, según Velásquez (2017) es aquella que no contiene algún elemento de la descripción normativa y que esta pueda ser subsumida en otro tipo penal.

> De acuerdo a Bernal y Montealegre (2013) en la interpretación de la sentencia C-920 del 2017, M.P.: Jaime Córdoba Triveño, mencionan que la atipicidad absoluta para extinguir la acción penal con fuerza de cosa juzgada requiere que el acto humano no se ubique en ningún tipo penal, en tanto que la atipicidad relativa hace referencia a que si bien los hechos investigados no se adecuan dentro de una especifica conducta punible si encuadran dentro de otra.

En ese contexto el presente trabajo evalúa la función que cumple la dogmática jurídica en las sentencias de casación, en las resoluciones supremas y en las resoluciones superiores sobre la interpretación y aplicación de la atipicidad relativa.

Para evaluar la función de la dogmática jurídica en estas instancias judiciales se realizó la indagación en el buscador de la página web del Tribunal Constitucional y a la entrada de “atipicidad relativa” arroja cero resultados encontrados, por lo que se procedió a la búsqueda en la página web del Poder Judicial obteniendo el mismo resultado. Ante esta situación se recurrió al buscador de Google de donde se descargó cuatro casaciones; una resolución suprema y dos resoluciones de cortes superiores que sirvieron de muestra en el presente trabajo.

La presente investigación esta divida en tres secciones: en la primera sección se describe los conceptos de dogmática jurídica, funciones de la dogmática jurídica, la línea jurisprudencial y la argumentación jurídico dogmática, definiciones que buscan ampliar el conocimiento y aplicación de las normas jurídicas. En la segunda sección se desarrollara los conceptos de argumento, argumentación jurídica, ámbito de la argumentación, teoría del delito, conceptos de tipicidad, atipicidad, asimismo se hace énfasis en la doctrina comparada sobre la atipicidad relativa y absoluta como marco conceptual y legal; y en la tercera sección se analizará los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema, por el juzgado supremo de investigación preparatoria y por las salas penales de cortes superiores de la República del Perú, durante el periodo 2013 – 2019, y de las sentencias de casación emitidas en el 2017 y 2020 por la Corte Suprema de Justicia de la República Colombiana. Finalmente se presentará las conclusiones y sugerencias.

Objetivo general

Evaluar la función que cumple la dogmática jurídica en las sentencias de casación, en las resoluciones supremas y en las resoluciones superiores sobre la atipicidad relativa en un conjunto de decisiones judiciales penales peruanas 2013 – 2019.

Objetivos específicos

Analizar la función de control y función técnica de la dogmática jurídica en las sentencias de casación, en las resoluciones supremas y en las resoluciones superiores sobre la atipicidad relativa en un conjunto de decisiones judiciales penales peruanas 2013 – 2019.

Analizar las definiciones conceptuales de la dogmática jurídica sobre la atipicidad absoluta y relativa.

I. Primera sección – dogmática, jurisprudencia y argumentación.

1.1. La dogmática jurídica y sus funciones

1.1.1. Dogmática jurídica

De acuerdo a Gascón y García (2015) “Es un conjunto de enunciados de los juristas referentes a normas jurídicas y jurisprudencia que forman un todo coherente en el marco de una ciencia del derecho que funciona institucionalmente” (p.203).

Alexy (2015) “Las dogmáticas del derecho tienen contenido normativo. Sus enunciados pueden aducirse como argumentos para la decisión de cuestiones que no podrían resolverse únicamente con argumentos empíricos” (p.353).

La dogmática jurídica es el más tradicional y característico de los saberes jurídicos y ocupa un lugar primordial, en relación con todos los demás saberes. (La Dogmática Penal como Tecno-Praxis - Seminario de León - Manuel Atienza).

En ese sentido, los conocimientos dogmáticos han sido preponderantes para el desarrollo jurídico en la solución de los problemas de interpretación y argumentación de un procedimiento o proceso judicial o extrajudicial.

1.1.2. Funciones de la dogmática jurídica

Gascón y García (2003) Entre sus funciones destacan las siguientes:

- Función de control. Esta función está relacionada a la comprobación sistemática de los enunciados dogmáticos, confirmando su coherencia con otros enunciados de la misma índole. Asimismo, los compatibiliza a través de la practica valorativa.

- Función de estabilización. Las decisiones que emite la dogmática jurídica ante los problemas jurídicos deben fijarse por periodos de tiempo prolongados, esto con el objetivo de evitar discusiones innecesarias cada vez que se alegue un concepto lo que avala una cierta igualdad en las interpretaciones.

- Función de descarga. Una vez sustentada y corroborada una norma dogmática aporta a la seguridad jurídica y solo en casos especiales se podría variar de criterio.

- Función de progreso. Esta función facilita el progreso de la dogmática jurídica, aunque este progreso está condicionado a la variación de las disposiciones legislativas y a los cambios valorativos de la sociedad.

- Función técnica. Esta función hace referencia a la simplificación y sistematización de la dogmática jurídica, lo que permite dar una mirada amplia y rápida a la relación de dependencia que existe entre las normas dogmáticas, favoreciendo así, la adquisición de nuevos conocimientos en materia jurídica y con ello garantiza su difusión en la comunidad jurídica.

- Función heurística. Amplia la visión del operador jurídico para que pueda generarse interrogantes y soluciones, que en otras circunstancias no se podría advertir con claridad.

A juicio de Atienza (2013) La dogmática jurídica tiene las funciones: **(i)** es un fragmento de un sistema jurídico vigente, (ii) su método se basa en asumir un punto de vista interno o normativo, (iii) y elabora conceptos con que aprehender intelectualmente una materia. Esta última función debe entenderse en relación a las dos anteriores funciones (p. 2). Por lo que la dogmática es esencial en el saber del jurista, pues no solo se trata de un cúmulo de enunciados, sino también de evidenciar acciones cotidianas de las premisas normativas y su vinculación con las reglas que confieren poderes.

En esos contextos la dogmática jurídica contribuye al sistema jurídico dotándolo de un variado conocimiento teórico del derecho en sus distintas especialidades, fortaleciendo el orden dogmático y mejorando el intelecto de los operadores de justicia. Asimismo, sirve para reconocer los límites que tiene el jurista en su actividad, abriendo el saber jurídico a otros saberes sociales como la filosofía, sociología y la lógica, saberes que ha disminuido en algunos casos posiciones tradicionales.

1.1.3. Dogmática jurídico penal

De acuerdo Atienza (2015) La dogmática jurídica general se aplica en el campo de la dogmática penal, pero con algunos aspectos característicos que tienen que ver esencialmente con: la especialidad del ordenamiento penal, la existencia de una tradición doctrinaria que se remonta a la elocuencia greco-latina - donde la teoría del delito se analizó como una propuesta más avanzada de la construcción dogmática y con la consideración de la dogmática Alemana como el modelo más avanzado, por lo que este modelo debería seguirse en toda obra de carácter dogmático (p.5 - 9).

En ese entender la dogmática jurídico penal seria la clave del conocimiento en el sistema jurídico peruano vigente, la cual se sustrae del sistema jurídico euro continental - romano germano francés. Por lo tanto, conocer el derecho penal y su aplicación en el quehacer cotidiano merece una reflexión de los entendidos en la materia. Pues no solo se puede complejizar o dificultar su entendimiento y su práctica; sino por el contrario, debe clarificar su sustento con posiciones jurídicas mayoritarias y uniformes las que están correlacionadas con el sistema jurídico penal, lo que favorece su predictibilidad y contribuye a la seguridad jurídica.

1.2. Línea jurisprudencial

El derecho de origen jurisprudencial se desarrolla de manera lenta y progresiva, siendo necesario que su identificación en el sistema jurídico vigente conlleve a identificar y analizar temporal y estructuralmente varias sentencias que se relaciones entre sí. En ese entender la interpretación de sentencias aisladas no da una buena idea del desarrollo sistemático de la jurisprudencia, por cuanto resulta crucial para entender el aporte del derecho judicial a todas las ramas del derecho. López (2006).

Por tanto, el análisis de sentencias individuales, sin sentido de orientación o agrupación, puede llevar a una dispersión radical, con la consecuente incomprensión de los mensajes normativos emanados del derecho judicial. Entonces la línea jurisprudencial solo será posible, sí el intérprete construye para cada línea una teórica jurídica integral de las interrelaciones de varios pronunciamientos judiciales relevantes. López (2006, p.139). Desde esa interpretación el jurista debe centrarse en acortar el patrón fáctico concreto, identificar sentencias hito y construir teorías estructuradas con narraciones sólidas y comprensibles que permitan correlacionar varios pronunciamientos judiciales.

De lo expresado se puede inferir que la jurisprudencia juega un papel trascendental en la solución de los casos emblemáticos, pues en sus pronunciamientos plasman la interpretación y aplicación correcta de los enunciados normativos, de esta manera se correlaciona su sistematización.

Además, busca que sus pronunciamientos no sean aislados, sino que sigan una orientación normativa de parte de los operadores jurídicos; sin embargo, de otro lado también se tiene la existencia de sentencias solitarias que mantienen posturas donde complejizan y problematizan la aplicación de diversas figuras jurídicas. Ante ello la judicatura peruana en algunos casos ha dado solución mediante las sentencias plenarias, como, por ejemplo. (Sentencia Plenaria Casatoria n.°1-2017/CIJ-433. F.J.29).

1.3. Argumentación jurídica - dogmática

> La argumentación jurídica dogmática tendría que ser la más próxima a lo que se ha llamado el discurso crítico racional y la más alejada de la retórica, teniendo como destinatario a la comunidad jurídica. Un buen argumento dogmático tiene como facultad persuadir a cualquier jurista para que asuma los límites característicos del sistema jurídico en cuyo marco se efectúa la argumentación. En cuanto al uso de las técnicas argumentativas es de gran relevancia esclarecer la aplicación que hacen los jueces tanto de la subsunción como de la ponderación y ante las reglas de acción se acude al esquema de la subsunción - justificación interna -, mientras que los principios implican acudir a la ponderación. (Atienza, 2012, p.13).

Desde esa óptica el análisis argumentativo no solo debe centrarse en las razones o explicaciones que hace el jurista para sustentar su posición, sino que esta también debe invitar, incitar e inducir que su uso sea acentuado en el pragmatismo o realismo jurídico, de esta manera se correlacionaría en la teoría y en la práctica.

Por tanto, una buena solución dogmática a los problemas jurídicos de tipicidad, serian: que los criterios a aplicar sean los mismos para las acciones como para las omisiones, que sean simples, que los criterios promueven seguridad jurídica, que los criterios sean coherente acorde a los valores y principios del ordenamiento penal, y que generen un consenso de aceptación amplia.

Partiendo de la experiencia como operador jurídico se tiene que la argumentación dogmática siempre ha buscado solucionar los problemas

jurídicos de disfuncionalidades mediante razonamientos encadenados con virtudes de fuerza, firmeza y eficacia en atingencia del cuerpo normativo vigente.

Por ello el dogmático del derecho penal tiene que ser un objetivista moral y defensor de la única respuesta coherente y lógica, es decir que la solución que se proponga para la resolución de un problema no tendrá que ser simplemente buena, sino la mejor posible que contrarreste una solución rival.

II. Segunda Sección - Argumentos doctrinarios sobre la atipicidad relativa

2.1. Concepto de argumento

> La palabra argumento deriva del latín “arguere” que significa dejar claro en pro o en contra una proposición; en ese sentido lo que el jurista use para confirmar o refutar su teoría debe ser transparente y precisa, esto mediante la utilización de un lenguaje sencillo. (Ureta, 2012, p.209).

Por lo que los argumentos que se utilicen para sustentar una hipótesis deben ser suficientemente sólidos y entendibles para la doctrina y la jurisprudencia.

Según Vega (2015) “los argumentos son las construcciones a través de la cual se fortifica o subyacen frases solidas o débiles, premisas en la que descansa el peso de la argumentación” (p.36). En ese entender la edificación de argumentos deben estar revestidas de una base sólida que soporte las decisiones jurídicas

A decir de Weston (2014) “el argumento es la acción de ofrecer un conjunto de razones o de pruebas en apoyo de una conclusión, son intentos de apoyar ciertas opiniones con razones” (p.6). En ese contexto, no solamente sería la afirmación de posiciones jurídicas, sino que el argumento debe contener premisas y una conclusión y estas deben estar claramente diferenciadas.

En ese orden de ideas el argumento viene hacer las razones que sustentan una teoría, proposición, premisa, posición jurídica, punto de vista, etc que van a dar

solidez a las afirmaciones vertidas en la dogmática y la línea jurisprudencial. situación que contribuye a la comunidad jurídica en transmitir decisiones claras y sólidas, pues no solo se trata de lo que se quiere probar sino también de las razones que se tiene para concluir que es eso cierto.

2.2. Argumentación jurídica

> "La argumentación jurídica es el lenguaje del Derecho resultante de una aplicación actual de reglas y principios a la solución de los conflictos teóricos y prácticos que la sociedad se plantea en el ámbito del propio Derecho" (Alexy, 2015, p.100). Por consiguiente, las posiciones y decisiones jurídicas deben estar destinados a resolver las controversias dogmáticas y jurisdiccionales evitando con ello interpretaciones antojadizas por parte de los operadores jurídicos.

Para Atienza (2015) "la argumentación jurídica es una teoría prescriptiva, que no sólo describe el proceso de justificación de las soluciones de los casos jurídicos que realizan los jueces y otros operadores jurídicos, sino que también prescribe cómo debe realizarse dicho proceso de justificación" (p.133). Es así que las razones que se expresen por parte de los juristas y los doctrinarios no solo deben describir la problemática, sino también de cómo realizar un análisis exhaustivo que sustente los fundamentos que resuelva la controversia.

En ese sentido la argumentación jurídica como teoría no solo se sustenta en el relato de la parte fáctica o normativa, pues su función es mucho más compleja que requiere una exigencia donde se estructure las razones que validen una posición o decisión jurídica.

2.3. Ámbito de la argumentación jurídica

> Se puede distinguir tres ámbitos de aplicación, la primera es la producción o establecimiento de normas jurídicas, la segunda está en relación a la aplicación de normas jurídicas y la tercera vendría hacer la dogmática jurídica, para el presente trabajo nos centraremos en el tercer ámbito de aplicación, siendo que la dogmática jurídica es un actividad compleja en la que cabe distinguir esencialmente tres funciones: a) suministrar criterios para la producción del derecho en las diversas instancias en que ello tiene

> lugar; b) suministrar criterios para la aplicación del derecho y c) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico. (Atienza, 2015, p.29)

Por lo que el ámbito de la dogmática es de suma importancia para las decisiones o posiciones jurídicas que adopta la corte suprema, siendo esta la máxima instancia judicial nacional y sus decisiones implican una aplicación obligatoria por las instancias judiciales inferiores, así mismo proporciona los insumos de la forma como debe aplicarse el derecho y cumple la función ordenadora de una parte del ordenamiento jurídico.

2.4. Teoría del delito

> Es el conjunto sistemático de criterios que sirven para determinar la imputación penal a un sujeto, siendo así se comprende que dicha teoría no responda aun iteres meramente teórico o especulativo sino por el contario está destinada a cumplir una función práctica. (Villegas, 2017, p.9). Por lo que para su funcionalidad están deben cumplir con las condiciones imprescindibles de la imputación, los mismo que dotan de racionalidad y seguridad en la aplicación de la ley penal.
>
> La teoría del delito puede ser concebido como un conocimiento jurídico y racional que permite sistematizar el ilícito criminal a partir de una elaboración conceptual de tipo analítico. Para que el operador jurídico utilice la teoría del delito debe analizar de forma gradual sus componentes a fin de establecer si el hecho es relevante y esta corresponde a una actividad criminal. (Araque, 2018, p.183)

Consecuentemente la teoría del delito es una entidad jurídica que contiene presupuestos que requieren ser validados por el operador jurídico con la finalidad de relacionar si un hecho relevante trasciende el aspectos objetivo y subjetivo de un ilícito penal.

2.5. Concepto de tipicidad

> La tipicidad es una operación lógica por medio del cual una conducta humana se encuadra o subsume en un supuesto de hecho, conllevando mediante un proceso con las debidas garantías a demostrar la comisión del ilícito penal y la responsabilidad de sujeto activo.

Para los efectos de subsumir el hecho relevante jurídicamente debe filtrarse el elemento objetivo y subjetivo del tipo penal; es decir, en cuanto al elemento objetivo debe correlacionarse el hecho con el supuesto jurídico, mientras que el elemento subjetivo deviene del análisis si el sujeto activo actúo con dolo o culpa.

En ese sentido, Meini (2014), afirma que la tipicidad permite analizar la tipicidad objetiva y subjetiva, la primera comprende el comportamiento externo; es decir, la consecuencia jurídica de la conducta y el segundo abarca la forma del comportamiento que se efectúa, la que puede ser dolosa o culposa.

2.6. Concepto de atipicidad

En atención al concepto de la atipicidad la doctrina nacional no ha considerado como objeto de estudio a la norma penal sustantiva, sino implícitamente esta concepción subyace del concepto de tipicidad, entendido como aquel comportamiento humano que no se subsume en un enunciado normativo sustantivo penal.

Sin embargo, es necesario precisar que la figura jurídica de la atipicidad fue introducida por la doctrina peruana procesal penal en el marco del uso del medio de defensa excepción de improcedencia de acción, buscando con ello que la autoridad judicial declare que el hecho no constituye delito.

Asimismo, la atipicidad en nuestro sistema jurídico ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República del Perú, entidad que ha regulado tanto la atipicidad relativa y absoluta durante el desarrollo de la investigación preparatoria como en la etapa intermedia y el juicio oral.

2.7. Atipicidad absoluta

El profesor peruano Urtecho (2014), citando al jurista Colombiano Reyes (1994, p.264) sostiene que “la atipicidad absoluta consiste en que el proceder del sujeto activo no se ajusta con ninguno de los elementos descriptivos normativos del tipo penal”.

Al respecto el profesor Reyes (2017), “expresa que estamos ante una atipicidad absoluta cuando el comportamiento humano no encaja en un elemento normativo descriptivo”. (p.155)

Por último, el profesor Velásquez (2017), refiere que “estamos ante una atipicidad absoluta cuando la conducta analizada no es subsumible en ningún enunciado del ordenamiento jurídico sustantivo penal”. (p.396)

2.8. Atipicidad relativa

En cuanto a la definición de la atipicidad relativa el profesor peruano Urtecho (2014), remitiéndose al jurista colombiano Reyes (1994, p.264) menciona que “la atipicidad relativa es aquel comportamiento que padece de algún elemento del tipo penal como sujetos, conducta y objeto”.

En relación a lo antes mencionado el profesor Reyes (2017, p.154), ha puntualizado que una atipicidad relativa se debe a la ausencia de alguno de los elementos que integra el tipo penal, verbigracia refiere que en cuanto al sujeto activo o pasivo éste no aglutina con las circunstancias especiales señaladas en el enunciado normativo. En relación a la conducta se presenta cuando el comportamiento humano no se encuadra en el tipo penal. Por último, referente al objeto material esta se aprecia ante la ausencia de las características especificadas en el elemento normativo.

Por otra parte, el profesor Velásquez (2017), menciona que “la atipicidad relativa es cuando no se presenta alguno o algunos de los elementos de la norma prescriptiva. Pero que tal comportamiento descriptivo se comprende en otro ilícito penal” (p.396)

2.9. Causas de la atipicidad

Las causas de atipicidad derivan de la inconcurrencia del elemento objetivo y subjetivo del tipo penal, incluso se considera también como causas de exclusión de la tipicidad el consentimiento de la víctima y las causas de justificación. Siendo así, se puede justificar que el comportamiento desarrollado por el sujeto activo no es jurídicamente relevante; por ende, no es justiciable.

> Sucede en las demás estructuras típicas, en las conductas de omisión dolosa, se puede excluir la tipicidad por ausencia de los elementos objetivos del tipo o cuando no hay resultado o nexo de evitación o si no se presenta la situación típica. (Velásquez, 2017, p.396)

III. Tercera Sección - ANÁLISIS DE LA MUESTRA

3.1. Casación n°160-2014 – Ancash

La casación referida se emitió en el año 2015, denotando de su contenido que se trata de un caso donde implica al sujeto activo el delito de peculado por apropiación, resultado de la secuela del proceso que se declaró fundada la excepción de improcedencia de acción, a raíz de ello el tribunal supremo precisa que el sujeto activo en el delito de peculado será aquel funcionario o servidor que tenga relación funcional directa de la administración, recepción y custodia de los caudales y efectos.

La Corte Suprema ha establecido que el sujeto activo tenía la condición de Gobernador Regional, quien solo tenía la función genérica como garante y no especifica, por no tener bajo su ámbito la vigilancia directa de la administración recepción y custodia de los bienes.

Sin embargo, en esta decisión la Corte Suprema no hace mención ni desarrolla que ese entiende por atipicidad relativa, pues, la atipicidad relativa se introduce en el fundamento tercero como parte de los antecedentes de la casación explicitando que son los fundamentos esbozados por el Juez de investigación preparatoria donde no especifica que se entiende por atipicidad relativa.

3.2. Casación n°581-2015 – Piura

La casación mencionada fue expedida en el año 2016 por la Corte Suprema, por haberse declarado fundado la excepción de prescripción respecto del delito de homicidio y parricidio como cómplice secundario y por los delitos de omisión de denuncia y encubrimiento real, delitos que se atribuyen a un galeno.

Al respecto la Corte suprema indica que para el delito de parricidio exige ciertas relaciones interpersonales entre el sujeto activo y pasivo, aspecto que no se denota entre la víctima y el galeno. Con relación al delito de feminicidio precisa que el sujeto activo debe tener conocimiento que va matar a una mujer y su aporte debe estar destinado a dicha finalidad. En ambos delitos el auxilio tiene que ser antes de la consumación del delito.

Con relación al delito de encubrimiento real el sujeto activo en su condición de médico al revisar al paciente no tenía conocimiento que las lesiones devenían de un comportamiento ilícito. En cuanto al delito de omisión de denuncia de igual forma el imputado en su condición de médico no podía poner en conocimiento de la autoridad sobre las lesiones, porque desconocía que las lesiones fueron generadas en un evento delictivo.

En esta casación la Corte Suprema confirma la decisión de la procedencia de la excepción de improcedencia de acción concluyendo que los comportamientos no configuran los delitos denunciados. De los fundamentos de la decisión de la casación no desarrolla o analiza que se entiende por atipicidad relativa y porque los delitos en comento son considerados como atipicidad relativa.

Pues, la Corte Suprema solo en el fundamento jurídico 8.4, se remite a lo descrito por el profesor Urtecho, en el sentido que estamos ante una atipicidad relativa por falta de adecuación directa.

3.3. Casación n°392-2016 – Arequipa

La casación bajo análisis se expidió en el año 2017 por la Corte Suprema de la República, el caso deviene de una investigación por el delito de violación sexual, proceso en el cual se declaró fundada la excepción de improcedencia de acción con el fundamento que la imputación no describió con que objeto o parte del cuerpo se produjo el acto sexual.

En el fundamento décimo tercero de la casación se menciona a la atipicidad relativa como aquella donde el suceso fáctico no se adecua a la hipótesis típica; es decir adolece de un elemento objetivo y subjetivo del

tipo penal, conllevando a una atipicidad relativa por falta de adecuación indirecta.

3.4. Casación n°723-2017 – Apurímac

Esta casación fue emitida en el año 2018, en el proceso que se sigue por el delito de colusión agravada, en la que se declaró fundada la excepción de improcedencia de acción por atipicidad relativa al evidenciarse ausencia de un elemento objetivo del tipo penal, pues el funcionario no tenía competencia funcional en el ilícito penal.

Con relación a la atipicidad relativa se remite a la sentencia de casación n.°392-2016 – Arequipa, precisando que esta atipicidad se presenta por la inconcurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal.

3.5. **Exp. A.V. 1-2019** – excepción de naturaleza de acción

El pronunciamiento se emitió en el 2019, el caso se concierne al delito de encubrimiento real imputado a un ex Fiscal de la Nación, donde la defensa plantea la atipicidad relativa argumentando que el suceso fáctico no se adecua a la hipótesis típica, por cuanto la conducta adolece de algún elemento del tipo. Ante esta pretensión el Juez Supremo de Investigación Preparatoria indica que como el hecho se encuentra tipificado en el Art.405 del Código Penal, se descarta de plano la atipicidad absoluta. Asimismo, refiere que para determinar la existencia de la atipicidad relativa evaluará los elementos objetivos y subjetivos del delito previsto en el Art.405 del Código Penal y como resultado de esa evaluación concluyó en que los supuestos del tipo objetivo del delito imputado no se sujetan en estricto a la conducta requerida por el tipo penal.

Del resultado de esta improcedencia de acción se evidencia que el Juez Supremo no establece la diferencia de la figura jurídica de atipicidad absoluta y relativa, y al no estar presente en la conducta del acusado los supuestos del tipo penal Art,405 del Código Penal, esta deviene en una atipicidad relativa disponiendo el archivo del caso, confirmando con esto que el órgano jurisdiccional supremo decae en la misma línea de interpretación o aplicación de la Corte Suprema.

3.6. Exp. n.°00148-2012-16-1826-JR-PE-02

El presente caso data del año 2013, trata del delito de colusión, en la cual se planteó la improcedencia de acción y los integrantes de la sala penal de apelaciones concluyeron que cuando una conducta no está prevista como delito en el ordenamiento jurídico vigente se presenta la atipicidad absoluta, y cuando no se adecue a la hipótesis típica de una disposición penal vigente y preexistente se está frente a una atipicidad relativa. En base a esta conclusión determinaron que los hechos imputados y los elementos de convicción no cumplen con los supuestos de la atipicidad relativa ordenando la continuación del proceso.

En esa línea de interpretación se deja en claro que los fundamentos de la defensa, así como de la judicatura mantienen la posición jurídica de la tipicidad absoluta y relativa de la corte suprema.

3.7. Exp. n.°03421-2018-72-1302-JR-PE-02

La decisión emitida corresponde al año 2019, concerniente a un hecho de connotación sexual en agravio de una menor de edad, donde la defensa del imputado postula la falta de imputación por atipicidad relativa, considerando como fundamento que la menor no precisó que parte del cuerpo del acusado le introdujo en la vagina o en el ano. Ante dicho argumento el colegiado superior preciso que ello no es un tema de atipicidad relativa si no de prueba, disponiendo la continuación del proceso.

Sin embargo, en esta decisión judicial no se fundamentó por qué el pedido de la defensa no cumpliría con los supuestos de la atipicidad relativa, por tanto, la resolución carecería de la debida motivación en la justificación interna.

A continuación, se presenta el resultado del análisis realizado a las decisiones judiciales de las diferentes instancias de la judicatura peruana.

Tabla 1

Resultado del análisis de las decisiones judiciales periodo 2013 – 2019.

N.° EXP.	Muestra	Definición de atipicidad relativa	Explícita o implícitamente definida	Definición de atipicidad absoluta	Explícita o implícitamente definida	Papel en el Fallo
1. N.°160-2014 – Ancash	Casación	No existe definición.	Implícito.	No hay definición.	Implícito.	Archivo del proceso.
2. N.°581-2015 – Piura	Casación	Si existe definición.	Explícita.	Existe definición.	Explícita.	Archivo del proceso
3. N.°392-2016 – Arequipa	Casación	Si existe definición.	Explícita.	Existe definición.	Explícita.	Archivo del proceso.
4. n.°723-2017 – Apurímac	Casación	Si existe definición.	Explícita.	Existe definición.	Explícita.	Archivo del proceso.
5. N.°A.V. 1-2019	Resolución Suprema	Si existe definición.	Explícita.	Existe definición.	Explícita.	Archivo del proceso.
6.N.°00148-2012-16-1826-JR-PE-02	Resolución Superior	Si existe definición.	Explícita.	Existe definición.	Explícita.	Continuación del proceso.
7.N.°03421-2018-72-1302-JR-PE-02	Resolución Superior	No existe definición.	Implícito.	No hay definición.	Implícito.	Continuación del proceso.

Nota. Las muestras corresponden a las decisiones judiciales de las diferentes instancias de la judicatura peruana.

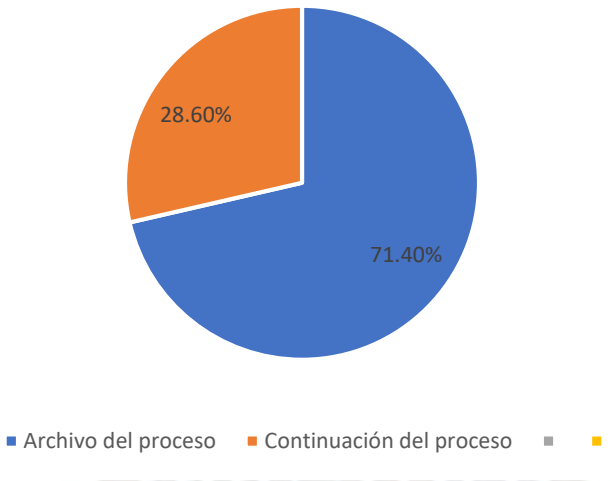
En la tabla 1 se aprecia que de las siete muestras analizadas cinco pronunciamientos tienen definición explicita sobre la atipicidad relativa y absoluta, en cuatro de ellas su papel en el fallo fue determinante para el archivo del proceso, mientras que una se dispuso la continuación del proceso. Asimismo, dos de las muestras cuentan con una definición implícita sobre la atipicidad relativa y absoluta, en una de ellas se concluyó el proceso y en la otra se confirmó la condena.

Tabla 2

Resultado del papel en el fallo de las decisiones judiciales periodo 2013 – 2019.

	Fi	%
Archivo del proceso	5	71.4
Continuación del proceso	2	28.6
Total	7	100

Figura N°.1



Análisis e interpretación

Del análisis realizado al fallo de las decisiones judiciales se tiene que en el 71.4% se concluyó con el archivo del proceso sustentados en la atipicidad relativa, lo que limita toda posibilidad de que el hecho jurídico relevante sea subsumido por otro tipo penal, creando impunidad y falta de seguridad jurídica. En el 28.6% se dispuso la continuación del proceso en base a la interpretación y aplicación de la atipicidad relativa generando confusión y contradicción en la predictibilidad de las decisiones judiciales.

3.8. Casaciones internacionales.

3.8.1. AP1332-2017 Radicación n.°49492

La Corte Suprema de Justicia de la República Colombiana se avocó del conocimiento del caso en vía recurso de casación en el proceso que se sigue por el delito de prevaricato confirmado el rechazo de la preclusión de la investigación por atipicidad objetiva, disponiendo que se prosiga con el trámite del proceso.

3.8.2. Casación SP916-2020 Radicación n.°55629

La alta judicatura colombiana en un caso del delito de abuso de autoridad ha dejado en claro que para que se configure la atipicidad absoluta requiere que el acto humano no se ubique en ningún tipo penal, en tanto que la relativa si los hechos no se adecuan dentro de una específica conducta punible, pero si encuadra en otro tipo penal.

En ambas casaciones de la República de Colombia se deja en claro que se está ante una atipicidad absoluta cuando el acto humano no se ubica en ningún tipo penal. Pero si el hecho se encuadra en otro tipo penal ella deviene en una atipicidad relativa, aspecto que fundamenta la continuación del proceso.

3.9. Análisis crítico

Los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema de la República Peruana en las Casaciones, resoluciones supremas y resoluciones superiores evaluadas, se sustentan en una interpretación adoptada de la doctrina asumida por el jurista Peruano Santos Eugenio Urtecho Benites, citando al jurista Colombiano Alfonso Reyes Echandía, entendiendo que la atipicidad relativa conlleva al archivo de un proceso.

Posición jurídica que no guardan relación con la naturaleza de la atipicidad relativa, en la cual un hecho de relevancia jurídica que no sea subsumida por un tipo penal se adecue a otro tipo penal a fin de proseguir con la investigación o proceso.

Por consiguiente, ante un hecho que no se subsuma en un tipo penal se estaría frente a una atipicidad absoluta y no ante una atipicidad relativa.

Esta posición jurídica de la atipicidad relativa como de la atipicidad absoluta es coherente con la doctrina asumida por el jurista colombiano Fernando Velásquez, Jaime Bernal y Eduardo Montealegre como por la jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la República Colombiana. Posiciones jurídicas que son acorde a una interpretación naturalística de la atipicidad relativa y absoluta.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

CONCLUSIONES

- La función que cumple la dogmática jurídica en las sentencias de casación, en las resoluciones supremas y en las resoluciones superiores sobre la atipicidad relativa no es coherente con su naturaleza jurídica, pues no cuentan con una posición solida que neutralice la posición contraria, además genera incertidumbre en la predictibilidad de los nuevos pronunciamientos judiciales afectando la seguridad jurídica.

- La función de control y la función técnica de la dogmática jurídica en las sentencias de casación, en las resoluciones supremas y en las resoluciones superiores sobre la atipicidad relativa, no se cumple por cuanto no se verifica su compatibilidad lógica con otros enunciados dogmáticos y normas jurídicas; asimismo carecen de sistematización, contexto que dificulta la mirada a la relación de dependencia que existe entre las normas jurídicas de la dogmática, limitando así su transmisión a los operadores jurídicos.

- De las definiciones conceptuales analizadas sobre la atipicidad absoluta y relativa se puede precisar que estos aportan pautas que son indispensables al momento de realizar un análisis concienzudo de un hecho de relevancia jurídica a fin de verificar su licitud o ilicitud; y, deja claro que la atipicidad relativa no es una causal de atipicidad del delito,

por el contrario, esta figura por su carácter ilícito relativo se remite a otro tipo penal, constituyéndose así en un hecho típico.

- Del análisis realizado a los fundamentos de las sentencias de casación, de las resoluciones supremas y de las resoluciones superiores sobre la atipicidad relativa en el 71.4% de las decisiones judiciales se concluyó con el archivo del proceso, limitando de esta manera toda posibilidad de que el hecho jurídico relevante sea subsumido por otro tipo penal, creando impunidad y falta de seguridad jurídica.

- Del análisis realizado a los fundamentos de las sentencias de casación, de las resoluciones supremas y de las resoluciones superiores sobre la atipicidad relativa en el 28.6% se dispuso la continuación del proceso en base a la interpretación y aplicación de la atipicidad relativa generando confusión y contradicción en la predictibilidad de las decisiones judiciales.

- El presente trabajo da una posición jurídica distinta a la asumida, pues la atipicidad relativa debe remitirse a otro tipo penal y solo cuando se encuentren ante una atipicidad absoluta esta generaría el archivo del proceso.

RECOMENDACIONES

- Considerar una evaluación de la interpretación de la atipicidad relativa y absoluta por parte de las salas penales de la Corte Suprema, por parte del juzgado supremo de investigación preparatoria y por parte de las salas penales de las cortes superiores de la República Peruana, a fin de variar la línea dogmática y jurisprudencial de la interpretación y aplicación de la atipicidad relativa y absoluta, pues de continuar con la interpretación de que la atipicidad relativa conlleva al archivo del proceso se estaría generando impunidad de hechos ilícitos; asimismo, se permanecería en una confusión jurídica dogmática y jurisprudencial en los operadores de justicia afectando la seguridad jurídica y generando incertidumbre en la predictibilidad de las decisiones judiciales.

V. BIBLIOGRAFIA

- Alexy, R. (2015). *Teoría de la argumentación*. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Araque, D. (2018). *Derecho penal introducción y fundamentos de imputación de responsabilidad penal*. Bogotá, Colombia: Ibáñez.
- Atienza, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid, España: Trotta.
- Atienza, M. (2015). *Las razones del derecho*. Lima, Perú: Palestra.
- La Dogmática Penal como Tecno-Praxis - Seminario de León - Manuel Atienza p. Recuperado https://n9.cl/ujnrp.
- Bernal, J. (2015). *La Casación en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima, Perú: Ideas.
- Bernal, J. y Montealegre, E. (2013). *El Proceso Penal.* Colombia: universidad Externado de Colombia.
- Gascón, M. y García, A. (2015). *La Argumentación en el Derecho.* Perú: Palestra Editores.
- López. D. (2006). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Meini, I. (2014). *Lecciones de derecho penal – parte general teoría jurídica del delito*. Lima Perú: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Poder Judicial (2017) I Pleno Jurisprudencial Casatorios de las Salas Penales Permanente y Transitorias. Sentencia Plenaria Casatoria n.°1-2017/CIJ-433. F.J.29. Recuperado https://n9.cl/i2t3f.
- Poder Judicial del Perú. *Consulta de Expedientes Judiciales – Supremo*. Recuperado de https://acortar.link/epMaT5
- Poder Judicial del Perú. *Consulta de Expedientes Judiciales – Supremo*. Recuperado de https://acortar.link/afgLR3
- Poder Judicial del Perú. *Consulta de Expedientes Judiciales – Supremo*. Recuperado de https://acortar.link/oeVIK5
- Poder Judicial del Perú. *Consulta de Expedientes Judiciales – Supremo*. Recuperado de https://acortar.link/C3jjZR
- Poder Judicial del Perú. *Consulta de Expedientes Judiciales – Supremo*.
- Recuperado de https://n9.cl/h49fb

- Recuperado de https://n9.cl/8xkq0
- Recuperado de https://n9.cl/z9w6v
- Recuperado de https://acortar.link/djWZgO
- Recuperado de https://n9.cl/ox9gu
- Reyes, A. (2017). *Derecho Penal*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Ureta, A. (2012). *Técnicas de argumentación jurídica*. Lima, Perú: Ediciones Legales.
- Urtecho, S. (2014). *Los medios de defensa técnicos y el nuevo proceso penal*. Lima, Perú: Idemsa.
- Velásquez, F. (2017). *Fundamentos de derecho penal parte general*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Vega, L (2015). *Introducción a la Teoría de la Argumentación.* Lima, Perú: Palestra.
- Weston, A. (2014). *Las Claves de la Argumentación.* México: Ariel.