

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



Carrera de Derecho y Ciencias Políticas

“FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA
INTERPRETAR DE MANERA RESTRICTIVA EL
ELEMENTO OBJETIVO *REQUISITOS LEGALES*
EN EL DELITO DE *INTRUSISMO*”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogada

Autoras:

Sara Janeth Fernández Chilón
Rocío Ivonne Luzón Paredes

Asesor:

Dr. Juan Carlos Tello Villanueva

Cajamarca - Perú

2021

DEDICATORIA

A nuestros padres por habernos forjado como las personas que somos en la actualidad, muchos de nuestros logros lo debemos a ellos, por inculcarnos los valores y sobre todo nos motivaron a seguir nuestros anhelos y a cumplir nuestros sueños.

AGRADECIMIENTO

A la universidad que nos abrió sus puertas para seguir nuestros sueños y estudios, a nuestros maestros que nos inculcaron cada día sus conocimientos para ser mejores profesionales.

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO.....	3
TABLA DE CONTENIDOS.....	4
RESUMEN	5
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	6
1.1. Realidad problemática.....	6
1.2. Formulación del problema.....	8
1.3. Objetivos.....	9
1.4. Hipótesis.....	9
CAPÍTULO II. METODOLOGÍA	11
2.1. Tipo de Investigación.....	11
2.2. Población y muestra.....	11
2.3. Técnicas e instrumentos.....	11
2.4. Procedimiento.....	12
CAPÍTULO III. RESULTADOS	13
3.1. Teoría del Delito.....	13
3.2. Teoría del Derecho Penal.....	26
3.3. El Delito de Ejercicio Ilegal de la Profesión.....	37
3.4. El delito de <i>Intrusismo</i> en la legislación extranjera.....	44
CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES.....	50
4.1. Discusión.....	50
4.2. Conclusiones.....	59
4.3. Recomendaciones.....	60
REFERENCIAS	61

RESUMEN

El delito regulado en el artículo 363 del Código Penal conocido como intrusismo o ejercicio ilegal de la profesión, comprende entre las distintas formas de aparición de esta conducta, a aquella en la cual el agente ejerce una determinada profesión sin contar con los requisitos legales; no obstante, de la misma redacción típica se advierte que da lugar a una controversia interpretativa en cuanto a la conducta referida a ejercer actos propios de la profesión sin contar con título alguno, es por ello que, en el presente trabajo establecimos como hipótesis que, los fundamentos jurídicos para no considerar al título profesional dentro del término requisitos legales, son: a) Observancia del principio de lesividad; y el b) Respeto del principio de legalidad. En este orden de ideas, nuestro objetivo general fue establecer dichos fundamentos; siendo que, con tal finalidad, se utilizó el método dogmático; esto es, se analizó cómo este delito ha sido tratado en la legislación comparada (en la cual halla su génesis) a fin de determinar el contenido que comprende; del mismo modo, durante dicho proceso se utilizó la técnica de revisión documental, a través del estudio de la bibliografía correspondiente para poder presentar una propuesta de *lege lata* y de *lege ferenda* que resuelva la controversia interpretativa advertida.

Palabras clave: Principio de lesividad, principio de legalidad, fundamentos jurídicos, delito de intrusismo.

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

Respecto al desarrollo histórico de la figura penal del ejercicio ilegal de la profesión, cabe señalar que esta no fue contemplada en los anteriores códigos penales peruanos. Las fuentes extranjeras que inspiraron a nuestros legisladores proceden de las construcciones normativo-penales españolas (códigos penales de 1928 y 1973, artículos 326 y 321 respectivamente), asimismo, de los códigos penales italianos de 1930 (artículo 348) y portugués (artículo 400, inciso 2). A nivel de leyes especiales, en el Perú, el Decreto Ley N° 11363 del 19 de mayo de 1950 de represión del *tinterillaje* puede reputarse como uno de sus lejanos antecedentes (Rojas, 2007).

La conducta descrita por el tipo penal *sub examine* señala que:

El que ejerce profesión sin reunir los requisitos legales requeridos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. El que ejerce profesión con falso título, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años, si el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual. (Artículo 363, Código Penal, 1991)

De esta manera, de la redacción típica presentada, se puede colegir que, este tipo penal tiene únicamente dos modalidades de comisión, la primera modalidad hace referencia a la *falta de requisitos legales* y, respecto a la segunda indica que esta se realiza con *falso título*.

En lo que concierne a la *primera modalidad* es necesario explicar lo que el legislador quiso tipificar al regular el enunciado lingüístico *requisitos legales* para la configuración del tipo penal. Es así que Rojas (2007) expresa:

(...) los requisitos legales referidos en la norma penal hacen alusión a la correspondiente colegiatura. Cabe indicar que ello puede resultar acertado cuando así lo señale expresamente la ley de la materia (así, por ejemplo, el art. 265 inc. 3 de la Ley Orgánica del poder Judicial, que hablando sobre los abogados establece que para patrocinar se requiere estar inscrito en el colegio de abogados del Distrito Judicial correspondiente). Pero no solo a ellos se reduce la referencia normativa del tipo penal, son también requisitos legales no estar inhabilitado por sentencia judicial, suspendido, tener función incompatible, etc. (p. 942)

En tal sentido, se puede comprender que la conducta prohibida a realizar, respecto de la primera modalidad, es aquella donde se ejerce una profesión siendo titulado, pero sin cumplir con los requisitos legales (colegiatura de distintos colegios). Siguiendo esta línea de ideas, Abanto (2003) confirma esta interpretación, al sostener que:

Esta modalidad parece referirse a los supuestos en los cuales las personas que han recibido un título oficial deben cumplir aún [sic] algunos requisitos previstos en la ley para poder ejercer. P. ej., en el caso de los abogados es necesaria la inscripción del título en la Corte Superior de Justicia de la jurisdicción y, además, su colegiación profesional. (p. 158)

De manera diáfana, este autor (2003) puntualiza que el Código Penal peruano “no contempla expresamente esta posibilidad y dirige la represión más bien a quienes ejercieren con títulos falsificados o sin cumplir requisitos burocráticos adicionales”. (p. 158)

Por otro lado, contrariamente a lo señalado en la doctrina, respecto a la interpretación del mencionado elemento del tipo; en la jurisprudencia, más precisamente, en el Recurso de Nulidad 3635-2013-Junin, de manera

meridianamente clara, se ha interpretado que dicha modalidad no se restringiría a la conducta del titulado que solo le falte cumplir los requisitos legales como la colegiatura. Así, textualmente se indica:

Tercero: Que los medios probatorios que sustentan la vinculación del encausado Augusto (...), en los presentes ilícitos penales, están debidamente acreditados en autos; así como su responsabilidad penal en los delitos tales como: ostentación de títulos u honores que no ejerce y el ejercicio ilegalmente de la profesión, al no contar con el título oficial de arquitecto y consignarlo en los contratos de trabajo celebrados como tal; puesto que sin tener el grado de bachiller, ni haber obtenido el título de arquitecto, ha ostentado tal título que no ejerce, menos aún haberse colegiado para el desempeño de dicha profesión (...). Se acreditó que el imputado Augusto (...) ostentaba indistintamente el grado de bachiller o título profesional de arquitecto, sin tener tal grado o título profesional y, por ende, ejerció ilegalmente la profesión.

Ante el escenario graficado, se advierte controversia respecto a cómo debe interpretarse dicho elemento objetivo del tipo penal llamado *requisitos legales*; pues la doctrina apela a una interpretación restrictiva, mientras que la jurisprudencia a una de naturaleza extensiva.

En virtud a lo expuesto, surge la necesidad de establecer los fundamentos jurídicos para interpretar de manera restrictiva dicho elemento normativo, ello dentro del contexto de un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro (artículo 43 de la Constitución).

Por ello, nos formulamos la siguiente pregunta de investigación.

1.2. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos por lo que se debe interpretar de manera restrictiva el elemento objetivo *requisitos legales* en el delito de Intrusismo?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Establecer los fundamentos jurídicos por lo que se debe interpretar de manera restrictiva el elemento objetivo *requisitos legales* en el delito de Intrusismo.

1.3.2. Objetivos específicos

- Analizar dogmáticamente al delito de ejercicio ilegal de la profesión.
- Examinar los antecedentes legislativos internacionales respecto al delito de Ejercicio de Ilegal de la Profesión.
- Formular una propuesta interpretativa de *lege lata* respecto al elemento objetivo *requisitos legales* en el delito de Intrusismo.
- Formular una propuesta de *lege ferenda* para reubicar el delito de intrusismo dentro de los delitos contra la fe pública.

1.4. Hipótesis

1.4.1. Hipótesis general

Los fundamentos jurídicos por lo que se debe interpretar de manera restrictiva el elemento objetivo *requisitos legales* en el delito de Intrusismo, son: a) Observancia del principio de lesividad; y, b) Respeto del principio de legalidad.

1.4.2. Hipótesis específicas

- En lo que concierne a la garantía del *principio de legalidad* se verifica que por la redacción del tipo penal establecido en el artículo 363 del Código Penal se utiliza la analogía *in malam partem* para realizar una interpretación extensiva.

- En relación a la modalidad *sin reunir requisitos legales* estos deben entenderse como requisitos burocráticos o administrativos, mas no como referencia al título profesional emitido a nombre de la nación.

CAPÍTULO II. METODOLOGÍA

2.1. Tipo de investigación

El tipo de investigación del presente trabajo es básica, porque tiene “como finalidad la obtención y recopilación de información para ir construyendo una base de conocimiento que se va agregando a la información previa existente” (Hernández, 2010). “El objetivo es incrementar los conocimientos científicos, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico” (Muntané, 2010, p. 221).

En tal sentido, el trabajo de investigación realizado, consiste en que, a partir de un problema observado en la legislación penal (conflicto interpretativo respecto al elemento objetivo *requisitos legales*), se busca aumentar el conocimiento respecto a este tópico, sin modificar elemento fáctico alguno, sino que, por el contrario, se apunta a otorgar una perspectiva distinta en la discusión teórica ya existente.

2.2. Población y muestra (Materiales, instrumentos y métodos)

En virtud a la naturaleza de la investigación realizada, esta no cuenta con población y muestra.

2.3. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

En la presente investigación, se utilizó el método dogmático, que consiste en el análisis de la letra del texto normativo, desde la perspectiva normativa, doctrinaria y de legislación comparada, descomponiendo dicho texto analíticamente para luego reconstruirlo en forma coherente, arrojando una construcción (interpretación) o teoría jurídica. En este caso, el análisis del tipo penal 363 del Código Penal, a través de los distintos criterios de interpretación: literal, lógica, sistemática, histórica y teleológica

de dicho dispositivo normativo. Asimismo, la presente investigación se sirvió de la sistemática observación documental de distintos autores acerca del delito de ejercicio ilegal de la profesión. Para recopilar la información y agruparla sistemáticamente fue necesario contar con: Hojas de recojo de datos, Fichas y Libretas de apuntes.

2.4. Procedimiento

A fin de determinar cuáles son los fundamentos jurídicos por lo que se debe interpretar de manera restrictiva el elemento objetivo requisitos legales en el delito de Intrusismo, resultó necesario, en un primer momento, efectuar el análisis dogmático del delito en cuestión a fin de determinar cómo es que este se compone, identificando principalmente los distintos elementos típicos que concurren en su realización.

Siendo que la presente conducta delictiva no tiene un correlato previo en la legislación peruana, fue necesario acudir a distintas fuentes del derecho comparado para entender la génesis de este delito – especialmente en el derecho español – y de esta manera deducir el contenido *político-criminal* que trasciende a la figura delictiva en cuestión, para así colegir las razones subyacentes detrás de la fórmula legislativa utilizada en el artículo 363 del Código Penal peruano.

Una vez que se identificó el origen normativo del Ejercicio Ilegal de la Profesión, la investigación se centró específicamente en establecer los fundamentos jurídicos por lo que se debe interpretar de manera restrictiva el elemento objetivo *requisitos legales* en el delito de Intrusismo.

CAPÍTULO III. RESULTADOS

En vista de que la presenta investigación es eminentemente dogmática, pues se refiere al establecimiento de los fundamentos jurídicos por lo que se debe interpretar de manera restrictiva el elemento objetivo *requisitos legales* en el delito de Intrusismo; no se presentan muestras estadísticas. Por ello en este acápite consideraremos las teorías existentes y los aportes de la dogmática referidas al delito de ejercicio ilegal de la profesión: Teoría del delito (apartado 3.1.), Teoría del derecho penal (apartado 3.2), análisis dogmático del delito de ejercicio ilegal de la profesión (apartado 3.3) y finalmente la legislación comparada del delito de Intrusismo (apartado 3.4).

3.1. TEORÍA DEL DELITO

La Teoría del Delito como tal, ofrece un sistema de componentes, los cuales, podría decirse, son comunes a todo delito y a su vez, constituyen la manifestación más característica elaborada por la Dogmática Penal, en tal sentido la Teoría del Delito no pretende ser una construcción *ius naturalista*¹ acerca de lo que el delito debería ser, sino por el contrario constituye “una elaboración sistemática de las características generales que el Derecho Positivo permite atribuir al delito, a la vista que aquel efectúa de éste.” (Mir, 2011, p.136)

El cómo se entiende hoy en día a la Teoría del Delito, tiene su origen hacia finales del siglo XIX, con los postulados de Von Listz y Beling, los cuales fueron superados posteriormente tras el advenimiento de las teorías finalistas de Welzel, mediante las cuales se opta por considerar a la culpabilidad como un reproche a la conducta típica

¹ Tiene como objetivo teórico más elevado la búsqueda de los principios básicos del Derecho Penal positivo y su articulación en un sistema único.

antijurídica y a su vez se añade en la tipicidad un segundo elemento, de naturaleza subjetiva, referido a la voluntad o no de cometer la conducta delictiva por parte del agente (Hurtado, 1987).

De esta manera se podría definir al delito como aquella conducta típica, antijurídica y culpable, distinguiéndose así cuatro categorías que quedarían comprendidas dentro de la Teoría del Delito, las cuales serán explicadas más específicamente en los subcapítulos siguientes.

3.1.1. La Conducta

El considerar a un hecho como punible, se realiza sobre la base de que la conducta desplegada debe ser humana, de esta manera todo delito siempre será, en un primer momento, un comportamiento humano, ya sea por acción u omisión (Mezger, 1958).

Frente a lo expuesto, surgen en torno a esta categoría distintos problemas respecto a su conceptualización, de entre los cuales destaca aquel referido a su naturaleza ontológica o normativa. Otra de las controversias que genera la conducta como categoría delictiva es aquel alusivo a sus formas de aparición, concernientes a la omisión o acción en su génesis (Hurtado, 1987).

No obstante, existe un consenso en la dogmática penal para considerar a la conducta como un suceso del mundo externo direccionado por el espíritu humano. A fin de explicar ello cabe servirse de lo planteado – *prima facie* – por la teoría causalista, según la cual se considera a la conducta como aquel comportamiento humano guiado por la voluntad, ajeno a la finalidad que haya podido prever el agente (Hurtado, 1987).

Frente a lo expuesto en el párrafo precedente, surge – hacia inicios de la década de 1930 – la teoría finalista de la acción, propuesta por Welzel (Muñoz y García, 2010). Según esta, contrario a lo señalado por las teorías causalistas, se debe considerar como acción a aquella conducta guiada por la voluntad humana, pero con un objetivo en concreto (*fin ontológico*), esto es, hacia una finalidad en específico; lo expresado fue planteado sobre la base de que el ser humano, de cierta manera, puede pronosticar el resultado de su comportamiento, así como las circunstancias concomitantes que este generase (Hurtado, 1987).

Es así, que según lo expuesto por la teoría de la finalidad de la acción – a diferencia de lo planteado por los postulados causalistas – se vislumbra más allá de la mera voluntad humana, la finalidad que se busca con esta, ya que lo propuesto por la teoría causal abarca un concepto muy extensivo de aquello que debe entenderse por acción, los cuales podrían resultar o no conexos con el suceso delictivo acontecido (Muñoz y García, 2010).

No obstante, lo expresado anteriormente, también cabe señalar que frente a la teoría finalista de la acción, se han esgrimido varias críticas que hacen patentes sus deficiencias, siendo una de las más resaltantes aquella referida al comportamiento omisivo, dado que, bajo el prisma de dicha teoría, las actuaciones indicadas quedarían excluidas del ámbito penal, puesto que en estas no logra vislumbrarse la finalidad delictiva del actuar humano (Hurtado, 1987), empero, se ha buscado defender ello con la alusión a una finalidad potencial, según la cual el agente en el despliegue de sus actividades tuvo la posibilidad de prever el resultado lesivo que ocasionaría (Mezger, 1958).

Frente a las teorías expuestas, se alza una tercera que busca situarse en un punto intermedio entre lo ontológico y lo normativo, de esta manera se encuentra la

teoría social, según la cual más allá del hacer u omitir, debe importar para el derecho penal la relevancia social que dicho actuar pueda tener, de esta manera, se entiende por socialmente relevante a aquella interacción del ser humano con el mundo exterior la cual queda determinada – para efectos del derecho penal – por los efectos que la actuación indicada tenga en el plano fáctico (Hurtado, 1987).

De lo expuesto en el presente acápite, se podría concluir que aquello que se entiende como la categoría de acción, es una mera construcción normativa que determina cual será aquella conducta penalmente relevante que para ser considerada como delito deberá pasar por los análisis de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad (Muñoz y García, 2010). No obstante, el debate entre las teorías finalistas y causalistas ha pasado a un segundo plano, para dar paso en su lugar a una discusión político criminal respecto a lo que el concepto de acción comprende (Hurtado, 1987).

3.1.2. La Tipicidad

Hacia finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, las ciencias de la naturaleza se hallaban en auge y siendo que, por aquel entonces, se propusieron los primeros atisbos de lo que hoy en día se entiende como delito, la dogmática penal de esa época trató de imitar la comprensión de este – siguiendo una lógica positivista – al modelo propuesto por dichas ciencias, es así que el delito siguió un método causalista caracterizado principalmente, por valorarlo tal y como las ciencias naturales pudieran describir un hecho ocurrido en el plano fáctico (Mir, 2016).

De esta manera, el análisis de la parte objetiva del tipo formaba parte de la antijuricidad penal, no concibiéndose a la tipicidad como una categoría delictiva (Hurtado, 1987), antes bien, del examen antijurídico a realizarse, resultaba

necesario efectuar el *desvalor de resultado*, pero para realizar dicha indagación era necesario – en algunos casos – recurrir a elementos subjetivos de la conducta (dolo y culpa), sin embargo, ello resultaba contradictorio a un análisis antijurídico propio de un *positivismo naturalista* que examinaba al delito de manera análoga al cómo lo hacían las ciencias naturales respecto a su objeto de estudio; rezagando el estudio de los elementos subjetivos a la categoría de culpabilidad (Mir, 2016). Es así, que un punto de inflexión en la superación del problema advertido, llega hacia la década de 1930, pues en estos años es que se proponen las teorías finalistas de Welzel, la cuales parten de estructuras *lógico-objetivas* precedentes al derecho en sí, de las cuales el legislador no puede hacer otra más que respetarlas y partir de ello tipificar las conductas delictivas (Hurtado, 2010).

Teniendo como marco el escenario planteado, es que según el análisis advertido a partir de lo que se entiende como *acción final* – y siendo que la antijuricidad consiste en un examen sobre el hecho –, resulta imposible deslindar a la acción de la finalidad que lo preside, “así, en los delitos dolosos, el dolo ha de considerarse componente esencial del injusto, y no de la culpabilidad” (Mir, 2016, p. 164).

Llegado a este punto, resulta necesario – para entender efectivamente la concepción de tipicidad que se tiene hoy en día – establecer la relación existente entre tipicidad y antijuricidad, de esta manera la idea moderna de lo que hoy se concibe como tipo penal, halla su origen en los postulados de Beling (Mir, 2016), quién lo forja como una mera subsunción de la conducta fácticamente realizada con lo descrito en la ley penal, sin realizar juicio alguno de desvalor sobre el hecho realizado (Hurtado, 1987).

Sin embargo, con el arribo del pensamiento *neo-Kantiano*, mediante el cual se introdujo la idea de valor en el análisis del delito, es que dejó de entenderse a la tipicidad como una categoría completamente ajena a la antijuricidad, sino por el contrario esta halla su razón de ser en la tipicidad, por ello, se señaló que en el análisis típico de la conducta se realiza un *juicio provisional de desvalor*, toda vez que la tipicidad constituye el medio que utiliza la antijuricidad penal, para que una conducta tenga relevancia penal (Mir, 2016).

Dado así el contexto, se puede afirmar que la tipicidad acarrea consigo una sospecha de antijuricidad, ello en vista a que el legislador regula una conducta cómo delito pensando que esta resulta contraria al Derecho Penal, no obstante, es en base a las ideas finalistas que nuevamente vuelve a entenderse a la conducta típica como un indicio de que pueda ser antijurídica, separando para ello ambas categorías, pero además añadiendo una valoración en el tipo, toda vez que este presenta los elementos que son relevantes para el derecho penal (Muñoz y García, 2010).

De lo señalado, cabe resaltar que, para calificar a una conducta como contraria al Derecho Penal esta debe, en primer lugar, lesionar o poner en peligro un bien jurídico protegido por el Derecho Penal, además de no encontrar una causa de justificación; siendo, así las cosas, con la tipicidad se valoran los elementos necesarios que debe revestir la conducta para lesionar o poner en peligro el bien jurídico merecedor de protección penal (con lo cual se justificaría su indicio de comportamiento antijurídico) relegando el examen de las causas de justificación a la antijuricidad (Hurtado, 1987).

Frente a esto último es que surge la teoría de los elementos negativos del tipo, según la cual, la admisión provisional de que la conducta típica supone su

antijuricidad, no debe ser provisional, sino definitiva, ello en vista a que, en caso se evidencie la concurrencia de alguna causa de justificación en el respectivo examen antijurídico también supone la exclusión de la tipicidad (Muñoz y García, 2010).

A pesar de lo expuesto, lo cierto es que dicha teoría da un alcance muy general a lo que debe entenderse por tipo, no obstante, del planteamiento que realiza se evidencia la presencia de un aspecto positivo y de otro negativo, pero en esta ocasión ya no del tipo en sí, sino del supuesto de hecho, siendo que el aspecto positivo constituye la conducta típicamente regulada y el negativo se refiere a la ausencia de causas de justificación; en síntesis, podría decirse que el supuesto de hecho (para su realización) trasciende a la conducta típica, porque además, requiere la carencia de alguna causa que justifique a dicha conducta (Mir, 2016).

Por su parte no todas las conductas, que – en un sentido estricto – encajen perfectamente en lo descrito por la *norma primaria*, supondrán que efectivamente resultan típicas, pues para realizar un correcto desvalor de resultado, este deberá ser atribuido a una conducta lo suficientemente grave, ya sea a título de dolo o culpa (desvalor de conducta) capaz de producirlo; del mismo modo pueda que el daño ocasionado resulte insignificante, sea aceptado socialmente o que el bien jurídico protegido sea de libre disponibilidad del titular² (Hurtado, 1987).

Ahora bien, siendo que, para realizar el análisis típico es necesario recurrir al desvalor de resultado, cabe señalar que este supondrá la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, es por ello, que resulta crucial poner en contexto

² En esos casos nos hallamos ante causas de exclusión de la tipicidad: Falta de imputación objetiva, adecuación social, consentimiento del titular, principio de insignificancia (Mir, 2016). Cabe señalar que dichas causas no deben confundirse en ningún caso con las causas de justificación, pues al hablar de estas últimas, supone que el acto desplegado sí resulta típico.

aquello que debe entenderse por bien jurídico, a fin de lograrlo se debe acudir a su conceptualización tanto dogmática como político criminal, siendo que por esta última se entiende a aquello que resulta merecedor de la protección del derecho penal, mientras que en el plano dogmático consiste en aquel objeto protegido por la transgresión de la norma que se trate (Mir, 2016).

Sin embargo, más allá de lo expresado, también es necesario acudir a la diferenciación entre la esencia misma de aquello que es el bien jurídico con su contraparte en el plano objetivo, ante ello Mir (2016) indica que el punto básico que sirve como parámetro y del cual se puede establecer en qué realmente consiste el bien jurídico penal, es la funcionalidad del mismo, sin importar si es que este tiene un sustrato material o inmaterial, concibiéndolo de esta manera como “una relación dialéctica de realidad y valor” (p. 176).

Como someramente se adelantó líneas atrás la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (*desvalor de resultado*) deberá ser objetivamente imputable a una conducta, que bajo el prisma de un observador común, resulte lo suficientemente grave para producir dicho efecto típico (*desvalor de conducta*), por ello se indica que el análisis que recae sobre tal comportamiento se realiza *ex ante*, ya que, admitir lo contrario supondría, en uno u otro caso, prohibir todas aquellas conductas capaces de generar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, aunque desde una observación previa no puedan vislumbrarse como generadoras de tal resultado (Mir, 2016).

Lo previamente expuesto guarda cercana relación con los elementos subjetivos del tipo, ello en vista a que, el desvalor de conducta a realizarse – como comportamiento efectivamente grave capaz de producir el resultado lesivo o la puesta en peligro – no puede ser entendido sin acudir al dolo o culpa, ello en vista

a que la conducta constituye una unidad objetivo-subjetiva inescindible, sobre la cual también tendrá efectos la valoración se realice para efectos del derecho penal, pues la consecuencia jurídica (imposición de una pena), difiere tanto si tratase de un delito doloso como de uno culposo (Muñoz y García, 2010).

3.1.3. Antijuricidad

Respecto a la antijuricidad, debemos mencionar que, es un elemento fundamental el analizar si la conducta desplegada del supuesto sujeto activo del delito se ha constituido como una vulneración o perjuicio hacia el ordenamiento jurídico penal. En tal sentido, la antijuricidad se construye sobre el carácter de determinar si la conducta desplegada es contraria al Derecho Penal, lo cual, cabe destacar es distinto a la que se puede conceptualizar como antijuricidad administrativa o civil (Hurtado, 1987).

De esta manera, ha de quedar efectivamente acreditada que la conducta desplegada ha cumplido con la prohibición expresada en el tipo penal; sin embargo, para que cumpla con la absoluta expresión de “antijuricidad” es necesario analizar que la conducta no se encuentre justificada por alguna norma permisiva establecida como causa de justificación de la conducta, ante ello, y como se adelantó en el examen respectivo a tipicidad, el que una conducta encuadre con la conducta prevista en el tipo penal no supone plenamente que sea contraria al derecho penal, pues se puede presentar el caso de que se esté ante una causa de justificación (Mir, 2016).

Es así que, las causas de justificación vienen a constituir una eximente o atenuación de la responsabilidad penal cuando estas se establecen en el análisis de determinado caso en concreto, entre ellas tenemos: la legítima defensa; el

estado de necesidad justificante; el ejercicio legítimo de un deber, derecho u profesión; y, por último, el consentimiento (Muñoz y García, 2010).

3.1.3.1. La legítima defensa

En lo que respecta a la legítima defensa, podemos decir que esta se puede tornar en perfecta o imperfecta, esto en referencia a que se hayan cumplido los requisitos exigidos para su valoración, será perfecta cuando concurren adecuadamente todos los requisitos, por otro lado, será imperfecta cuando unos de los requisitos exigidos se vean insatisfechos o mermados considerablemente. Es necesario mencionar que la legítima defensa puede ser en pro de la protección de un bien jurídico propio o en pro del bien jurídico de un tercero (Mir, 2016).

Para la concurrencia de una legítima defensa se ha de presentar: una agresión ilegítima; una necesidad racional del medio empleado; y, por último, una falta de provocación suficiente. En lo concerniente al primer elemento, se requiere que el bien jurídico se encuentre en un efectivo peligro, en una situación real donde este se pueda verse mermado (si esto no se presenta podemos caer en una legítima defensa putativa) y necesariamente que la situación peligrosa sea una situación actual (no se permite legítima después de que ha acabado el peligro) (Mir, 2016).

En lo que refiere al segundo elemento, se menciona que el medio del cual se sirve el sujeto pasivo para defender el bien jurídico sea prudente y necesario para afrontar la situación delictuosa, sin sobrepasarse o cometer un acto independiente que desborda el ánimo de proteger y donde se puede corroborar un exceso (Hurtado, 1987).

Respecto del tercer elemento se puede decir que es necesario que el sujeto activo no haya sido quien haya deliberado la agresión por el sujeto activo y que no haya sido aquel que incentive o motive a que el sujeto activo despliegue una conducta nociva para el bien jurídico.

1.3.1.2. Estado de necesidad justificante

El estado de necesidad justificante es aquella situación que compromete a determinado sujeto a realizar una valoración de bienes jurídicos en pro de salvaguardar el más valioso, es así que, exige una ponderación de bienes jurídicos donde uno se ve necesariamente sacrificado para que otro prevalezca, en el mismo sentido se ha de considerar que el sujeto ha adoptado un medio adecuado para vencer el peligro y que este ha sido un peligro actual (Mir, 2016).

1.3.1.3. El ejercicio legítimo de un deber, derecho u profesión.

El código penal actual ha creído conveniente mencionar que determinadas conductas serán justificadas cuando estas se desprendan del ejercicio legítimo de un deber, derecho u profesión. Por ello se debe identificar los casos cuando determinados sujetos estén realizando un acto que en primer momento se ha de considerar como punible, pero que, sin embargo, este acto ha de tener una permisibilidad por las esferas profesionales o de derechos que se le han otorgado (Hurtado, 1987).

1.3.1.4. El consentimiento

Existe debate por parte de la doctrina en considerar al consentimiento como una causa de justificación o como elemento objetivo del tipo penal ubicado en el análisis de la tipicidad objetiva. Observándolo como una causa de justificación, mencionaremos que el consentimiento actúa como una permisión otorgada por el sujeto pasivo de menoscabar un bien jurídico de categoría disponible y que por esa misma razón el Estado no puede interferir más allá de la libre valoración del titular del bien jurídico protegido, considerando a la conducta como justificada (Hurtado, 1987).

3.1.4. La culpabilidad

La culpabilidad viene a constituir el análisis de reprochabilidad moral deducida por el autor del injusto penal, ello debido a que la sola característica típica y antijurídica de una conducta no supone el que una conducta sea castigada con pena, sino que además se requiere que la misma sea “personalmente imputable” (Mezger, 1958, p. 189), dando así origen a la responsabilidad jurídico penal.

La culpabilidad viene a constituir el análisis respecto de si el sujeto activo del injusto penal ha podido comprender los mandatos que exige la norma penal y de la misma manera ha podido verse motivados a cumplirlos, se busca encontrar si el sujeto ha tenido la suficiente capacidad para poder encaminar su conducta de una manera adecuada y no lo ha hecho, solo ahí, podremos decir que el sujeto es culpable de la conducta delictiva (Mezger, 1958).

La culpabilidad parte del análisis de un sujeto imputable, es decir, si por las características psíquicas y físicas el sujeto se ha visto en la capacidad de responder

por sus propios actos y de entender las prohibiciones que expresa el tipo penal, de esta manera, si encontramos en el sujeto alguna condición que cambie su estado a “inimputable”, no podrá atribuírsele una conducta culpable, como ejemplo de cuestiones de inimputabilidad tenemos: sujetos menores de edad, sujetos con oligofrenia severa, sujetos con esquizofrenia severa, sujetos con severa alteración de la conciencia y percepción, entre otros (Muñoz y García, 2010).

Otro elemento a destacar en la culpabilidad que da determinado por el conocimiento de la antijuricidad, de esta manera, en los casos de delitos dolosos, se considera, por regla general que el autor tiene conocimiento de la ilicitud de su actuación (Muñoz y García, 2010). De esta manera establecemos que un elemento que puede excluir la culpabilidad de la conducta es el nivel de conocimiento de la antijuricidad que ostentaba el sujeto activo a la hora de realizar un delito.

En el derecho peruano a esta clase de error en la antijuricidad se lo considera como un “error de prohibición” teniendo una categorización de este como vencible invencible, donde el segundo (dependiendo de las circunstancias y el análisis que se hace de cuan efectivo fue el desconocimiento de la antijuricidad de la conducta) puede llegar a eximir de penal. El error de prohibición puede ser “directo o indirecto”, en el primero, el sujeto no conoce la norma penal y por esa razón no puede conocer que su conducta desarrollada es delito, en el error de prohibición indirecto el sujeto actúa pensando que su conducta era comprendida por una norma permisiva que lo facultaba de desplegarla, en este sentido, el sujeto actúa en el pensamiento de que se encuentra dentro de una causa de justificación (Hurtado, 1987).

En esa línea de ideas, también se considera que como un análisis de la culpabilidad, la posición que ostentaba el sujeto que ha realizado el injusto y la

exigibilidad que tenía de su comportamiento en determinada situación, así entra en consideración lo conocido como el estado de necesidad exculpante donde se puede verificar una ponderación de dos bienes jurídicos de igual categoría, importancia y significancia, en este estado que involucra situaciones extremas no se ha de valorar el reproche de la conducta porque no se considerará una exigibilidad de comportamiento al sujeto realizador del injusto y donde la colisión de bienes jurídicos ha provocado la valoración de uno en detrimento de otro para la prevalencia y protección del bien jurídico salvaguardado (Mir, 2016).

Finalmente, tenemos la consideración del miedo insuperable, teniendo como aquel que nubla la conciencia del sujeto y lo somete a la realización de actos que los realizará por el inigualable terror que le provoca una determinada situación (por ejemplo: un sujeto es amenazado a colaborar con el terrorismo o los terroristas mataran a su familia).

3.2. TEORÍA DEL DERECHO PENAL

Así como la Teoría del Delito responde a la pregunta ¿qué es el delito?, la teoría del Derecho Penal se encarga de responder la pregunta ¿qué es el Derecho penal? Así dentro de esta última, podemos ubicar los conceptos de Derecho Penal: uno, en sentido objetivo (formal/material) y otro en sentido subjetivo.

Respecto al sentido subjetivo este se refiere a la facultad exclusiva y excluyente que tiene el Estado (poder legislativo), para determinar conductas punibles y su respectiva consecuencia jurídica; siendo que el mismo dentro de un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro (artículo 43 de la const.) está sujeto a ciertos límites, los mismos que están determinados básicamente por los principios penales reconocidos a nivel constitucional.

3.2.1. Principio de lesividad

El principio de lesividad, lleva consigo, la exigencia de que aquello que justifica la razón de ser del Derecho Penal, consiste en la vulneración de un bien jurídico protegido (Muñoz y García, 2010). De esta manera, los bienes jurídicos se erigen como un verdadero límite en la facultad punitiva estatal, no obstante, ello no implica la vulneración de cualquier bien jurídico protegido por el Derecho en general, sino por el contrario, las vulneraciones más graves a los bienes jurídicos de mayor importancia – con lo cual podría incluso hablarse de bien jurídico penal – reflejando así su característica determinante de *ultima ratio* (Mir, 2016).

Lo expuesto lleva a otra controversia creada en torno a aquello que debe entenderse por bien jurídico protegido, pues al ser este una construcción normativa podría prestarse a perversiones que desnaturalicen su razón de ser, llegándolo a convertir incluso, en una justificación para regímenes totalitarios (Muñoz y García, 2010).

Cómo ya se adelantó en el tópico respectivo a tipicidad (ver sub capítulo 3.1.2), se puede conceptualizar al bien jurídico protegido desde una perspectiva tanto *político criminal* como *dogmática* (Mir, 2016). Ahora bien, todo Código Penal de un país determinado, supone – de una manera u otra – la concreción de una *política criminal* que lo inspira y guía su contenido, en tal contexto la concepción dogmática o político criminal del bien jurídico se halla íntimamente ligada según el grado de concreción que tenga dicho Código Penal con la *política criminal* que haya determinado su génesis (Hurtado, 1987).

Sin embargo, de lo que aquí se plantea implica también recurrir a aquello que justifica el Derecho Penal, en otras palabras, el porqué del mismo. Ante lo expresado podemos encontrar dos posturas claramente diferenciadas e incluso

contradictorias entre sí, de esta manera, hallamos a aquellos postulados funcionalistas, según los cuales la finalidad que se persigue con las sanciones de índole penal es la garantizar la seguridad social, esto es, que mediante el derecho penal lo que efectivamente se protege es la vigencia de la norma (Ferrajoli, 2012). Frente a las cuales se erigen aquellas otras justificaciones (de índole más libertario), que indican que lo efectivamente protegido con el Derecho Penal son aquellos bienes jurídicos – entendidos como una concepción dialéctica entre lo valorativo y lo efectivamente concreto en el plano objetivo – que permiten el pleno desarrollo del individuo en una sociedad (Ferrajoli, 2012). Empero, según se tome una u otra postura, esto tendrá, por un lado, un efecto de índole filosófico y dogmático, mientras que por otro – del cual puede decirse resulta más grave – un resultado práctico que incluso puede desembocar en un modelo de Estado dictatorial.

Dado así el escenario planteado, no resulta del todo adecuado referirse tanto a la protección de bienes jurídicos cómo a la seguridad social (vigencia de la norma), a fin de buscar un elemento diferenciador de ambas posturas, sino que, lo mejor sería diferenciar entre la concepción de bien jurídico cómo realidad valorativa-empírica externa al derecho en sí, frente una concepción autorreferencial que se sirve del propio ordenamiento jurídico para conceptualizarlo, de esta manera se estaría haciendo referencia al lenguaje de Luhmann (1984) citado por Ferrajoli (2012), quien hace alusión a las concepciones autopoieticas y heteropoieticas del Derecho Penal.

Según la postura filosófica que se asuma en la asunción de una u otra teoría, esta tendrá efectos prácticos muy disímiles entre sí, ello en virtud a que, si se siguen los planteamientos propuestos por Jakobs (2003), según los cuales los bienes

jurídicos merecedores de protección penal quedan determinados por el ordenamiento en sí mismo, los límites del *ius puniendi* estatal resultarían difusos, pues desde una perspectiva autopoiética lo que justifica al Derecho Penal no es más que la vigencia de la norma, permitiendo así cualquier clase de expansión del mismo y no cumpliendo el bien jurídico con su función limitadora del ejercicio punitivo (Ferrajoli, 2012).

Otro aspecto estrechamente relacionado con el principio de lesividad, también denominado principio de ofensividad (Villavicencio, 2003), tiene que ver con la laicidad del Derecho, es así que, visto este bajo el trasluz de una perspectiva heteropoiética, el Derecho no puede ser utilizado cómo reforzador de la moral, porque ello supondrá el imponer una moral dominante sobre quienes no la comparten; en consecuencia, la facultad punitiva estatal únicamente podrá ser ejercida cuando se está frente a actos ofensivos respecto a otras personas (Ferrajoli, 2012).

Ante lo indicado, resalta la importancia, en la aplicación de la facultad punitiva estatal, el poder diferenciar entre moral y derecho, pues no toda conducta inmoral es materia de prohibición por parte del Derecho Penal, sino solo aquellas conductas que socaven la facultad de participación de los demás individuos en la vida social, siendo además que dichas conductas deben ser lo suficientemente graves para producir el resultado requerido, debido a la exigencia derivada del principio de fragmentariedad (Mir, 2016).

Entendida así la garantía del principio de lesividad – desde la perspectiva heteropoiética, según la cual el bien jurídico consiste en una realidad valorativa empírica externa al derecho en sí – cabe averiguar si es que dicho principio

operaría en el mismo sentido tras la adopción de una postura autorreferencial del bien jurídico.

Siguiendo lo planteado por Ferrajoli (2012), lo cierto es que ello resulta imposible debido a que, desde un punto de vista autopoiético, la lesividad de una conducta no se basa en la vulneración de la capacidad participativa de un tercero, sino que esta supone un daño social y lo que efectiva se estaría protegiendo con el *Ius Puniendi* es la vigencia normativa, en consecuencia, y dado que el bien jurídico – en este caso – se construye a partir del ordenamiento jurídico mismo, la construcción de la norma penal, quedaría sometida a aquello que el legislador considere como inmoral, vulnerando así el pluralismo moral presente en la mayoría de los Estados constitucionales actuales.

Otra controversia que gira en torno al principio que está siendo comentado, es aquella referente al Derecho Penal de hecho o de autor, de esta forma el comprender al bien jurídico como una realidad empírica externa, supone que su vulneración será atribuida a una conducta la cual pueda ser objetivamente imputable con el resultado lesivo producido (Mir, 2016).

De lo redactado se desprende otra garantía elemental del ser humano, el ser juzgado únicamente sobre la base de lo que hace y mas no de lo que se es. Ante ello Ferrajoli (2012) indica que del principio de ofensividad devienen dos *sub-principios*, uno en sentido abstracto y otro en sentido concreto, de esta manera, el primero hace alusión a que, nadie puede ser juzgado por el despliegue de una conducta que no ponga en peligro a ningún bien jurídico protegido, mientras que la ofensividad en sentido concreto consiste en que a pesar de que una conducta encaje efectivamente el redacción típica, si esta no produjo un daño al bien jurídico en cuestión, nadie podrá ser juzgado por la misma.

Dichas garantías no resultan tan diáfanas si por el contrario se adoptase la postura de que el contenido del bien jurídico merecedor de protección penal deviene del propio ordenamiento jurídico (autorreferencial), puesto que en estos casos el fin del Derecho Penal quedaría constituido por sí mismo, lo cual no implica ninguna garantía ni límite al *Ius puniendi* estatal y ante tal escenario incluso podrían llegar a ser materia del delito las personalidades que pongan en peligro la vigencia de las normas del Derecho Penal (Ferrajoli, 2012).

3.2.2. Principio de Legalidad

El principio de Legalidad es aquella garantía que surge de un Estado de Derecho y cuya implicancia queda contenida – al menos para el derecho penal – en la locución latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Al respecto, las implicancias que el principio en cuestión comprende, pueden ser analizadas en una doble perspectiva, así, por un lado, sienta la base legal en el marco de las intervenciones estatales, mientras que, a su vez, determina los límites para la autonomía de la voluntad de los individuos (Hurtado, 2005).

Más allá de lo expuesto, para comprender en su total magnitud el principio aquí tratado, es necesario recurrir a su origen histórico. En tal sentido, es de notar que la incorporación del principio de Legalidad en los ordenamientos jurídicos supuso una conquista política tras la abolición del antiguo régimen de Estados Absolutistas, en la época posterior a la revolución francesa (Reyna, 2016). Es por ello que en lo subsiguiente se examinará lo referente a los orígenes del principio de legalidad.

Ahora bien, el principio de legalidad no data de mucha antigüedad, y no podría decirse que tiene un origen en el derecho romano, en tal sentido, su aparición

conceptual, no surge sino hasta inicios de la edad moderna, luego de la abolición de los regímenes absolutistas de aquel entonces. Durante los cuales, los límites intervencionistas de la facultad punitiva estatal no quedaban claramente limitados, en especial, porque era entendido como un poder absoluto del soberano (Hurtado, 2005).

Dado así el contexto, en el cual se confundía reiteradas veces las reglas morales con las penales, es que, hacia la mitad del siglo XVIII, surge un nuevo movimiento social influenciado por los ideales de igualdad, libertad y fraternidad. Este movimiento buscaba un control más estricto y predecible en el actuar estatal, con lo cual se pretendía dotar a las leyes de mayor precisión en cuanto a su aplicación, para que así el individuo tenga cierto grado de predictibilidad en los actos que realizaba (Villavicencio, 2006).

De esta manera, el principio de legalidad se desarrolló en el contexto de un nuevo paradigma que tenía como fundamento al contrato social. En efecto, el entender que un individuo cedía una parte de su libertad al Estado a cambio su defensa, supone necesariamente que el castigo debe quedar delimitado únicamente por esa porción de libertad cedida, en consecuencia, todo aquello que quede fuera debe ser considerado abuso (Hurtado, 2005).

Entendido así el contexto bajo el cual debe operar el derecho penal, conviene destacar que, al haberse superado la idea en la cual el poder divino era el fundamento que justificaba el ejercicio del poder en los Estados absolutistas, por la idea de la voluntad general del pueblo representada por el parlamento, implica que el ciudadano acepta todas las leyes de la sociedad, y acepta, consecuentemente, las sanciones que de su incumplimiento puedan surgir (Mir, 2006).

Lo expresado, entendido desde la perspectiva en específico del derecho penal, implica necesariamente que, el único titular investido con el poder de crear delitos, así como sus respectivas penas, es el legislador, dado que es quien representa a la sociedad en virtud a las exigencias del contrato social (Reyna, 2016).

En cuanto a su tratamiento normativo, pueden considerarse dos antecedentes. En primer lugar, la Constitución Inglesa de 1215, la cual consideraba a la legalidad como una garantía procesal. Por su parte, la constitución Carolina de 1532, tampoco consagró al principio de legalidad en el sentido moderno que actualmente se entiende, particularmente, porque permitió el uso de la analogía. En tal sentido, se evidencia que en ninguna de las dos constituciones se entendió al principio de legalidad, en cuanto a los alcances que actualmente posee (Hurtado, 2005).

En cuanto a los fundamentos del principio de legalidad, en la doctrina, distintos juristas, han tratado este tópico. Al respecto, Feuerbach (1952) – citado por Hurtado (2005) – sostiene que los fundamentos sobre los cuales descansa el principio de legalidad son de carácter *político criminal*, así como, de *naturaleza política*.

Sobre ello, cabe resaltar que, en cuanto al carácter *político criminal*, este delimitado por la “concepción de la pena como medio de prevención general” (Hurtado, 2005, p. 148). Referente a la *naturaleza política*, implica que de esta manera se garantizaba la idea de garantizar un Estado liberal desde el derecho penal (Mir, 2006).

En sentido distinto, en la doctrina alemana se comprendió al principio de legalidad como una garantía que cumple una doble función. Así, por un lado, determina que

en la ley no solo se encuentra el *ius puniendi* estatal, sino que, también se establece un límite a su actuación. Al respecto, es válido indicar que, este principio garantiza tanto la protección de bienes jurídicos, como la protección del ciudadano frente al actuar del Estado (Von Liszt, 1929, como se citó en Hurtado, 2005).

Dada así la cuestión en torno al principio de legalidad, y teniendo en cuenta que la presente investigación tiene como eje fundamental a la interpretación normativa, conviene destacar entonces, como se relaciona el principio de legalidad con el sentido específico que se le dé a un tipo penal. Para ello conviene entender el sentido que se le dé al término *ley* desde la perspectiva del Principio de legalidad.

Al respecto, su análisis no dista mucho del que se realizaba en sus orígenes luego de las revoluciones liberales del siglo XVIII. En tal sentido, se sigue comprendiendo que la ley es la expresión de la voluntad popular ejercida mediante el parlamento; en consecuencia, tal y como se adelantó líneas arriba, la capacidad de determinar cuáles conductas constituye o no delitos, así como su respectiva penalidad, es una función exclusiva del Poder Legislativo (Reyna, 2016).

Sin embargo, cabe realizar la preguntar respecto a qué ocurre en aquellas normas con rango de ley que, a pesar de tipificar conductas como delitos, no son emitidas por el Poder Legislativo, sino por el Ejecutivo en el marco de una delegación de facultades, para la implementación, por ejemplo, de un determinado plan de gobierno (Villavicencio, 2006).

En ese sentido, autores como Hurtado (2005) consideran que, las facultades otorgadas por el Parlamento en favor del ejecutivo no pueden ser tan generales que lleguen incluso a suponer una abdicación del primero en favor del segundo.

Sobre ello, dicho autor sostiene que, en el caso de los decretos legislativos, se evita el debate parlamentario, indispensable para manifestar todas las corrientes políticas que, sobre los criterios de *política criminal*, deban aplicarse.

Ahora bien, dado así el contexto, es de notar que el legislador al momento de tipificar conductas como delitos, incurre en deficiencias, tales como el uso de términos vagos o defectos de técnica legislativa. Sobre el primero, cabe resaltar que, el lenguaje como instrumento para redactar los tipos penales, adolece de vicios como la vaguedad y ambigüedad. Para ello, el legislador debe utilizar terminología que tenga consenso científico (Reyna, 2016).

En la legislación nacional el principio de legalidad está consagrado en el literal d) del inciso 24 del Art 02 de la constitución política del Perú. En el que se establece lo siguiente:

Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley (Art 2. Inc. 24. Lt. d) de la Constitución Política del Perú)

La existencia del principio de legalidad implica la prohibición de la analogía en el derecho penal. Así podemos definir que la analogía consiste es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza (SIMAZ, 2000). La prohibición de la analogía debe entenderse no solo como la prohibición de crear un derecho perjudicial al imputado por parte del Juzgador. En ese sentido, se deben señalar dos tipos de analogía: la analogía in bonam partem e in malam partem. La primera se funda en el principio pro libertatis, que tiene como base funcional la protección de la dignidad de la persona y su libertad, y es aplicable en cuanto exista una circunstancia que más favorezca

al reo. La segunda es aquella analogía prohibida como procedimiento para lograr la creación de nuevos delitos o para extender los límites de tipos penales ya existentes en perjuicio del reo; asimismo no puede usarse para lograr la creación o agravación de las penas o de las medidas de seguridad. (TáMara, 2020)

La Constitución Política del Perú en su Art 139° inc.1 establece: el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restringen derechos. Asimismo en el Art. III del Título preliminar del Código Penal se señala:

“No está permitida la analogía 1. Para calificar el hecho como delito o falta; 2. Definir un estado de peligrosidad, o 3. Determinar la pena o medida de seguridad le corresponde”. Es por ello que la creación de delitos, así como la fundamentación de la pena, únicamente puede realizarse mediante una ley previa, escrita, estricta y cierta (Art. III del T.P. del Código Penal Peruano)”.

3.3. EL DELITO DE EJERCICIO ILEGAL DE LA PROFESIÓN

A fin de analizar el ilícito penal materia de análisis en el presente tópico, es necesario citar la fórmula legal utilizada en el artículo 363 del Código Penal el cual prescribe:

El que ejerce profesión sin reunir los requisitos legales requeridos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. El que ejerce profesión con falso título, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años, si el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual.

Es así que, a partir de lo planteado se procederá a la disgregación del alcance de los distintos elementos típicos que conforman al delito de Ejercicio Ilegal de la Profesión.

3.3.1. Bien Jurídico Protegido

El bien jurídico protegido – como se señaló en lo concerniente al examen referido a la categoría de tipicidad, así como en lo pertinente al principio de lesividad – constituye una construcción dialéctica entre la realidad y lo eminentemente valorativo, mediante el cual el individuo logra concretar su pleno desarrollo y participación dentro de una sociedad democrática (Mir, 2003). Por tales motivos su protección deviene en fundamental para el Derecho, dejando el amparo de aquellos con mayor importancia al Derecho Penal (Castillo, 2003).

Siendo así lo expuesto, sobreviene como consecuencia lógica la tipificación del intrusismo – entendido este como la usurpación de funciones tituladas (Choclan, 1998) – en el Código Penal peruano (1991), puesto que los demás medios idóneos para proteger el bien jurídico – como las sanciones de índole administrativo – terminan resultando insuficientes (Frisancho, 2017).

De esta manera, es que *prima facie* podría decirse que el bien jurídico protegido materia del delito *sub-examine*, está establecido por el correcto funcionamiento de la administración pública, específicamente en su potestad estatal de poder otorgar títulos que garanticen la seguridad y confianza ciudadana (Frisancho, 2017).

En la misma línea de ideas, Salinas (2009) sostiene que aquello merecedor de protección penal en la tipificación de este delito está constituido por el interés social que se tiene hacia el correcto funcionamiento de la administración pública, no obstante, agrega que además de ello también concurren otros intereses que se busca salvaguardar, tales como, la exclusividad de la habilitación, la confianza pública, solvencia profesional etc., por lo cual defiende que se trata de un delito pluriofensivo.

Frente a ello, Abanto (2003) sostiene una postura contraria, indicando que lo efectivamente protegido no está determinado por la administración pública, puesta esta únicamente se presenta en una etapa de conexión con la primera fase del delito (en lo concerniente al título), planteado así el escenario, lo que realmente resulta afectado en el despliegue de esta conducta sería la fe pública, puesto que la *rati essendi* de la ley penal se refiere a la probidad necesaria para poder ejercer profesiones y oficios.

De la fórmula legal utilizada en el artículo 363, es de observar que se guarda una protección progresiva del bien jurídico merecedor de tutela penal, respecto a la conducta que lo ha lesionado. De esta manera, se castiga con una menor penalidad la conducta realizada sin reunir los requisitos legales, ello en virtud a que, en estos casos, el agente puede contar con los conocimientos suficientes respecto a la profesión que está ejerciendo ilegalmente (Salinas, 2009).

En tal sentido, el segundo comportamiento típico regulado está referido al ejercicio ilegal de la profesión con falso título, el cual – como es lógico – prevé una pena más grave dado que el sujeto activo induce a error valiéndose de un instrumento; en este caso, la acción antijurídica es más gravosa, debido a la peligrosidad frente a la cual se halla sometido el bien jurídico (Frisancho, 2017). Finalmente, de la redacción del tipo penal, es de notar que se contempla una circunstancia agravante determinada por el destino del ejercicio profesional ilegalmente ejercido (Rojas, 2007). En estos casos, existe una extensión de la conducta que incrementa la puesta en peligro del bien jurídico, condicionada por su realización dentro del ámbito de la Administración Pública, la cual tiene el deber de garantizar que quienes cumplan sus funciones son las personas adecuadamente capacitadas para tal fin (Reátegui, 2015).

3.3.2. Conducta Típica

De la manera en cómo se ha redactado el texto legal referente al ejercicio ilegal de la profesión, se contemplan dos conductas claramente definidas, siendo la primera aquella en la cual el sujeto activo realiza el comportamiento exigido por la ley penal sin cumplir con los requisitos legales, mientras que la segunda se concretiza cuando en la ejecución se vale un título falso, es así que, para efectos del presente acápite se disgregaran las características de cada una de ellas.

En lo que concierne al ejercicio ilegal de la profesión sin reunir los *requisitos legales*, su correcta interpretación quedará supeditada a aquello que se entienda por esto último, en tal sentido, Abanto (2003) sostiene que con dicha expresión se está haciendo referencia a las exigencias legales posteriores a la obtención del

título, como podrían ser aquellos casos en los cuales se requiere de la habilitación del colegio profesional para ejercer los actos propios de la profesión³.

No obstante, para dicho autor, el delito comprendido en el artículo 363 del Código Penal, contiene uno de los vacíos de punibilidad más notorios del ordenamiento jurídico-penal, puesto que en ninguna de las conductas descritas se comprenden a aquellos casos en los cuales el agente ejerce actos propios de una determinada profesión⁴ sin contar con título alguno (Abanto, 2003).

El vacío advertido – según indica Abanto (2003) – radica en aquello que efectivamente se tutela con ley penal en cuestión, dado que al ser la Administración Pública el bien jurídico protegido, las dos únicas conductas reguladas son las que directamente la afectan, mientras que el ejercer la profesión sin contar con título alguno no guarda relación con esta.

Lo indicado trae consigo – según el razonamiento realizado por Rojas (2007) – la consecuencia lógica de que es correcta la técnica legal optada por el legislador en la tipificación de la presente conducta delictiva, no habiendo vacío legal, según lo indicado por tal autor.

Volviendo al tema acerca de lo se debe comprender por *requisitos legales*, cabe señalar que va más allá de lo que concierne a la colegiatura, su interpretación se dirige hacia los demás requisitos que podrían disgregarse como parte del elemento típico en cuestión, tales como, no hallarse impedido de ejercer por una sentencia judicial, suspendido o tener función incompatible, tan es así, que la comprensión del elemento podría extenderse incluso hasta aquellos casos en los cuales se

³ Interpretación extendida a partir de lo consagrado en el artículo 20 de la Constitución.

⁴ A excepción de los comportamientos en los cuales la conducta desplegada consista en el ejercicio de la medicina, para la cual existe una figura delictiva específica en el artículo 290 del Código Penal.

cuenta con título de una universidad extranjera, pero no se ha realizado la correspondiente convalidación para ejercerla en territorio nacional (Rojas, 2007).

Por su parte, de lo planteado por Frisancho (2017), se podría inferir que para él lo que se entiende por requisitos legales comprende también al título profesional, pues sostiene que, para considerarse consumada la primera modalidad típica en el delito de ejercicio ilegal de la profesión se debe “realizar la actividad profesional (que requiere título académico u oficial plenamente válido) en forma directa y sin que medie causa alguna de justificación” (p. 151).

En el mismo sentido y en referencia al delito comprendido en el artículo 364 del C.P. sustenta que “el profesional titulado y legalmente habilitado cometerá el delito de participación en el delito de ejercicio ilegal de la profesión (...). En cambio, el solicitante de la firma responderá por el delito de intrusismo” (Frisancho, 2017, p. 151).

De lo expuesto en el párrafo precedente, se colige que, quienes sin contar con título alguno ejercen actos propios de una profesión también se encuentran comprendidos dentro del alcance que supone el término *requisitos legales*, no obstante, para efectos de lo que aquí se trata, se rechaza lo propuesto, ello en virtud a la presencia de la conducta prevista en el artículo 290 Código Penal referente al ejercicio ilegal de la medicina.

En tal sentido, no tendría justificación el regular dicho comportamiento si es que ya habría otro tipo penal en el cual encajaría del mismo modo, ello aunado a la circunstancia de que la primera agravante específica prevista para tal delito regula una penalidad muy similar a la señalada en el ejercicio ilegal de la profesión, en consecuencia, admitir al título profesional como un elemento comprendido por la expresión típica *requisitos legales* no debe ser admitida, pues lo contrario supone

una redundancia legislativa frente a lo regulado en el artículo 290 del Código Penal (Rojas, 2007).

La segunda conducta delictiva contemplada en la redacción típica del delito de ejercicio ilegal de la profesión, señala que, para su realización resulta necesario ejercer los actos propios de una profesión, pero valiéndose de un título falso, es así que la conducta aquí desplegada supone una situación más gravosa que determina una mayor puesta en peligro del bien jurídico protegido, entendiéndose así la mayor penalidad que esta acarrea; no obstante, para incurrir en la descripción normativa planteada, no solo basta el arrogamiento del título que no se posee, sino que es necesario el realizar los actos propios de la profesión, ya sea en una o distintas ocasiones (Rojas, 2007).

Ahora bien, de lo expuesto hasta este punto se evidencia la necesidad de entender a aquello que queda comprendido por el término *profesión*, en tal sentido, cabe señalar que para efectos del delito bajo análisis el legislador ha optado por una construcción normativa del vocablo, restringiendo su extensión únicamente a aquellos casos en los cuales su ejercicio queda subordinado al cumplimiento de requisitos, exigencias y demás formalidades contemplados en normas extrapenales, por lo que se sostiene, se está ante una interpretación restrictiva (Salinas, 2009).

Además de lo indicado, cabe destacar si con *profesión* solo se hace referencia al título universitario, o si es que comprende también a los títulos oficiales, en tal sentido, el término aquí expresado alcanza asimismo a los títulos oficiales, pues es en estos casos quedarían abarcadas dentro del alcance normativo las carreras técnicas, pues para su ejercicio es el Estado quién certifica que se ha cumplido con el período de capacitación correspondiente (Frisancho, 2017).

Finalmente se encuentra la agravante comprendida en la última parte del texto legal, la cual para su ejecución requiere que el agente haya logrado ingresar a la Administración Pública sin importar la modalidad contractual utilizada, no obstante, debe hacerlo sin cumplir los requisitos legales o con falso título (Reátegui, 2015).

3.3.3. Sujeto activo

En la primera de las conductas analizadas, esto es, ejercer la profesión sin reunir los requisitos legales exigidos, quién podrá realizarla es cualquier persona que no cuente con las exigencias legales y reglamentarias de distinta índole exigidas posteriores a la obtención del título (Abanto, 2003).

Interesante cuestión es la planteada por Rojas (2007) acerca de si una persona la cual ya ha terminado de aprender todo lo necesario para ejercer la profesión en cuestión, no cumple con alguna de las exigencias burocráticas antes señaladas, en estos casos, se estaría ante una causal de atipicidad, puesto que la conducta desplegada no es lo suficientemente grave para poner en peligro el bien jurídico protegido.

En lo que atañe a la segunda de las modalidades típicas previstas, referente a ejercer la profesión mediante un título falso, el sujeto activo en estos casos podrá ser cualquier persona que se valga de dicho instrumento, no obstante, si es que fue también el agente quien falsificó por sí mismo el falso título utilizado, este incurrirá en concurso real con el delito de falsificación de documentos previsto en el artículo 427 del Código Penal (Abanto, 2003).

3.3.4. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo en estos delitos está determinado por el Estado, pues es a quién le corresponde la titularidad del bien jurídico cuya salvaguarda se busca, en ese caso, los colegios de los distintos gremios profesionales, constituirán solo como aquellos agraviados con el despliegue de la conducta típica (Salinas, 2009).

3.3.5. Elemento subjetivo del tipo

En ambas modalidades delictivas previstas, es necesario la presencia del dolo, esto es, el conocimiento y la voluntad de ejercer ilegítimamente los actos propios de una profesión, sin embargo, es factible la presencia de un error de tipo, en especial para aquellos casos comprendido por el término requisitos legales (Abanto, 2003).

A decir de Rojas (2007), la conducta típica puede ser cometida incluso con dolo eventual, posición contraria a la sostenida por Salinas (2009), pues según este autor la conducta solo será cometida cuando medie dolo directo para incurrir en la completitud de lo descrito.

3.4. EL DELITO DE *INTRUSISMO* EN LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

El delito de Ejercicio Ilegal de la Profesión, tal y como se encuentra regulado en el Código Penal vigente, no tiene un origen directo en el ordenamiento jurídico nacional – salvo quizá en lo referente a la ley del tinterillaje de 1950 – pues su fuente más próxima se la puede hallar en lo comprendido por el Código Penal argentino (Abanto, 2003) y, en los códigos españoles de 1963 y 1978 respectivamente (Rojas, 2007). Ante ello, es que en presente capítulo se analizará cómo se desarrolla la conducta delictiva

en la legislación comparada de los países referidos cuya orientación normativa queda determina por una influencia euro-continental.

3.4.1. Argentina

El Código Penal argentino, del cual se sirve el legislador nacional para desarrollar el ejercicio ilegal de la profesión, guarda la siguiente redacción típica:

ARTICULO 247. - Será reprimido con prisión de quince días a un año el que ejerciere actos propios de una profesión para la que se requiere una habilitación especial, sin poseer el título o la autorización correspondiente.

Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos, el que públicamente llevare insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere o se arrogare grados académicos, títulos profesionales u honores que no le correspondieren.

Del texto legal citado, se hace patente que comprende dos modalidades delictivas, siendo la primera aquella referente al ejercicio de una profesión sin contar con el título académico o sin la autorización que corresponda, mientras la segunda versa sobre la ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce.

Del lugar que ocupa este delito en su respectivo Código Penal, deja entrever que aquello que está buscando protegerse – al igual que en el caso peruano – queda determinado por la administración Pública, pues se encuentra ubicado en el Título XI cuyo bien jurídico comprende a esta.

Una de las diferencias esenciales entre la figura típica peruana y argentina consiste en que, esta última sí comprende a quienes sin título ejercen actos propios de una profesión, empero, a diferencia de la legislación nacional, esta figura no comprende a quienes valiéndose de falso título ejercen actos una profesión para la cual no se halla correctamente capacitados.

Otra peculiaridad a notar en la fórmula legislativa comentada, consiste en que esta contempla en el mismo artículo la ostentación y el arrogamiento de cargos que no se ejercen, a diferencia del Código nacional que comprende a dicha conducta como un delito distinto.

3.4.2. España

En el caso español la evolución que ha tenido el *intrusismo* como delito revela un mayor debate al respecto, es así que, en el Código Penal previo al actual, este delito se hallaba comprendido como un delito contra la Administración Pública, no obstante, hacia la reforma de 1995, esta conducta delictual ha sido consagrada junto a la usurpación de funciones, dentro de lo relativo a las falsedades, determinando a la Fe Pública como el bien jurídico merecedor de tutela penal (Faraldo, 1999).

Para entender adecuadamente la evolución de esta conducta en el país ibérico, es necesario remontarse hasta antes de 1848 (inicios del período codificador), pues en aquel entonces la acción intrusa – en el fuero real – únicamente se limitaba al ámbito de la actividad sanitaria, no fue, sino hasta después de la fecha indicada, que la ubicación sistemática del ejercicio ilegal de la profesión se trasladó hacia el ámbito de protección a la Fe pública (Lloria, 2000).

No obstante, a pesar de que incluso en el Código español de 1822 y de su correspondiente descripción típica (que los antecedentes del actual delito revestían) se entiende que lo formalmente protegido consistía en la protección de la salud pública, el trasfondo de lo regulado revela que lo efectivamente salvaguardado consistía en tratar de evitar la causación de efectos dañosos proveniente de prácticas ejercidas por aquellos que no contaban con la pericia

necesaria, aunque circunscrito al contorno de ejercicio de la medicina y farmacia (Faraldo, 2000).

Planteado así el escenario, la conducta regulada por el código indicado ya implicaba que, para el ejercicio de las profesiones en cuestión, era necesario contar con un título que acreditase la habilitación para ejercerlas, estableciendo del mismo modo una penalidad más grave para quienes lo realicen valiéndose de un título falso (Faraldo, 1999). A pesar de ello, la ubicación del intrusismo tuvo su primer cambio en el proyecto del Código de 1831, siendo allí que, por primera vez, se lo codificó en lo concerniente a las falsedades, hasta que finalmente, entró en vigencia – como ya se adelantó – mediante el Código de 1848 convirtiéndose en lo efectivamente protegido a la Fe Pública (Lloria, 2000).

No obstante, hacia el decenio de 1870, había en España una multitud de disposiciones normativas que regulaban el ejercicio ilegal de la profesión, concurriendo de esta manera, la real cédula de 1828 frente a la reforma del Código Penal introducida en 1848. Dicho contexto cambió hacia 1928, año en el cual se produjo un cambio en la forma de la regulación del delito en el cual dejó de considerarse a la Fe Pública como el bien jurídico protegido (Lloria, 2000).

La modificación antes referida, según la forma en como esta se hallaba regulada, deja divisar que, aquello realmente protegido quedaba determinado por los intereses de los colegios profesionales, dado que, el dejar atrás la exigencia concerniente a la atribución falsa, así como la nueva referencia al peligro al que quedaban sometidos los particulares y siendo que, ya no resultaba necesario la notoria peligrosidad de los medios desplegados, es que Lloría (2000) afirma lo expuesto.

Sin embargo, entre los Códigos de 1932 y 1944 se regresó a la antigua tendencia de considerar como el bien jurídicamente tutelado a la fe pública, puesto que a pesar de ser considerado como un delito pluri-ofensivo, y de que incluso varios autores, como Del Rosal (s.f.), citado por Lloria (2000), indicaban que también se veía implicada la capacidad estatal de otorgar títulos a nombre del Estado, la posición dominante sostenía que lo efectivamente protegía quedaba delimitado por la confianza que la sociedad en su conjunto depositaba en la adecuada capacitación de los profesionales que se presentaban como tales (Faraldo, 1999). Así lo indicado, en 1963 se promulgó una nueva reforma respecto al delito de *intrusismo* concerniente a la introducción del vocablo título, el cual – según sentencia del tribunal constitucional español – queda delimitado por el título universitario, no obstante, según señala Lloria (2000), las críticas en relación a la nueva redacción típica no se hicieron esperar, pues se indicaba que lo normado respondía a intereses de grupos gremiales y corporativos quienes veían mermados sus intereses.

Los fundamentos esgrimidos consistían principalmente, en que según lo normado no se estaría castigando en virtud al daño ocasionado, sino por el contrario, recaían sobre la base de que los intereses grupales y gremiales (en especial el de los colegios profesionales), son vulnerados, al menos desde un punto de vista económico, por el despliegue de las actividades intrusas (Lloria, 2000).

No obstante, lo expuesto, el Código de 1963 sirvió de inspiración para la actual redacción típica que reviste actualmente el delito de intrusismo en España, es así que, con el advenimiento de la reforma de 1995, se consagra el actual delito de intrusismo contemplado en el artículo 403 del respectivo Código Penal del mencionado país, el cual guarda la siguiente redacción.

1. El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses.
2. Se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años si concurriese alguna de las siguientes circunstancias:
 - a) Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido.
 - b) Si el culpable ejerciere los actos a los que se refiere el apartado anterior en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión.

CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

En este punto abordaremos la discusión y conclusiones. Sobre el primero desarrollaremos la discusión de la investigación; es decir, lo que se conoce como contrastación de la hipótesis, de esta manera para alcanzar el objetivo propuesto utilizaremos el método dogmático y la técnica de observación documental (apartado 4.1). En cuanto al segundo presentamos las conclusiones de nuestra investigación; esto es, los hallazgos de la misma (apartado. 4.2)

4.1. Discusión

Los fundamentos jurídicos por lo que se debe interpretar de manera restrictiva el elemento objetivo *requisitos legales* en el delito de Intrusismo, son: a) Observancia del principio de lesividad; y, b) Respeto del principio de legalidad.

4.1.1. En cuanto al principio de lesividad

Para analizar adecuadamente la conducta de ejercicio ilegal de la profesión bajo el filtro del principio de lesividad, resulta necesario, en primer lugar, identificar cual es el bien jurídico que realmente goza de protección en la tipificación de este delito. En tal sentido, y a fin de alcanzar lo propuesto, resulta necesario diferenciar al bien jurídico protegido con el objeto sobre el cual recae el delito, de esta manera es que en la comisión del delito de ejercicio ilegal de la profesión concurren diversos intereses perjudicados a la par con el bien jurídico tutelado.

De esta manera, entre los intereses mencionados, se pueden señalar: a) los intereses particulares de quienes reciben el servicio brindado por quien no se encuentra capacitado para ejercer la profesión; b) los colegios profesionales, cuyo interés puede verse lesionado desde una perspectiva económica, cómo de influjo

institucional; y c) el interés del público en general, quienes esperan que los distintos servicios a los cuales puedan acceder sean realizados por personas probas para su ejecución (Faraldo, 1999).

Ahora bien, el confundir dichos intereses con el bien jurídico protegido en el delito de ejercicio ilegal de la profesión, resulta evidentemente atentatorio contra el principio de lesividad pues –al conceptualizarse este como el límite que encuentra el Derecho Penal hacia la exclusiva protección de bienes jurídicos de mayor importancia, entendiendo al bien jurídico como aquella construcción dialéctica entre lo valorativo y la realidad (Muñoz y García, 2010) – implica su desnaturalización y trae como consecuencia la degeneración de la conducta delictiva prevista.

Es por ello que, resulta necesario traer aquí el debate acaecido en la doctrina respecto a si el bien jurídico tutelado con este delito consiste en la Fe Pública tal como lo afirma Abanto (2003) o si, por el contrario, queda determinado por la correcta administración pública, según sostienen Rojas (2007), Frisancho (2017) y Salinas (2009).

Dado así el contexto y siendo que el delito en cuestión no tiene un origen inmediato en la legislación nacional – como ya se adelantó en el acápite respectivo a la legislación comparada – cabe señalar que este evolucionó a partir del resguardo brindado a la salud pública el cual se fue extendiendo hacia los años posteriores, para finalmente ubicarse como un delito cuyo bien jurídico protegido queda determinado por la Fe Pública (Lloria, 2000).

No obstante, el debate tampoco es unánime – al menos en España – en donde desde su aparición la figura típica ha sufrido cambios respecto a la forma sistemática en la que ha sido ordenado, pasando desde su protección a la salud

pública, para luego salvaguardar intereses particulares (reforma del Código español de 1928) y finalmente ubicarse como un delito contra la Fe Pública (Faraldo, 1999).

En el caso nacional, podría decirse, prematuramente, que la remisión a la utilización de un título falso, supone que el bien jurídico protegido se halla determinado por la Fe Pública (Abanto, 2003), no obstante, de la agravante relacionada con el ejercicio ilegítimo dentro de la Administración Pública, hace suponer que la disposición contenida implica una determinación, dada por el legislador, en considerar como bien jurídico merecedor de tutela, a la específica capacidad estatal de otorgar títulos a nombre de la nación (Rojas, 2007).

De esta manera, el optar por una u otra postura nos puede llevar a resultados muy disímiles. Por lo que resulta necesario hacer uso de los criterios de interpretación: sistemático, histórico y teleológico. Que nos permitan conocer o descubrir el sentido de las leyes con el fin de cumplir con el objetivo propuesto.

Utilizando el canon de interpretación sistemático entiéndase este como aquella interpretación que busca el sentido de los términos legales a partir de su ubicación dentro de la ley y su relación con otros preceptos, siempre desde la perspectiva de la necesaria coherencia del ordenamiento jurídico, por lo que bajo este canon interpretativo, se tiene que en virtud a la posición que este delito ocupa en el Código Penal vigente, lo efectivamente protegido por el Derecho Penal queda determinado por el correcto funcionamiento de la Administración Pública. En tal sentido, si se interpreta que el elemento objetivo *requisitos legales* comprende también al título universitario se estaría ante una vulneración del principio de lesividad, toda vez que, dicha conducta escapa al ámbito del bien jurídico protegido.

En efecto, si se analiza la conducta de quien sin contar con título alguno ejerce actos propios de una determinada profesión, se tiene que su ejecución escapa del ámbito protegido por la facultad específica del Estado de otorgar títulos oficiales y públicos a los particulares, así como habilitar a los titulados para el ejercicio de la profesión respectiva. De esta manera, la conducta de quien realiza actos propios de una profesión, sin contar con título alguno, no afecta en sentido alguno la facultad estatal recientemente descrita.

En consecuencia, desde una interpretación sistemática del delito en cuestión, y en virtud al bien jurídico protegido, no cabe interpretar de manera extensiva el elemento normativo del tipo *requisitos legales*, toda vez que, el así considerarlo queda fuera de lo efectivamente protegido con la regulación del delito de ejercicio ilegal de la profesión.

En el mismo sentido, y valiéndose del canon de interpretación histórico el mismo que entiende al derecho como una expresión de la historia de un pueblo. Esto quiere decir que ninguna norma jurídica puede ser interpretada sino es partiendo de un análisis contextualizado de su proceso generador y posterior evolución (ARECHIGA, LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY PENAL, 1998) Se tiene que, en sus orígenes, este delito no protegía en específico la facultad estatal de otorgar títulos, ni tampoco el de habilitar a quienes ya lo poseían, sino que, a partir del ámbito sanitario, su regulación respondía a la necesidad de evitar la producción de resultados dañosos por parte de quienes se decían expertos en determinada profesión u oficio.

En dicho contexto, es que surge la necesidad de que el Estado confiera una garantía a los particulares para que den muestra de conocer la profesión que están

ejerciendo. Ante ello, aparecen los títulos profesionales, mediante los cuales el Estado confiere seguridad a la ciudadanía acerca de aquellos que están habilitados para desarrollar la profesión que en su ejercicio requiere el cumplir con determinados requisitos legales.

Sin embargo, al importar dicha conducta a la legislación nacional se cambia su interpretación y, en consecuencia, queda comprendida como un delito contra la Administración Pública, dado que se consideró, en aquel entonces, que lo efectivamente protegido consistía en la facultad estatal de otorgar títulos, así como habilitar a quienes ya lo posean.

Es en tal contexto, que se llega a la regulación del delito tal y como se halla tipificado hoy en día. Sin embargo, cabe indicar que mediante ley N°28538, se modificaron las penas tanto para el delito de ejercicio ilegal de la profesión, así como para el ejercicio ilegal de la medicina. Empero, no se realizó ninguna precisión en cuanto a la fundamentación del delito o el bien jurídico protegido. Razón por la cual, se permite colegir que los motivos históricos que lo regularon aún permanecen, y, en consecuencia, de la actual posición que ocupa en el Código Penal, así como de la fórmula legal adoptada, el entender al título profesional dentro de lo comprendido por el tipo objetivo *requisitos legales* escapa del contexto histórico en el que se creó, en cuanto al bien jurídico merecedor de tutela penal.

Finalmente, y en lo concerniente al criterio de interpretación teleológico y en tanto que el derecho se propone conseguir determinados fines, la interpretación teleológica resulta de particular importancia. En este método el intérprete atiende al fin de la norma, siendo necesario para ello determinar previamente el bien que jurídicamente se protege (ARECHIGA, 1998). En la regulación de este delito, se

tiene que hacer referencia necesariamente al bien jurídico protegido. En tal sentido, de la actual regulación, lo que efectivamente se busca proteger, es la facultad estatal de otorgar títulos oficiales a nombre de la Nación. Para tales efectos, el legislador ha considerado dos conductas las cuales vulneran dicho bien jurídico.

En consecuencia, el entender al título profesional comprendido por el término *requisitos legales*, no es, ni ha sido la voluntad legislativa. Pues, en virtud a la posición sistemática que este delito ocupa, así como también, a la evolución histórica que ha determinado su aparición, y en cuanto al fin teleológico que justifica su regulación, la conducta de quien sin contar con título alguno ejerce actos propios de una profesión, debe quedar fuera de dicha comprensión. Dado que hacerlo, implicaría la consideración como delito de una conducta no reconocida por el legislador, único titular de tipificar conductas como delitos.

4.1.2. En cuanto al principio de legalidad

El principio de legalidad, tal y como quedó establecido según lo desarrollado previamente (ver punto 3.2.2) supone que, en virtud a la voluntad popular como delimitadora de las funciones parlamentarias, otorga solo al Poder Legislativo la facultad de regular conductas como delitos.

Al respecto, y para efectos de lo que aquí se trata, conviene determinar cuál ha sido la intención del legislador al momento de incorporar el elemento normativo *requisitos legales* en la redacción del delito de Ejercicio Ilegal de la Profesión. Para ello, en los párrafos sucesivos se realizará un análisis normativo, valiéndose de los cánones interpretativos histórico, sistemático y teleológico a fin de

determinar por qué el título profesional no debe ser considerado como un requisito legal.

Frente a ello, una aproximación sistemática, nos permite ver que, frente a lo regulado en el artículo 363 del Código Penal, también se encuentra la fórmula legal adoptada en el artículo 290 del mismo cuerpo normativo. En tal sentido, dicho tipo penal sí indica de manera expresa e inequívoca, en cuanto concierne al delito de ejercicio ilegal de la medicina, la conducta del que sin título despliegue la acción típica.

De lo expresado, se entiende que, si el legislador hubiese buscado comprender al título dentro del término requisitos legales, lo podría haber realizado de manera expresa, tal y como se advierte en el artículo citado, más aún cuando dichos delitos fueron modificados mediante Ley N°28538, en la cual se consagra la actual fórmula legal actual, sin hacerse más precisiones al respecto.

Del mismo modo, tal y cómo se indicó en el análisis referente al principio de legalidad, de la ubicación que el ejercicio ilegal de la profesión ocupa en el Código Penal, se entiende que busca proteger el correcto funcionamiento de la administración pública, más específicamente, la facultad del Estado de otorgar títulos y honores o habilitar a los titulados para ejercer determinadas profesiones.

Al respecto, el ejercicio de la conducta de quien desarrolla una profesión sin contar con título alguno, no afecta directamente el bien jurídico aquí tutelado, pues dicho actuar se halla más relacionado con vulnerar la confianza que la comunidad deposita en quien se dice ser un profesional. En consecuencia, y en virtud a la utilización del canon interpretativo sistemático para el delito en cuestión, no cabe la posibilidad de comprender al título profesional dentro del término *requisitos legales*.

En cuanto a la evolución histórica que esta conducta posee, como ya quedó aclarado, tiene como antecedente más remoto a la legislación española, en la cual, nace de ser considerado exclusivamente como un delito contra la salud pública, a ser un delito contra la fe pública, pues las causas que determinaron su regulación como delito responden a la necesidad de exigir una buena praxis en el despliegue de las conductas que requieran determinados conocimientos para su configuración.

Al respecto, es de aclarar que, en el contexto histórico en el que se empezó a regular este delito, la idea de una constancia (o título) para dar crédito, surge ante la necesidad de otorgar una certeza a la ciudadanía respecto al probidad de quien se decía ser experto en determinado oficio, evidenciándose, en consecuencia, que el fin último que poseía la regulación del delito en aquel entonces es la de garantizar la probidad de quien desarrolla una determinada profesión.

Lo expresado, remite necesariamente a la utilización del canon teleológico en la interpretación normativa que aquí compete. Así, en la exposición de motivos por medio del cual el legislador incorporó el delito aquí tratado, se tiene que, el fin último por el cual se guiaba, era el de reducir la comisión de delitos de quienes sin reunir los requisitos legales ejercen actos propios de una profesión que, para su realización, requiere cumplir determinadas exigencias adicionales⁵.

Lo expuesto, aunado a la circunstancia de que en virtud al lugar sistemático que ocupa en el Código Penal el delito bajo comentario, así como el hecho de que en su evolución histórica, el *intrusismo* surge para velar por el correcto ejercicio de las carreras que requieran la presencia de un título que reconozca la experticia de

⁵ Así ha quedado establecido en la ejecutoria suprema del 29 de febrero de 1998. En la misma línea de ideas se decanta la fundamentación del delito, según se desprende de los fundamentos que expuestos por la Comisión Especial Revisora del Código Penal del Congreso de la República del Perú (2008-2010).

quien la ejerce; nos permite colegir que el interpretar al título profesional, dentro de los requisitos legales, va más allá de la voluntad del legislador en cuanto a las conductas comprendidas.

En efecto, si el legislador hubiese optado por incluir la figura típica de quienes sin contar con título ejercen la profesión, lo podría haber regulado de manera expresa e inequívoca, en virtud a la exigencia propia del principio de legalidad. En consecuencia, cualquier interpretación que respecto al término requisitos legales, pretenda incorporar al título profesional, debe ser descartada, pues se estaría realizando las veces de legislador, consagrando para tales efectos, una conducta que el titular encargado de tipificar los delitos y las penas no ha buscado regular. Ante ello, conviene entender que, cuando en sede jurisdiccional, el juez interpreta de manera extensiva el vocablo *requisitos legales*, lo realiza sobre la base de un argumento por analogía, pues extiende el ámbito de aplicación del supuesto para otros casos en los cuales dicha conducta no se halla regulada⁶.

De esta manera, se vulnera la garantía de prohibición de la analogía, la cual se desprende de la exigencia contenida en virtud al principio de legalidad, pues dicha interpretación le quita certeza a lo indicado por la ley que regula el delito, y, en última instancia, el juzgador termina realizando el papel de legislador al considerar como conductas típicas, aquellas no comprendidas por el titular encargado de determinar los delitos y las penas.

⁶ Según lo considerado en el Recurso de Nulidad 3635-2013-Junin.

4.2 Conclusiones

- ❖ Los fundamentos jurídicos por lo que se debe interpretar de manera restrictiva el elemento objetivo requisitos legales en el delito de Intrusismo, son: a) Observancia del principio de lesividad; y, b) Respeto del principio de legalidad.
- ❖ La vulneración del principio de lesividad queda determinada, por la interpretación extensiva del elemento normativo del tipo *requisitos legales*, pues de considerarse al título profesional comprendido por aquel, se extiende el ámbito de punibilidad del delito, más allá de lo efectivamente protegido con su regulación (el bien jurídico protegido).
- ❖ En cuanto a la exigencia propia del principio de legalidad, referida a que el único titular de poder tipificar conductas como delitos es el Poder Legislativo. El considerar comprendido al título profesional por el término *requisitos legales*, escapa a la voluntad legislativa, en consecuencia, el juez termina actuando como legislador, al utilizar la analogía, no respetando, en tal sentido, las exigencias propias del principio de legalidad.

4.3. Recomendaciones

- ❖ Se debe optar, siempre, por una interpretación restrictiva del elemento objetivo *requisitos legales*, en tal sentido, no se debe considerar la conducta del que, sin contar con título profesional, ya sea universitario u oficial, ejerza actos propios de una profesión para la cual no está capacitado. Ello con la finalidad de regular en mejor medida los distintos intereses y el bien jurídico que interviene en la comisión del delito.
- ❖ Si se interpreta que el elemento objetivo *requisitos legales* comprende también el ejercer una *profesión sin título*, esto se debe realizar de manera expresa en el Art 363 del Código penal a efectos de evitar problemas de interpretación para así; y
- ❖ A efectos de evitar lagunas de punibilidad, se recomienda reubicar esta figura penal en los delitos contra la Fe Pública, pues el regularlo de tal forma implica una mejor protección de los distintos intereses que intervienen cuando se ejecuta el delito de Ejercicio Ilegal de la Profesión.

REFERENCIAS

- Abanto, M. (2003). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima, Perú: Palestra editores.
- Castillo, J. (2003). *Principios de Derecho Penal, parte general*. Lima, Perú: Gaceta jurídica.
- Choclan, J. (1998). *Usurpación de funciones tituladas*. Barcelona, España: Bosch.
- Faraldo, P. (1999). Algunos aspectos del delito de Intrusismo. En Sanz, J., Gomez, J. y Juane, M. (Ed.), *Lecciones de Derecho Sanitario* (pp. 555-568). Coruña, España: Servicio de publicaciones Universidad de Coruña.
- Ferrajoli, L. (2012). El Principio de Lesividad. *Nuevo foro penal*, 8(79), pp. 100-114.
- Frisancho, M. (2017). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, Perú: Ediciones Legales.
- Hernández, R., Fernández, C., y Baptista, M. (2010). *Metodología de la investigación (Quinta ed.)*. Ciudad de México, México: McGRAW-HILL/INTERAMERICANA EDITORES, S.A.
- Hurtado, J. (1987). *Manual de Derecho Penal*. Lima, Perú: EDILI.
- Hurtado, J. (2005). *Manual de Derecho Penal, parte general I*. Lima, Perú: Grijley.
- Jakobs, G y Cancio, M. (2003). *Derecho Penal del enemigo*. Madrid, España: Civitas editores.
- Lloria, P. (2000). *El delito de Intrusismo: bien jurídico y configuración del injusto* (Tesis doctoral). Universitat de Valencia, Valencia, España.

- Mezger, E. (1958). *Derecho Penal, libro de estudio parte general*. Buenos Aires, Argentina: Editorial bibliográfica argentina.
- Mir, S. (2016). *Derecho Penal parte general*. Barcelona, España: Reppertor.
- Mir, S. (2003). *Introducción a las bases del Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Euros editores.
- Montané, J. (2010). Introducción a la investigación básica. *RAPD Online*. Vol (33). N° (3).
- Muñoz, F. y García, M. (2010). *Derecho Penal, parte general*. Valencia, España: Tirant to Blanch.
- Ramos, C. (2005). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Reátegui, J. (2015). *Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal*. Lima, Perú: Jurista editores.
- Reyna, L. (2016). *Derecho penal, parte general: temas claves*. Lima, Perú: Gaceta jurídica.
- Rojas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública*. 4ta edición Lima, Perú: Grijley.
- Salinas, R. (2009). *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, Perú: Editorial jurídica Iustitia.
- Villavicencio, F. (2003). Límites a la función punitiva estatal. *Derecho y Sociedad*, 10, (21), pp. 93-116.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal Parte General (Carlos Fontán, trad.)*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Arechiga, M. V. (1998). *La Interpretación De La Ley Penal*. pag. 736.

Simaz, P. A. (2000). *Principio De Legalidad E Interpretación En El Derecho Penal*. pag. 02.

Támara, T. C. (2020). *El Principio De Legalidad Como Exigencia*.