

Imputación subjetiva del tipo dolo eventual en el caso Thomas Restobar

Subjective imputation of a possible type of fraud in the Thomas Restobar case



ROGER SISNIEGAS RODRÍGUEZ
Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: roger.sisniegas@pucp.pe
<https://orcid.org/0000-0003-4903-1812>

RESUMEN

En las siguientes líneas se analizará un caso de relevancia jurídico-penal que aconteció en Perú durante el estado de emergencia ocasionado por la pandemia de la COVID-19. Trece jóvenes fallecieron al interior de una discoteca que funcionaba con más de ciento veinte asistentes, tragedia que recordó varios casos similares que conmocionaron al país. Por ese motivo, el presente artículo se detendrá en el análisis del caso Thomas Restobar y otros similares, la correcta imputación del elemento subjetivo del tipo utilizando la doctrina nacional y la postura personal del autor, entre otros problemas jurídico-penales y sociales que acarreó el funesto suceso.

Palabras claves: dolo eventual, omisión impropia, estado de emergencia.

ABSTRACT

In the following lines, a case of legal-criminal relevance will be analyzed, which occurred in Peru when the COVID-19 pandemic was going through and during the state of emergency. Thirteen young people died inside a nightclub that worked with more than one hundred and twenty attendees, this tragedy recalled several similar cases that shocked the country. For this objective, the analysis of using the national doctrine and the personal position of the author is used, also, it is addressed, among other legal-criminal and social problems that the fatal event triggered.

Key words: recklessness, improper omission, state of emergency.

Recibido: 02/10/2020 Aceptado: 13/11/2020

1. INTRODUCCIÓN

Fue un suceso que causó conmoción en la ciudadanía y en la comunidad jurídica: la muerte de trece jóvenes al interior de la discoteca Thomas Restobar. A raíz de este suceso, sobrevinieron comentarios controvertidos por parte de los ciudadanos. Con razón o no, culpaban a las agraviadas de no cumplir con las disposiciones del estado de emergencia y de salir a exponerse, lo que conllevó a que algunas personas juzguen y dictaminen que fue por propia negligencia de las jóvenes fallecidas todo lo ocurrido; incluso los más extremos señalaban que se lo merecían. Otro sector de la opinión pública puso de manifiesto el apoyo a los parientes de las víctimas: si bien las agraviadas incumplieron las reglas del estado de emergencia, los familiares sufrieron una pérdida irreparable.

A nosotros, como hombres de derecho, no nos toca juzgar el tema moral, sino exclusivamente los aspectos jurídico, penal y social. En los siguientes apartados, detallaremos la correcta imputación del elemento subjetivo del tipo atribuible a los responsables en el caso Thomas Restobar, entre otros temas de relevancia. Cabe precisar que escribimos este análisis jurídico-penal con los datos que poseemos hasta la fecha de publicación del presente escrito, y que, si bien la última palabra es del Poder Judicial y de las instancias correspondientes, esta es nuestra contribución en función de los pequeños conocimientos que poseemos sobre la correcta imputación del elemento subjetivo del tipo.

2. HECHOS

El 22 de agosto de 2020, en pleno estado de emergencia (cuyas características se especifican en el artículo 137 de la Constitución Política del Perú de 1993) decretado a causa de la pandemia de la COVID-19, se realizó una fiesta con presencia de más de 120 asistentes en el local de nombre Thomas Restobar, ubicado en el distrito de Los Olivos, en Lima. La fiesta se realizaba con «normalidad», pese al estado de prohibición, hasta el momento en que arribaron los miembros de la Policía Nacional del Perú (alrededor de las 21:00 horas), los cuales fueron alertados por vecinos sobre la reunión ilegal. Dentro del operativo los policías ingresaron al local para detener a los jóvenes que incumplían las reglas dispuestas por el Ejecutivo.

Posteriormente se pudo visualizar claramente, en las imágenes de las cámaras de video filtradas por la prensa, que las salidas de emergencia eran angostas. Asimismo, se supo que el local no contaba con permiso de funcionamiento, hecho que solo agrava la situación de que, con o sin permiso de la Municipalidad, no podía funcionar ninguna discoteca debido al estado de emergencia.

Al escenario descrito se suma el caos generado durante el operativo, pues cundió la desesperación cuando los asistentes se vieron descubiertos: se aglomeraron en la puerta de salida jóvenes mujeres, ya que la orden de los miembros de la Policía Nacional del Perú fue que primero salgan las damas. Se formó una pequeña trifulca, y se agolparon las agraviadas contra la puerta de salida que estaba cerrada, razón por la que fallecieron asfixiadas trece jóvenes. Más tarde, cuando la puerta al fin fue abierta desde afuera (desde el interior no se consiguió abrirla), solamente fue para recoger los cadáveres. La razón por la que los asistentes no pudieron abrir la puerta de salida se debe a que esta fue cerrada por los miembros de la Policía Nacional del Perú, como se observa en los videos registrados por las cámaras de seguridad del local.

3. TIPICIDAD SUBJETIVA: DOLO EVENTUAL

3.1. Elemento subjetivo del tipo imputable a los organizadores del evento realizado en el local Thomas Restobar

En primer lugar, se tiene que determinar quiénes fueron las personas que organizaron el evento, por ejemplo, gerentes, accionistas, administradores, o la persona o personas que arrendaron el local y realizaron el evento; no obstante, la identificación correcta todavía está en investigación.

Tenemos que entender, en segundo lugar, la concepción de los tres tipos de dolo en la doctrina nacional, y de esa forma observar e ir descartando hasta determinar el correcto elemento subjetivo del tipo posible de imputar a los organizadores del evento en el delito de homicidio. Al descartar los otros tipos de dolo, no generará suspicacias la imputación de dolo eventual.

El dolo directo es definido por la doctrina nacional como aquel escenario en que el agente-social tiene la intención y la voluntad directa de ejecutar el delito. En el incidente en cuestión, no existe

ninguna posibilidad de imputar elemento subjetivo del tipo dolo directo en el delito de homicidio ante los hechos mencionados. Como se nota claramente, la intención de los organizadores no era dañar el bien jurídico que constituye la vida de las trece agraviadas, pues en ningún momento de la comunicación se manifiesta el conocimiento o voluntad directa de ocasionar el detrimento de la vida de los concurrentes, de la forma en que es graficado el dolo de primer grado en la doctrina nacional.

El dolo de consecuencias necesarias, según la doctrina nacional, se presenta cuando el agente tiene la intención y la voluntad directa de ejecutar el delito y ocasiona otro resultado necesariamente ligado al efecto querido. En los sucesos analizados, es imposible imputar el dolo de consecuencias necesarias a la conducta de los organizadores, a razón de que ellos no buscaban un fin cuyas consecuencias accesorias sean dañar el bien jurídico vida de las agraviadas, sin importar el resultado ligado al objetivo principal. Este tipo de dolo no es viable de imputar en el presente caso, pues no existe el conocimiento ni la voluntad de realizar un ataque directo a un bien jurídico y que en el camino sobrevenga como resultado la muerte de las trece agraviadas.

El dolo eventual, por su parte, en la doctrina nacional es aplicable cuando el agente-social considera seriamente la posibilidad de realizar el tipo y se conforma con ella o confía en que no va a suceder. Este tipo de dolo sí es posible de imputar y es el correcto escenario del elemento subjetivo del tipo, ya que los agentes organizadores realizaron un evento confiando en que nada malo iba a suceder, pero ocurrió todo lo contrario. Como entiende la doctrina nacional al dolo eventual, los organizadores del evento observaron la posibilidad de que podría ocurrir algún desenlace trágico en el evento; sin embargo, se conformaron creyendo que nada malo iba a suceder. Por lo expuesto, el elemento subjetivo del tipo en el caso

Thomas Restobar imputable a los organizadores es el dolo eventual, con los elementos cognitivo y volitivo claros.

La imprudencia en nuestro ordenamiento jurídico es la infracción a un deber de cuidado. En el incidente materia de análisis la imprudencia no es factible de imputar a los organizadores del evento, ya que esta, consciente o inconsciente, siempre es un error, y en el caso Thomas Restobar examinado los organizadores no actuaron con error antes, durante ni posteriormente a los trágicos sucesos.

3.2. Teoría única global de la imputación del dolo eventual y la culpa consciente

Desde el enfoque de la tesis de Sisniegas (2016) («Conceptos de dolo eventual, culpa consciente y su aplicación-abandono de la teoría ecléctica. Teoría única global de la imputación del dolo eventual y la culpa consciente»), que desarrolla una visión más sencilla de imputación del elemento subjetivo del tipo, el sistema a nivel teórico-procesal para la imputación del dolo eventual es el siguiente. Partamos del concepto de dolo eventual:

Dolo eventual es la especial clase de imputación subjetiva del tipo que contiene elementos cognitivo y volitivo, que se imputa al agente-social autor en base a su comunicación contraria a una determinada norma jurídico-penal, en un contexto social determinado. Dicha comunicación demuestra intensa contrariedad hacia la norma jurídico-penal, por mediar ex-ante la alta probabilidad lógica de que el hecho normativo sucediera, además, el agente social-autor desde un punto de vista objetivo y privilegiado debió prever y evitar la contradicción normativa jurídico-penal (p. 109).

Para aplicar este concepto de dolo eventual debemos tener claro que, al igual que la doctrina nacional, la teoría *única global de la imputación del dolo eventual y la culpa consciente* reconoce que el

dolo eventual tiene elementos cognitivos y volitivos. El elemento cognitivo es la visualización del riesgo prohibido y el elemento volitivo es el actuar con indiferencia; ambos elementos psicológico-normativos son imputados objetivamente luego del justo proceso penal. Para determinar acertadamente el elemento subjetivo del tipo, la tesis utiliza un método científico, aplicable a cualquier caso, y denominado «test para determinar el elemento subjetivo del tipo», que ordena los datos probados en juicio y determina la intensidad comunicativa.

Ahora bien, la primera regla específica señala que son útiles las constantes forenses que influyen al determinar la elevada intensidad comunicativa, siempre dentro del dolo eventual: (i) la probabilidad lógica que nos indica que el resultado lesivo era altamente probable que sucediera (Sisniegas, 2016, p. 93); (ii) el elevado riesgo prohibido generado por los organizadores del evento en el local Thomas Restobar; (iii) las constantes forenses que demuestran que los organizadores pudieron «prever y evitar desde un punto privilegiado la contradicción a la norma jurídico-penal» (Sisniegas, 2016, p. 93).

Asimismo, respecto de las «constantes forenses relevantes con soporte en la primera regla específica» (Sisniegas, 2016, p. 94), se pueden observar tres tipos. El primero alude a las constantes forenses *ex ante*: (i) estaba prohibido todo tipo de reuniones debido al estado de emergencia imperante; (ii) no se corrigió la elección de los medios de seguridad dentro de la discoteca; (iii) no se estableció un plan estratégico de contingencia que permitiese prevenir consecuencias lamentables (lo cual incluye capacitación a empleados) (Sisniegas, 2016, p. 94), y tampoco se habilitó las señalizaciones de emergencia adecuadas; (iv) las salidas de emergencia eran demasiado estrechas; y (v) no era un local destinado para realizar eventos con más de ciento veinte participantes.

El segundo tipo alude a las constantes forenses durante: (i) se permitió que, el día de la fiesta, la discoteca Thomas Restobar recibiera un número mayor de personas, lo que excedía su capacidad; (ii) las puertas de emergencia estuvieron obstruidas en el momento que debía llevarse a cabo la evacuación; (iii) se observa en las imágenes de las cámaras de seguridad que la salida de emergencia era demasiado estrecha; y (iv) el operativo efectuado por los miembros de la Policía Nacional del Perú ocasionó la estampida.

Finalmente, como constantes forenses *ex post* se tiene: (i) las pericias señalan que las jóvenes murieron unas por asfixia y otras por aplastamiento a consecuencia de la estampida, además de que se corroboraron las lesiones graves de otros jóvenes; y (ii) los organizadores no se hicieron presentes y no socorrieron a las víctimas.

La tesis de Sisniegas (2016) también explica que «la segunda regla específica, nos indica que son útiles las declaraciones del agente social-justiciable y/o los alegatos del abogado defensor, que sean epistemológicamente racionales y se sostengan en bases forenses» (p. 95); en otras palabras, que dicha representación o estado mental en cuestión tenga un origen o fuente en las pruebas actuadas en juicio.

Como hipótesis y conclusión, Sisniegas (2016) señala que la «respuesta que nos ofrece el *Test* se fundamenta y toma fuerza con los datos recabados de la primera regla específica» (p. 102) porque, como observamos, las declaraciones de los organizadores, quienes se confiaron en que nada iba a suceder, son muy débiles y epistemológicamente irracionales.

El elemento cognitivo necesario para el dolo eventual, descrito *supra*, toma consistencia basándonos en que los organizadores del evento dentro del local Thomas Restobar son personas competentes

que tenían un conocimiento situacional, el cual se imputa del riesgo prohibido. Las constantes forenses nos indican la intensidad comunicativa elevada: (i) la gran entidad del riesgo prohibido creado por los organizadores en el caso concreto; (ii) se nota de manera clara que el resultado, relevante para la normativa jurídico-penal, era altamente probable y era lógico que suceda; (iii) los organizadores pudieron prever la contrariedad hacia la norma jurídico-penal desde un punto de vista objetivo y privilegiado. Por lo tanto, los organizadores actuaron con dolo eventual con el elemento cognitivo nítido (visualización del riesgo prohibido).

En el caso concreto, todos los datos variables se desechan por no coincidir con la comunicación contraria a la norma jurídico-penal de los agentes sociales-autores. No se puede argumentar falsas confianzas, representaciones erróneas o ausencia de representaciones, ya que notoriamente contradicen las constantes forenses. Al momento de desechar estos alegatos de representaciones erróneas, confianzas, ausencias de representación, por no coincidir con la realidad, es cuando el elemento volitivo, a primeras luces escondido o encubierto, salta a la luz. La indiferencia psicológico-normativa (elemento volitivo), que demuestra el desdén por la configuración social, la contrariedad a la norma jurídico-penal y las intenciones de hacer prevalecer su capricho por encima de las normas jurídico-penales, sustenta y hace factible la imputación del elemento volitivo del dolo eventual (Sisniegas, 2016, pp. 95-96). Así, los organizadores actuaron con indiferencia respecto de la vigencia de la norma y la propiedad (vida) de las trece víctimas.

Por lo acotado, «la comunicación de los organizadores en su elemento tipicidad específicamente en la imputación subjetiva del tipo, es imputada a título de dolo eventual con sus elementos cognitivo y volitivo» (Sisniegas, 2016, p. 102).

3.3. La teoría del dolo cognitivo

Esta teoría adolece de crasos errores. Quienes están de acuerdo con ella sostienen que, simplemente, basta el conocimiento del riesgo para imputar dolo, afirmación que es desacertada y nos haría caer en sinsentidos jurídicos. De ser así, se eliminaría el elemento volitivo asegurando que es imposible de imputar, y la aseveración de que el conocimiento del riesgo es mucho más sencillo de imputar conllevaría a diversas consecuencias.

Una primera consecuencia radica en que, en ese escenario, la mayoría de delitos serían dolosos (dolo directo), y solamente existiría la imprudencia inconsciente. Una segunda, en que la teoría del dolo cognitivo no puede definir cómo sí puede imputar el elemento cognitivo, pero no el elemento volitivo, lo que contradice el hecho de que ambos tipos de elementos psicológico-normativos (conocimiento y voluntad) son imputados objetivamente sobre la base de las pruebas actuadas en juicio. Finalmente, una consecuencia más consiste, sumado a lo expuesto, en que evitar el análisis del elemento volitivo dejaría a los justiciables desprotegidos, porque bastaría determinar el conocimiento del riesgo prohibido para imputar dolo.

Insistimos: si ambos elementos (conocimiento y voluntad) son imputados objetivamente en función de pruebas actuadas en juicio, ¿por qué sí se podría imputar el conocimiento y no la voluntad?

4. OMISIÓN IMPROPIA

De los hechos descritos y la información recabada, hasta el momento no es viable determinar el homicidio mediante una acción explícita, exteriorizada, por parte de los organizadores del evento en la discoteca Thomas Restobar, pero sí es posible determinar la infracción a la norma jurídico-penal mediante omisión.

La omisión transcurre cuando el agente no cumple con el mandato imperativo de la ley, en donde se le indica la realización de una conducta determinada. Es lo opuesto a la acción comisiva, es decir, se «invierte» la acción.

Entonces, en la omisión impropia el agente no realiza ningún movimiento corporal tendiente a evitar el resultado. La doctrina nacional o mayoritaria acepta que la omisión impropia se produce cuando el agente social asume el dominio de un foco de peligro ya preexistente en el que puede, desde su posición de omisión impropia, orientar el transcurso de los hechos. Así, el agente asume voluntariamente ese foco de peligro o se le viene creado y la única posibilidad de evitar el resultado es mediante una acción; en ese momento se corresponde con el delito de omisión impropia.

En nuestro ordenamiento jurídico no están específicamente tipificadas las omisiones impropias; sin embargo, se desprenden del tipo comisivo y se corresponden con el artículo 13 del Código Penal de 1991. De la forma que entiende la doctrina nacional, los organizadores del evento en la discoteca Thomas Restobar no realizaron conductas comisivas contra el bien jurídico (vida); no obstante, incumplieron su deber de garantes ante un foco de peligro. En este caso, todas las acciones que se realizaron anteriormente fueron las que ocasionaron que el día de los hechos la fiesta sea una bomba de tiempo. En este contexto, los organizadores pudieron detener el transcurso de los acontecimientos realizando una acción.

La imputación correcta que recae contra los organizadores del evento es homicidio por omisión impropia con elemento subjetivo dolo eventual¹. Para los defensores de la doctrina que señala que todo *output* lesivo es un incumplimiento de deber sea positivo o negativo, no es relevante la posición de acudir al

1 Para más información, se recomienda revisar el documento de Sisniegas (s. f.) «Omisión impropia».

artículo 13 del Código Penal para determinar que dicha comunicación encaja dentro del tipo de homicidio por omisión impropia; por el contrario, todo tipo penal es cometido por infracción del deber.

Acción y omisión en un mundo desmitificado, que nos aleja del mundo natural, apreciado según la construcción social determinada representan un *output* lesivo desde un deber positivo o negativo que ocasiona un cambio en la configuración de la sociedad, con creación o incremento del riesgo prohibido. Este es el resultado que el agente debió evitar. En consecuencia, no es relevante la diferenciación de acción y omisión como entiende la doctrina mayoritaria.

5. DIFERENCIAS CON EL CASO UTOPIA

Realizamos la comparación con los sucesos de la discoteca Utopía porque es un caso que se asemeja al de Thomas Restobar. Si bien es sentimentalmente es triste y doloroso recordar esta tragedia, a nivel jurídico-penal será de utilidad para imputar de modo correcto el elemento subjetivo del tipo.

Por coincidencia o no, en septiembre de 2020 se extraditó después de dieciocho años de los trágicos sucesos en la discoteca Utopía a uno de los accionistas, el sentenciado Édgar Jesús Paz Ravines, prófugo de la justicia que se encontraba oculto en México.

Las diferencias fundamentales son el estado actual de las cosas, es decir, el estado de emergencia decretado, destinado a paliar la pandemia de la COVID-19, así como la intervención de la Policía Nacional del Perú. Estos dos factores son las diferencias más resaltantes con el caso Utopía.

Las diferencias antes señaladas tienen que ser tomadas en cuenta al momento de la imputación del elemento subjetivo del tipo en la motivación de la sentencia y en la redacción de la acusación fiscal,

ya que son diferencias que varían el tenor del caso. Sin embargo, dichas diferencias no han de alterar el resultado final, es decir, la imputación de dolo eventual a los organizadores del evento.

Las mencionadas diferencias pueden ser tomadas como base de la teoría del caso de la defensa de los organizadores del evento o de los miembros de la Policía Nacional del Perú. Se pueden amparar en que la fiesta se realizaba en estado de emergencia y podrían argumentar e ir por el camino de la imputación a la víctima, o querer atenuar sus respectivas penas o reconducir todos los hechos a un mero accidente.

El estado de emergencia que se dictó debido a la pandemia de la COVID-19 directamente agrava la posición de los organizadores del evento, y no mitiga la sanción penal. Eso tienen que tenerlo muy claro tanto el fiscal al momento de redactar la acusación como los impartidores de justicia al momento de redactar la sentencia. El estado de emergencia no justifica el actuar impropio de las víctimas y mucho menos libera de responsabilidad penal a los organizadores; por el contrario, agrava la responsabilidad penal (artículo 46 del Código Penal de 1991) y aumenta la intensidad comunicativa.

La segunda diferencia resaltante es la intervención de la Policía Nacional del Perú. Si se llega a demostrar que se realizó incorrectamente, los miembros que dirigieron el operativo, los policías que lo realizaron y los altos mandos deben responder penalmente. El peligro no lo inició un barman, como en la discoteca Utopía; en este caso el peligro se inició por un, supuestamente, operativo mal ejecutado por los miembros de la Policía Nacional del Perú. Esta diferencia del peligro no cambia la responsabilidad jurídico-penal de los organizadores, pero sí cambia la imputación del elemento subjetivo atribuible a los miembros de la Policía Nacional del Perú, como se detallará *infra* (7).

6. SIMILITUDES CON EL CASO UTOPIA

Se acondicionaron las discotecas sin las mínimas medidas de seguridad antes del inicio de actividades, no se cumplió con las medidas acertadas el día de los trágicos acontecimientos, y no se contaba con los permisos correspondientes de funcionamiento: en ambos casos no se estableció un plan estratégico de contingencia que permitiese prevenir cualquier incidente al interior de los locales o prevenir consecuencias lamentables (lo cual incluye capacitación a empleados). Asimismo, tampoco se habilitaron salidas de emergencia adecuadas, ya que las que había eran estrechas; y, pese a ello, se permitió que el día de la fiesta, en ambas discotecas, ingresara un número mayor de personas de las que debían albergar, además de que las puertas de emergencia estuvieron obstruidas en el momento en que debían llevarse a cabo las evacuaciones.

En ambos eventos existió un acontecimiento que ocasionó el desenlace fatal: en la discoteca Thomas Restobar se inició con un «supuesto» imperfecto, operativo policial que todavía está en investigación; en la discoteca Utopía el peligro inició con un juego con fuego a cargo del barman (ver Corte Superior de Justicia de Lima, 2011).

Todos estos datos (diferencias y similitudes) serán de utilidad para el trabajo fiscal en la defensa de los imputados, en la valoración de las pruebas a cargo del juez y al momento de motivar la sentencia en el extremo de la imputación subjetiva del tipo.

7. RESPONSABILIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ

Es un tema por demás discutido, incluso el ministro del Interior renunció luego de los cuestionamientos al operativo realizado en la discoteca Thomas Restobar.

Pero vamos a lo que nos corresponde, el análisis jurídico-penal: si se llega a probar que los miembros de la Policía Nacional del

Perú realizaron un incorrecto operativo, exclusivamente deberían responder por homicidio imprudente, porque ellos no generaron el peligro inicial, sin negar que incrementaron el riesgo ya creado por los organizadores. Ellos deberían responder por la mala intervención, no por todo lo acaecido, y su conducta encajaría en la imprudencia consciente.

Para la doctrina nacional, la imprudencia consciente es cuando los mismos agentes representan el riesgo, que debieron evitar, contra el bien jurídico; sin embargo, no tienen la representación actual de la gravedad del riesgo que crearon actuando con error. Distinto es el proceder de los organizadores del evento, quienes deben responder con un elemento subjetivo de dolo eventual.

La teoría del caso diseñada por la defensa de los miembros de la Policía Nacional del Perú, la tesis del fiscal y lo que debe motivar el juez en el caso de los miembros de la Policía Nacional del Perú es la imputación del elemento subjetivo del tipo imprudencia consciente y el delito de homicidio.

No se puede sancionar a los miembros de la Policía Nacional del Perú que actuaron con errores —imprudencia consciente, infringiendo el deber de cuidado dentro de un operativo incorrectamente ejecutado— con la misma fuerza punitiva que a los organizadores del evento, quienes sí demostraron total indiferencia (dolo eventual) hacia el bien jurídico constituido por la vida de los asistentes.

No aplica imputar imprudencia inconsciente a la conducta de los miembros de la Policía Nacional del Perú, debido a que la imprudencia inconsciente se da cuando el agente no visualiza el riesgo prohibido, infringe un deber de cuidado, actúa en error y existe un nivel bajo de previsibilidad.

La teoría única global de la imputación del dolo eventual y la culpa consciente define a la imprudencia consciente como:

la especial clase de imputación subjetiva del tipo, que se imputa al agente-social autor en base a una determinada comunicación errónea con visualización del riesgo prohibido, en un contexto social determinado. Dicha comunicación demuestra sutilmente contrariedad hacia la norma jurídico-penal, por mediar ex-ante una probabilidad lógica mínima que el hecho normativo sucediera, además, el agente-social autor desde un punto de vista objetivo pero atenuado debió prever y evitar esa contradicción normativa jurídico-penal (Sisniegas, 2016, p. 75).

Este concepto teórico-práctico nos indica el camino correcto para imputar imprudencia consciente a la comunicación de los miembros de la Policía Nacional. Luego de determinar el actuar de los miembros de la Policía en el operativo, se demostrará, sobre la base de todas las pruebas actuadas en juicio, que su conducta fue errónea y no tiene la misma intensidad comunicativa que la comunicación de los organizadores del evento.

Un operativo realizado varias veces del mismo modo y en distintos lugares de la capital no hacía presagiar el desenlace; sin embargo, ese error ocasionó perjuicio en la vigencia de la norma, lo que debió ser previsto y evitado por los agentes policiales que visualizaron el riesgo pero actuaron en error. Por lo tanto, al igual que en la doctrina mayoritaria, para la teoría única global de la imputación del dolo eventual y la culpa consciente únicamente responden por homicidio con elemento subjetivo imprudencia consciente.

Basándonos en dicha teoría, tampoco es posible imputar imprudencia inconsciente a la comunicación de los miembros de la Policía Nacional:

Culpa inconsciente es la comunicación contraria a la norma jurídico-penal con la imposibilidad fáctica de observar el riesgo prohibido, es una comunicación errónea pero salvable. Las

constantes forenses hacen notoria la deficiencia de visualización del riesgo jurídicamente desaprobado del agente social al momento de comunicar. La previsibilidad es casi nula (Sisniegas, 2016, p. 13).

8. IMPUTACIÓN A LA VÍCTIMA

Posteriormente a los sucesos en la discoteca Thomas Restobar, se habló mucho de la figura de imputación a la víctima que, como sabemos, es parte de la teoría de la imputación objetiva; entonces, la imputación a la víctima que se alega excluiría la imputación de tipicidad objetiva a la comunicación de los organizadores y miembros de la Policía Nacional del Perú. Al no existir imputación objetiva del tipo, cualquier análisis de la imputación del elemento subjetivo del tipo no tendría sentido.

Vamos por partes, la imputación a la víctima es, en síntesis, la «autopuesta en peligro de la víctima. La misma víctima realiza una conducta con riesgo no permitido y se pone en peligro. La creación del riesgo recae sobre la víctima» (Sisniegas, 2016, p. 47). En los sucesos que ahora son materia de análisis, cabría imputar a las víctimas los delitos de desobediencia a la autoridad, inobservancia de las reglas de sanidad, incumplimiento del estado de emergencia o cualquier tema administrativo, pero esto no excluye la tipicidad del delito de homicidio tanto a la comunicación de los organizadores como a los miembros de la Policía Nacional del Perú.

En esta convergencia de riesgos prohibidos, existieron varias transgresiones al riesgo permitido, incluso por parte de las víctimas, pues sus acciones se superponen al riesgo prohibido más relevante y que causa mayor daño a los bienes jurídicos. Por lo descrito, la imputación a la víctima no corresponde como excusa alguna al momento de determinar la responsabilidad penal de los organizadores del evento y de los miembros de la Policía Nacional del Perú, según corresponda. No existe ninguna causal que elimine

la imputación del tipo objetivo, que beneficie a los organizadores y miembros de la Policía Nacional del Perú en el caso analizado.

9. ESTADO DE EMERGENCIA

El estado de emergencia a primera vista puede crear confusiones; sin embargo, debemos entender que es un dato más dentro de toda la carga probatoria, y no puede exculpar a los organizadores ni a los miembros de la Policía Nacional del Perú de sus propias responsabilidades.

Entendemos que toda esta situación pudo generar, en su momento, diversos comentarios al respecto, debido al incumplimiento de las normas por parte de las víctimas y la ira que esto despertó en algunas personas que están realizando una cuarentena inteligente o que han perdido familiares durante la pandemia. Es inevitable juzgar a los jóvenes por incumplir las reglas que únicamente tratan de disminuir contagios y muertes; no obstante, para el derecho penal, que es lo que nos atañe, todo ello solo constituye datos que no cambian la respuesta punitiva hacia los responsables de las trece muertes.

10. SELECTIVIDAD: CONCEPTO VIGENTE

Este es un tema que parece anticuado, empero, lamentablemente, la selectividad todavía está vigente. La selectividad es entendida como la apariencia o los estereotipos con los que nos desarrollamos en la sociedad. Siguiendo a los criminólogos italianos, se señala que en la sociedad estamos diseñados con un determinado rol y eso nos hace proclives a ser seleccionables por el sistema penal para ser sancionados o menos seleccionables. Se argumenta que el derecho penal estructura la selectividad y opera sobre los más vulnerables: los estereotipados.

La policía, como último eslabón para perseguir el delito (criminalización secundaria), tiene que buscar y atrapar a los delincuentes. ¿Dónde los busca? Pues en las zonas más pobres, porque así está estructurado el sistema social. La policía realiza operativos en los lugares más pobres y marginales; acto seguido, detienen e intervienen a los estereotipados. Alguno de ellos posiblemente tenga antecedentes o sea buscado por alguna investigación policial o, incluso, podría estar delinquiendo en ese momento. Es como tirar la red a un cardumen: algo «caerá» en la red del derecho penal. El sistema configura que estos mismos estereotipados se maten entre ellos; es decir, los policías son también de estratos sociales pobres y ellos «luchan» contra su misma clase social.

Sin entrar en polémicas, en el caso que se analiza, al mismo momento en que se realizaba la fiesta en Thomas Restobar —como es de conocimiento popular—, se efectuaban otras fiestas iguales o más numerosas y bulliciosas en distritos pudientes dentro de la misma ciudad de Lima. En estas, la policía nunca actuó ante las llamadas de los vecinos y, si llegó a intervenir, ni siquiera desplegó la misma fuerza que utilizó en la discoteca Thomas Restobar, que se ubica en un distrito emergente de la ciudad. La selectividad² se ve claramente. Amables lectores, en este punto, saquen sus propias conclusiones.

11. REFLEXIÓN FINAL

Es una pena que haya sucedido tamaña catástrofe, pero los responsables tienen que pagar con el coste correspondiente. Esperamos que la presente exposición de nuestras propuestas sea una guía útil para los impartidores de justicia, fiscales y abogados defensores, pues es necesario que se sancione correctamente a los

2 Revisar el concepto de *selectividad* desarrollado por Zaffaroni, Alagia y Slokar (2000).

responsables luego de un juicio justo y con las garantías debidas dentro de un Estado social y democrático de derecho.

La tesis de Sisniegas (2016) es fundamental para poder aplicar correctamente el dolo eventual. Con toda humildad, es el camino sencillo (procesal y teórico) para solucionar los conflictos y límites entre el dolo y la imprudencia, si bien la tesis se sostiene en los fundamentos del funcionalismo del doctor Günther Jakobs de que se puede aplicar a cualquier caso, como se realizó en el presente escrito.

A la fecha, las muertes por la COVID-19 sobrepasan el millón en todo el mundo. Aunque hoy las cifras están disminuyendo en algunos países, en otros se inicia la segunda ola de la pandemia; por ello, no debemos confiarnos y mucho menos celebrar, pues el luto por las víctimas del virus SARS-CoV-2 todavía continúa.

12. CONCLUSIONES

1. Los organizadores, administradores, accionistas y gerentes del trágico evento en el local denominado Thomas Restobar deben responder por homicidio por omisión impropia con elemento subjetivo del tipo dolo eventual.
2. Los miembros de la Policía Nacional del Perú, si se llegan a demostrar los errores cometidos y el mal proceder en el operativo, responderán penalmente por homicidio con elemento subjetivo del tipo imprudencia consciente.
3. La diferenciación del dolo y la imprudencia es de suma importancia, ya que la pena es mayor en el caso de los tipos dolosos.
4. La utilización de la teoría única global de la imputación del dolo eventual y la culpa consciente, diseñada en la tesis de Sisniegas

(2016), facilita la imputación de las figuras del dolo eventual y la imprudencia consciente.

5. La teoría del dolo cognitivo es ineficaz si su argumento es que únicamente se puede imputar el conocimiento del riesgo dejando de lado al elemento volitivo; acoger esta teoría nos llevaría a sinsentidos jurídicos penales y procesales.
6. Al sancionar correctamente (dolo eventual) a los agentes sociales encargados de realizar este tipo de eventos abiertos al público, se generará que en el futuro se tomen las medidas correspondientes de seguridad en eventos similares (prevención general positiva).

REFERENCIAS

Corte Superior de Justicia de Lima (2011). Sentencia. Expediente n.º 43-05. Lima: 22 de noviembre de 2011.

Sisniegas, R. (2016). Conceptos de dolo eventual, culpa consciente y su aplicación-abandono de la teoría ecléctica. Teoría única global de la imputación del dolo eventual y la culpa consciente [Tesis de maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/8632/Sisniegas_%20Roger_Conceptos.pdf?sequence=1&isAllowed=y

____ (s. f.) Omisión impropia. https://www.academia.edu/11176413/OMISI%C3%93N_IMPROPIA_ROGER_SISNIEGAS_RODR%C3%8DGUEZ

Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2000). *Derecho penal. Parte general*. Ediar.